L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 2 - 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

Questo numero di L-JUS si apre con la pubblicazione del saggio a firma del presidente del nostro Centro studi, Mauro Ronco, sul significato dell'essere patrioti, in un momento storico nel quale il termine incontra un nuovo – se pur controverso – rilancio, e su quanto l'amore di Patria sia correlato alla *pietas* e al perseguimento della giustizia.

I saggi successivi affrontano tematiche che sono state, e in parte sono, al centro della discussione, non soltanto giuridica, in ambito nazionale:

- Pietro Dubolino approfondisce la questione dei reati di opinione e della operatività del principio costituzionale della funzione rieducativa della pena nei confronti di chi sia condannato per un illecito configurabile in quella tipologia di illeciti penali. Egli fa specifico riferimento alla previsione, contenuta nel ddl Zan, di sanzioni accessorie miranti più a una 'rieducazione'/coercizione dei convincimenti personali, che al contenuto della previsione di cui all'art. 27 Cost.;
- Francesco Farri, sempre traendo spunto dal ddl Zan, tratta del frequente mancato rispetto della copertura finanziaria di talune leggi, in particolare di quelle a elevato tasso ideologico;
- Francesco Cavallo si interessa delle "sentenze gemelle" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021, in tema di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative (spiagge, stabilimenti balneari, ma non solo), e illustra le ragioni per le quali è assai approssimativo parlare, come hanno fatto taluni operatori del settore e taluni esponenti politici, di "diktat di Bruxelles" o di "turismo in balia dei giudici".

Transizione ecologica è espressione che ha assunto un rilievo strategico, se una parte consistente delle risorse del PNRR è a essa dedicata. Per questo le è dedicata una apposita sezione, con un contributo di Domenico Airoma sul condizionamento ideologico assai marcato nelle politiche ambientali, mentre Maurizio Ascione e Francesco Camplani affrontano i profili problematici della normativa del settore, anche sul piano del diritto comunitario, internazionale e comparato.

La sezione ‘approfondimenti’ si apre con una riflessione di Antonio Casciano riguardante il rapporto fra coscienza e diritto. È seguita da un ampio contributo di Domenico Menorello, che ricostruisce gli interventi normativi degli ultimi anni in tema di famiglia e di diritto alla vita. Si conclude con lo studio di Enzo Marangione su alcuni aspetti dell’Enciclica *Fratelli tutti*: pur essendo L-JUS una rivista giuridica, essa è ben lieta di ospitarlo, nella prospettiva dell’apertura di un confronto serio sui profili che tratta, sulla scia dell’insegnamento di Rosario Livatino che, nella conferenza Fede e diritto tenuta il 30 aprile 1086 a Canicattì, rimarcava come «*queste due realtà* (fede e diritto) *sono continuamente interdipendenti fra loro, sono continuamente in reciproco contatto, quotidianamente sottoposte ad un confronto a volte armonioso, a volte lacerante, ma sempre vitale, sempre indispensabile*».

Alfredo Mantovano

SEZIONE STUDI

MAURO RONCO
Avvocato in Torino e Professore Emerito di Diritto Penale
Università degli Studi di Padova

ESSERE 'PATRIOTA', OSSIA LA VERITÀ DELLA PATRIA

SOMMARIO: 1. Le virtù di religione e di *pietas* – 2. Il dinamismo della Patria – 3. Il dinamismo della Patria – 4. Gli idoli che vanno abbattuti – 5. Conclusione.

1. Le virtù di religione e di *pietas*

Nelle scorse settimane, sollecitato dalle parole di un importante esponente politico italiano, si è acceso un dibattito sulla patria e sul patriottismo che mi induce a esporre una mia riflessione.

Quando la Nazionale italiana sconfisse quella germanica 4 v. 3 in un'epica partita dei Campionati mondiali di calcio del 1970 in Messico, l'intero paese fu incendiato da un fuoco di entusiasmo incontenibile. Lo stesso accadde l'estate scorsa, quando la Nazionale italiana di calcio batté l'Inghilterra nella finale dei campionati europei. L'entusiasmo esprimeva qualcosa di istintivo, presente nell'animo di moltissimi, tendenzialmente predisponente al bene, non un bene in se stesso. La tendenza buona può dare frutti buoni soltanto se incanalata in condutture atte a dissodare il terreno, arido e pietroso, su cui vive attualmente il popolo italiano. L'attaccamento istintivo alla patria può invece diventare vizioso se si degrada in nazionalismo aggressivo verso le altre patrie, invidioso del bene che esse posseggono. Se il patriottismo è assunto dalla ragione come vocazione per il bene comune, diventa virtù. Da inclinazione naturale si trasforma nella virtù primaria che costituisce la base per il progresso di ogni società umana: la giustizia.

La giustizia, secondo il fulgido *dictum* di Ulpiano, è la costante e incrollabile volontà di dare a ciascuno il suo[1]. Sant'Ambrogio ha completato la massima romana nel modo seguente: «*la giustizia è quella virtù tramite cui si dà a ciascuno il suo; non si rivendica ciò che è di altri; si dimentica l'utilità individuale e si custodisce la comune equità*»[2].

---

[1] DOMIZIO ULPIANO, Dig., I, 1, 10.
[2] S. AMBROGIO, De officiis, 1, 24, cit. in S. TOMMASO, Summ Th, II IIae, Q 58, art. 11, 3.

Il *suum* è ciò che spetta a ciascuno. A ciascuno spetta anzitutto il *suum*, cioè l'amore e il rispetto, *in primis* a coloro che ci hanno donato la vita. Nel riconoscimento che ciascuno fa di questo *suum* si radicano le virtù specialissime della religione e della *pietas*.

Come dobbiamo ai genitori la *pietas*, che è reverenza, rispetto, deferenza, assistenza, amore, come insegna il primo comandamento della seconda Tavola, così dobbiamo una forma analoga di *pietas* agli antenati che hanno dato forma alla piccola porzione di mondo in cui siamo nati, nonché a tutti coloro che hanno fatto parte e appartengono tutt'oggi alla medesima terra. Anch'essi hanno infatti a noi largíto – e largiscono ancor oggi – i doni di cui si alimenta la nostra vita.

La *pietas* verso la patria è un prolungamento della *pietas* verso i genitori. Il 1° Comandamento della seconda Tavola ordina: «*Onora tuo padre e tua madre, come il Signore Dio tuo ti ha comandato, perché la tua vita sia lunga e tu sii felice nel paese che il Signore, tuo Dio, ti dà*»[3].

La felicità, a cui tutti naturalmente aspiriamo, si dà in un luogo segnato dai confini del dono di Dio e della storia degli avi. Non si dà in qualsiasi luogo e in qualsiasi modo, ma soltanto onorando, cioè amando e rispettando i propri genitori, i propri antenati e la propria patria. In quel luogo è meno arduo coltivare l'amicizia con il prossimo. Dio è l'unico cui va l'adorazione, cioè l'amore e il timore congiunti, per la sua trascendenza infinita e il suo amore gratuito e misericordioso per ciascuno di noi; ci si rivolge e ci si unisce però a Dio non da soli, ma con gli amici più cari. Costoro sono quelli che condividono l'amicizia più alta e disinteressata, l'amore comune per il bene di tutti.

2. Il dinamismo della Patria

Il patrimonio della patria non va soltanto usato e sfruttato, bensì emendato nei suoi vizi di formazione e accresciuto in qualità e quantità.

La parabola dei talenti si applica anche in chiave analogica alle società. Servo malvagio e infingardo è colui che, per avarizia e accidia, nasconde il talento ricevuto dal padrone, restituendoglielo intatto, senza nulla aver compiuto per farlo fruttificare[4]. Parimenti sono governanti malvagi e infingardi coloro che dissipano il patrimonio della

---

[3] Dt 5, 16.
[4] Mt. 25, 14-30.

Patria; coloro che, per ignavia, lo conservano soltanto nella sua materialità; coloro che non lo fanno fruttificare per il servizio di Dio, del popolo governato e dell'umanità.

Guai ai governanti che dissipano il patrimonio morale della Patria. Sollecitati dal venerabile Pontefice Pio XII a riscoprire, dopo la calamità della guerra, la vera grandezza della Patria italiana allo scopo di diffonderne i tesori morali nel mondo intero, ci si è reclusi nel recinto dell'arricchimento materiale, gettando allo sbaraglio le vere ricchezze: la pietà dei cittadini; la castità delle madri; la fecondità dei matrimoni; la sobrietà dei costumi; la cura per i figli; l'assistenza generosa agli anziani e ai malati; l'ospitalità agli stranieri; l'inesauribile dedizione al lavoro dei padri, come se queste cose fossero fardelli inutili da lanciare giù dalla barca, affinché essa corresse più veloce sulle ali della secolarizzazione, cioè del distacco da Dio e dalla sua legge.

Ho sempre odiato la truce e oscena commedia all'italiana che ha infestato le sale cinematografiche e gli schermi televisivi per irridere i costumi popolari, amplificandone i vizi, ignorando le virtù civiche e sociali e disprezzando le virtù morali, soprattutto la laboriosità e il risparmio a favore dei figli e dei nipoti, nonché la disponibilità al sacrificio delle genti d'Italia.

Non pochi, soprattutto ai piani alti della società, compiacendosi del disprezzo lanciato verso l'*ethos* italiano ignominiosamente contraffatto, ne approfittavano per dettare al popolo le massime di una morale laica, consistente nell'avvicinarsi al pragmatismo intransigente dell'anglosassone, o alla tetraggine professionale del germanico, o alla volubilità del francese di Parigi o all'oscuro conformismo dell'*homo sovieticus* generalizzato dal comunismo nel mondo.

Lo scadimento delle virtù ha assunto caratteri drammatici. La temperanza è stata dileggiata a ogni livello sociale; la fiacchezza ha preso il posto della fortezza nelle autorità preposte alla tutela dei valori presi d'assalto; la giustizia è stata ferita dall'improprio lassismo di una criminologia critica che ha abbandonato l'approccio realistico al diffondersi della violenza e della frode nel corpo vivo della società. Gli uomini politici, nella loro generalità, salvo ovviamente qualche rara eccezione, sono rimasti asserragliati nei fortini delle istituzioni, intenti a molestarsi tra loro, improvvidi nei rapporti con i governi stranieri, senza ritegno nell'adattarsi ai loro desideri, non rivendicando a titolo di merito la laboriosità del popolo italiano.

L'esistenza della Patria non è fissata staticamente nel passato. È un'eredità che dobbiamo continuamente rinnovare per consegnarla alle generazioni future. La Patria è una realtà viva, la cui esistenza continua solo se la coltiviamo con zelo affinché i figli e i nipoti e i pronipoti possano ancora abitarla felici. Come accade per le risorse materiali, che, appena crediamo di possederle davvero, ci sono già sfuggite, così è per il patrimonio della patria, che, appena crediamo di averlo nelle mani per sfruttarlo appieno, si sottrae alla nostra disponibilità. Il patrimonio della Patria si perde se non viene continuamente arricchito.

3. Il dinamismo della Patria

La Patria va anche difesa. La guerra si combatte in modo ancora convenzionale, per fortuna oggi lontano dai nostri confini. La guerra contemporanea è divenuta asimmetrica, comportando l'uso di metodologie innovative, rispetto a cui non è semplice approntare gli adeguati mezzi di difesa.

Nel mondo globalizzato, senza confini rigidi fissati dal territorio, i più aggressivi nemici della Patria sono gli immensi oligopoli dell'industria digitale, dell'informazione, del divertimento e del commercio. Costoro distruggono le radici della Patria – delle patrie – con un odio che sembra voler annichilire la rete delle relazioni personali che nutrono la vita spirituale e materiale dell'uomo: la famiglia, il municipio, il mestiere, l'impresa, la città, lo Stato. Essi si presentano anonimamente, nella vita quotidiana, persino nelle nostre case, tramite le televisioni e gli *smartphone* per sedurci con le apparenze più banali e attrarci con le trivialità più sguaiate, trattando offensivamente coloro che riescono a evidenziare le menzogne, come se fossero propalatori di odio, secondo la nota tecnica rivoluzionaria dell'inversione dell'accusa.

L'unico rimedio è diffondere inesorabilmente la verità dei fatti e richiamare costantemente le fantasticherie al confronto con la realtà, animando le energie intellettuali di coloro che sono consapevoli che il vero, il buono, il giusto e il bello sono sotto scacco. Il servizio alla verità è essenziale. Non è detto che l'asservimento della Patria ai seduttori non possa finire. La via di risalita è stretta e impervia, molto travagliata e faticosa, ma non è vano impegnarsi con lo studio instancabile e con la maggiore energia morale possibile per contestare la disinformazione e far risplendere la verità.

4. Gli idoli che vanno abbattuti

Un idolo tenebroso della modernità è la concorrenza libera dei mercati economici e finanziari esercitata senza alcun controllo dell'autorità pubblica.

La prima fase del liberalismo dal 1789 al 1914 ha segnato il dominio dell'usura sul lavoro, con la terribile crisi sociale mirabilmente denunciata nelle sue cause dal Pontefice Leone XIII nella famosa Enciclica del 1893 *Rerum novarum*.

Passata la fase totalitaria, comunista e nazionalsocialista della vita politica e trascorso in occidente un breve periodo di progresso economico e sociale diretto alla costruzione di un *welfare* che elevò le classi inferiori delle società a un dignitoso benessere, la liberalizzazione dei mercati economici e finanziari ha eretto l'idolo della concorrenza al vertice della piramide dei valori della comunità internazionale. L'ambizione è oggi ancora più superba di un tempo, poiché è diretta a creare un subdolo e iniquo rapporto tra gli uomini, discriminandoli tra pochissimi padroni e una moltitudine di servi, questi ultimi ridotti a consumatori dipendenti dai beni materiali e, molto spesso e con invasività crescente, dai vizi inoculati e indotti della pornografia, della droga e del gioco d'azzardo.

L'Unione Europea ha fatto della concorrenza lo strumento principale della sua politica economica, trascurando il fatto che, se la concorrenza è assolutamente libera, vince inesorabilmente chi è in grado di investire nella produzione e nel commercio il maggior volume di denaro possibile, abbassando i costi della produzione e della commercializzazione, soprattutto riducendo all'osso il costo del lavoro e svilendo la qualità del prodotto.

Gli operatori più piccoli e poi medi e poi grandi del mercato spariscono. Gli oligopoli, in "concorrenza" tra loro – questo tipo di concorrenza basta ai globalisti della mondializzazione per sostenere che il mercato è libero – comprimono il costo del lavoro, riducono enormemente il costo dei fornitori, aumentano i prezzi dei prodotti finali e impoveriscono il corpo sociale, che diventa progressivamente più dipendente dai conglomerati multinazionali. I quali ultimi traggono ulteriori vantaggi dalle asimmetrie dei regimi tributari dei vari Stati, localizzando i centri direzionali del *business* nei luoghi fiscalmente più convenienti o più disponibili alla trattativa sul volume degli imponibili e sulle aliquote di prelievo.

La nostra Patria non deve genuflettersi innanzi all'idolo della concorrenza. La concorrenza senza regole è il luogo in cui domina l'usuraio. La famosa direttiva europea

Bolkestein rappresenta, a duecento anni di distanza, l'equivalente della legge Le Chapelier che, nel 1791, abolì in Francia i mestieri e il rispetto della qualità del prodotto, nonché la protezione dell'apprendistato. Anche allora la parola d'ordine era favorire la concorrenza. I mestieri proteggevano la qualità e formavano gli apprendisti. Se in precedenza era obbligatorio rispettare determinati parametri per ciascun tipo di prodotto, perché non fare lo "stesso" prodotto senza rispettarli? Perché non lasciare che il mercato fosse invaso, a ogni livello, da prodotti di qualità deteriore, che costavano meno, ma si consumano più in fretta, costringendo i poveri a indebitarsi per rinnovare continuamente i prodotti e rimpinguando i produttori che non rispettano i parametri di qualità, sfruttando la mano d'opera a basso costo dei bambini e delle donne e trasformando gli apprendisti, che imparavano il mestiere sulle orme dei maestri, in operai costretti a un lavoro massificato?

I sindacati operai si ricostruirono dopo un lungo periodo di assenza su basi classiste e socialiste per dar voce alla protesta contro lo sfruttamento spietato che il liberalismo industrialista aveva esercitato per tutto il secolo XIX nel processo di accumulazione primaria diretto a realizzare la rivoluzione industriale. Nel secondo dopoguerra, dopo le devastanti guerre mondiali e l'oppressione dei totalitarismi, i sindacati sono riapparsi e hanno svolto, sia pure inquinati in Italia da un rapporto malsano di dipendenza col Partito Comunista, un compito prezioso in difesa del lavoro.

Convertitosi il comunismo in liberalismo aggressivo, i sindacati sono stati emarginati e i lavoratori sono rimasti privi di tutela, non difendendo più alcuno il dignitoso *welfare* da loro raggiunto nell'ultima parte del secolo scorso. Allo sconcerto che ciò sia accaduto con l'apporto determinante delle forze politiche di sinistra, il sociologo tedesco Wolfgang Streeck ha dato una risposta condivisibile: l'internazionalismo ideologico, avverso all'idea di Patria e al primato dello Stato, è stato usato dalla Sinistra politica per togliere qualsiasi controllo democratico sulla politica economica neoliberale in nome di un malinteso cosmopolitismo, che identifica la globalizzazione con la liberalizzazione non solo del capitale, ma soprattutto della vita in generale, determinando una situazione in cui

si è creduto di compensare il declino dei diritti sociali con l'estensione dei diritti di libertà individuale [non sempre conformi alle verità dell'uomo][5].

Il secondo idolo è la privatizzazione delle imprese ad alto livello tecnologico e a intensa concentrazione di capitale. Vi sono nel mondo contemporaneo dei servizi essenziali per tutta la società, svolti attraverso l'uso di tecnologie costosissime, che non possono non essere di proprietà dello Stato o di enti esponenziali degli interessi dei cittadini. Ciò per varie ragioni. Ma, soprattutto, perché **i**) essi sono essenziali per la sopravvivenza dell'intera comunità, e non debbono essere lasciati nella incertezza del calcolo economicistico dell'utilità dei privati; perché **ii**) richiedono investimenti immensi, proiettati nell'arco di decenni, che l'imprenditore privato non è in grado di prevedere, di realizzare e di mantenere e perché **iii**) implicano l'attribuzione e la gestione di quote sovrabbondanti di potere economico - e, dunque, anche finanziario e politico – che, se affidate a privati, squilibrano in modo irreparabile il rapporto tra i cittadini e la politica, rendendo irrilevanti le istituzioni di rappresentanza popolare *versus* il potere politico; **iv**) perché gli squilibri eccessivi di potere generano fenomeni incontrollabili di clientelismo e di corruzione.

L'ente pubblico, che agisce istituzionalmente nell'interesse di tutti deve poter controllare la proprietà e l'esercizio di questi servizi. Si pensi alla gestione delle risorse idriche, delle risorse energetiche, delle reti infrastrutturali che consentono e favoriscono le comunicazioni e i trasporti. Questi beni appartengono alla Patria. Sottrarli alla sua disponibilità, sul pretesto che l'esercizio pubblico non è conveniente economicamente o che i funzionari pubblici sono disonesti, costituisce un vero e proprio crimine di Stato.

Nell'epoca dell'abbuffata delle privatizzazioni (1992-2008), non pochi predatori comprarono a prezzo vile pezzi pregiati dell'industria italiana, per poi rivendere a gruppi stranieri, a prezzi moltiplicati, gli *assets* che avevano acquistato. Se in quegli anni il Tesoro avesse venduto anche le Ferrovie dello Stato ai capitani coraggiosi, ora che esse sono state riportate a *leader* mondiale del trasporto persone su treno grazie all'intelligenza

---

[5] W. STREECK, How will capitalism end? Essays on a Failing System, Chapter 6: Heller, Schmitt and the Euro, New Deli, 2016, p. 175: «in the name of a misunderstood cosmopolitanism, identifying 'globalization' with liberation, not just of capital, but of life in general. To dispel concerns about a possible hegemony of global markets over democratic participation, and with it of the economic over the social, pipe dreams of a future global or, at a minimum, continental democracy are offered as baits for left idealists: promises of a better future in which international democracy will have regained control over international capital, if not tomorrow then the day after tomorrow».

e alla bravura di *managers* pubblici, di lavoratori qualificati e all'impiego di investimenti pubblici, non troveremmo neanche più le rotaie, perché i privati le avrebbero rottamate a beneficio del rilancio dell'industria automobilistica.

Nessuno dovrebbe dimenticare la privatizzazione di Telecom (la "madre di tutte le privatizzazioni") – il primo passo fu la decisione del governo Ciampi del 1997, presa su pressione europea – vicenda in cui venne oltrepassata di gran lunga la soglia della decenza economica, giuridica e morale. La società a controllo pubblico costituiva un gioiello economico di primordine, competitore a livello internazionale in un settore caratterizzato da uno sviluppo innovativo travolgente. Fu oggetto di una rapina devastante, grazie a un *leveraged by out* compiuto con l'OPA del febbraio 1999, che face ricadere sul patrimonio di Telecom il rimborso ai finanziatori dell'operazione. Il *Financial Times* definì l'operazione di conversione delle azioni "una rapina in pieno giorno"[6]. Il risultato dell'intera operazione sul piano economico fu: «*Un saccheggio da 60 miliardi, così i capitalisti senza capitali hanno distrutto un intero settore*»[7].

Nei rapporti internazionali la nostra Patria è stata precipitata, per codardia, ignavia e ingenuo arrendismo, a partire dal Trattato di Maastricht del 1992 (7 febbraio 1992), in una serie di istituzioni di cui ha perso ogni controllo, lasciando la guida agli Stati più potenti e attrezzati finanziariamente ed economicamente.

La classe politica italiana si presentò a quell'appuntamento nel più completo disfacimento, sottoposta ai colpi di maglio di una magistratura inquirente che rivendicava il suo ruolo di giustiziere dei mali d'Italia ("Mani pulite"). Peraltro, la classe politica che aveva fino ad allora detenuto le leve del governo non aspettava altro che di ricevere alimento di vita dal Partito Comunista, che stava compiendo un vero suicidio volontario assistito – grazie all'aiuto dell'ipercapitalismo mondialista – per trasformarsi nel partito radicale di massa, vero motore della modernizzazione globalista, allo scopo di governare il paese.

L'istituzione europea cambiò con Maastricht struttura, *governance* e *mission*. L'ingresso nella nuova Europa richiedeva una classe dirigente attrezzata sul piano culturale, storico e giuridico, nonché preparata ad affrontare dinamiche finanziarie ed economiche di straordinaria complessità. In quel periodo, invece, dopo "Mani pulite",

---

[6] Riferito da *La Repubblica*, 30 settembre 1999.
[7] Riferito da *La Repubblica*, 11 novembre 2013.

l'Italia politica era distratta da una farsesca contrapposizione tra i liberali di destra, che sostenevano Silvio Berlusconi, e i liberali di sinistra, impegnati coralmente nel denunciarlo all'Europa come molestatore impertinente dello Stato di diritto con le riforme *ad personam*.

Assopiti nel sonno, fantasticando di un'Europa inesistente, i governanti non si accorsero neppure che i rapporti politici stavano cambiando al suo interno in modo radicale. Al consolidamento economico-finanziario della Germania, che, soprattutto dopo l'unificazione, era in grado di operare come un gigante industriale, trovando nelle regioni orientali del continente spazi immensi di crescita, faceva da contraltare lo statuto internazionale della Francia come potenza vincitrice della guerra, componente di diritto del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e detentrice di una forza atomica militare.

Quando nel 2009 il premier italiano Silvio Berlusconi, che aveva stretto con l'arte dell'intrigo e della seduzione un rapporto personale con il dittatore libico, allo scopo di proteggere la rete industriale dell'ENI in quel territorio, facendo al contempo della Libia un antemurale delle ondate di migranti dal Centro Africa verso l'Europa, il Presidente della Repubblica francese, in spirito di "amicizia" con il nostro paese, abbatté, nel più completo disprezzo del diritto internazionale, il governo libico, facendone uccidere da un suo *killer* il dittatore, e scompaginò il tessuto delle imprese industriali italiane in quel territorio. Esse, peraltro, avevano assicurato il progresso economico del *partner* africano e la *leadership* dell'ENI nel mercato del petrolio. Molti nostri governanti, taluni insigniti della *Legion d'Honneur,* hanno assecondato la politica francese per accrescerne le sfere di influenza nella politica, nella finanza, nell'industria e nel commercio. Ben poco è stato compiuto per frenare a livello diplomatico questo scivolamento progressivo verso la neutralizzazione politica della nostra Patria e verso il suo asservimento agli altri *partner* europei.

Non siamo forse tutti insieme nell'Europa? Non apparteniamo forse tutti alla medesima Europa? Non ci ha assicurato l'Europa la pace? Non sembra che i governanti degli altri paesi la pensino così.

I veri patrioti hanno di fronte a sé oggi un compito imponente: ripristinare la serietà della politica e operare nel confronto internazionale, soprattutto europeo, per valorizzare le potenzialità di progresso del nostro Paese che non deve essere schiacciato in forza di regole finanziarie artificiose che giovano ai più forti e impoveriscono i più deboli.

5. Conclusione

La Patria va difesa come un bene che Dio ci ha donato e che i nostri antenati hanno trasformato in un giardino meraviglioso. Forse che non ci sono stati grandi combattenti per la giustizia e l'onore in Italia? Alla Montagna Bianca la vittoria arrise all'esercito cattolico perché i picchieri napoletani costrinsero con le picche alzate i cavalieri imperiali in rotta a ritornare in prima fila e capovolgere le sorti della battaglia; a Lepanto sulle navi di Spagna erano in gran numero i marinai e i soldati napoletani, e vi erano le navi da guerra genovesi, veneziane, sabaude, toscane e romane. E come non ricordare che a Otranto nel 1480, dopo il massacro degli uomini e dei ragazzi della città, gli ottocento cristiani scampati, rifugiatisi nella Cattedrale, furono trascinati su un colle accanto alla città e decapitati? Morirono impavidi sotto la scimitarra mussulmana. Non vi furono abiure o tradimenti, nonostante la promessa del comandante turco Gedik Ahmet Pascià di far salva la vita a chi si fosse convertito alla religione di Mohammed. I loro resti sono ancora là, come un esercito schierato a battaglia, nella cappella laterale destra della stupenda Cattedrale di Otranto, a testimonianza dell'eroismo che i nostri antenati seppero dimostrare in difesa della Patria.

La vita in questa terra è una lotta, contro il nostro egoismo, anzitutto, e poi contro gli ostacoli che l'esistenza ci riserva ogni giorno, non impropriamente definita valle di lacrime nella preghiera alla Vergine del Salve Regina. La vita è lotta contro il male che si insinua in noi e che inquina le azioni nostre e degli altri. La vita è lotta contro il Nemico che ci seduce e ci accusa e che detesta la gioia e la felicità, nostra, dei nostri fratelli e dei nostri figli.

A questa lotta appartiene anche l'impegno di custodia della Patria. Un patriottismo ben inteso, come unione forte e coerente delle volontà più limpidamente motivate a difendere la Patria contro l'assalto interno ed esterno, è, in certi momenti, indispensabile.

Non vi è libertà del cittadino se non è libera la sua Patria. Allorché un popolo smarrisce la virtù di religione e abbandona il culto dovuto pubblicamente a Dio; disprezza la propria tradizione storica; si diverte a farsi beffe dei costumi degli antenati; irride alle tragedie della propria terra o si compiace delle sue difficoltà; invita gli stranieri a infliggere ferite alla propria economia o alla propria stabilità finanziaria; ebbene, in quel momento un gruppo determinato di uomini e donne può e deve offrirsi come baluardo ultimo di

resistenza, offrendo la propria stessa vita per scongiurare l'abominio della desolazione, nella certezza che ogni sofferenza per il bene del popolo è offerta di un sacrificio a Dio nostro Signore. Nella testimonianza per Dio e per la Patria sono custoditi i semi dei nuovi cristiani.

Come raccontano i libri sacri, il martirio dei sette fratelli Maccabei e della loro intrepida madre fu la pietra angolare, nel II secolo avanti Cristo, della vittoria del giudaismo contro il deturpamento della sua fede, nonché della morte del persecutore Antioco Epifane e della purificazione del tempio[8].

Che sia così anche per noi in quest'ora oscura per la nostra Patria.

[8] 2 Mc 10, 1-4.

Abstract

MAURO RONCO, Essere 'patriota', ossia la verità della Patria

Cosa significa essere patriota? L'Autore nell'articolo risponde a questa domanda, sollecitando la riflessione dei lettori attraverso il ricordo di vicende storiche e politiche. L'amore, la reverenza, l'assistenza dovuta ai genitori sono altrettanto dovuti alla Patria e a tutti coloro che hanno fatto parte e appartengono alla medesima terra. La Patria è una realtà viva, non è fissata staticamente nel passato, e la sua esistenza può continuare solo se vi è l'impegno comune nel difenderla, amarla, rispettarla. I veri patrioti hanno oggi un compito imponente: ripristinare la serietà della politica e operare nel confronto internazionale, soprattutto europeo, per valorizzare le potenzialità della nostra Nazione, che non deve essere schiacciato in forza di regole finanziarie artificiose che giovano ai più forti e impoveriscono i più deboli.

Parole chiave: Patria, patriota, Italia, politica, valori.

MAURO RONCO, Being a 'patriot', that is, the truth of the homeland

What does it mean to be a patriot? In the article, the author answers this question, soliciting the readers' reflection through the memory of historical and political events. The love, the reverence, the assistance due to parents are equally due to the homeland and to all those who have been part of and belong to the same land. The homeland is a living reality, it is not statically fixed in the past, and its existence can continue only if there is a common commitment to defend it, love it, respect it. True patriots today have an imposing task: to restore the seriousness of politics and operate in international, especially European, confrontation to enhance the potential of our nation, which must not be crushed by virtue of artificial financial rules that benefit the strongest.

Key words: country, patriot, Italy, politics, values.

In Italia

PIETRO DUBOLINO
Presidente emerito di sezione della Corte di Cassazione

DDL ZAN, REATI DI OPINIONE E "RIEDUCAZIONE" DEL CONDANNATO*

SOMMARIO: 1. Obiettivo dell'intervento – 2. Che cos'è il "reato di opinione" – 3. I "reati di opinione" nell'ordinamento italiano – 4. La "rieducazione" di cui all'art. 27 Cost. e la sua estraneità rispetto al fine di far mutare i convincimenti – 5. Ddl Zan, rieducazione e libertà di coscienza – 6. Il tratto liberticida dell'art. 5 del ddl Zan.

1. Obiettivo dell'intervento

Si cercherebbe invano, nella sterminata produzione dottrinale che ha per oggetto la funzione rieducativa della pena, quale prevista dall'art. 27, comma terzo, della Costituzione, una specifica e approfondita trattazione del problema di come tale funzione possa essere attuata nel caso dei reati c.d. "di opinione". Lo scopo del presente scritto non è certamente quello di colmare, da solo, una tale lacuna, ma è solo quello di proporre dei motivi di riflessione critica sull'argomento, nella speranza che essi possano servire da stimolo per ulteriori sviluppi da parte di chi ne avverta l'interesse, anche in vista dell'eventuale riproposizione del ddl Zan sulla "omotransfobia", pur dopo la decisione di non passaggio al voto da parte del Senato.

2. Che cos'è il "reato di opinione"

Per affrontare il suddetto problema occorre in primo luogo interrogarsi su ciò che debba intendersi per "reato di opinione"[1]. Al riguardo sembra potersi ritenere, in via di prima approssimazione, che elementi rivelatori del "reato di opinione" siano, per un verso, la previsione come reato di una condotta costituita appunto dalla manifestazione di una "opinione"; per altro verso, il fatto che tale manifestazione sia punita solo ed esclusivamente per il suo intrinseco contenuto, volendosi dal legislatore impedire che esso, siccome ritenuto in sé e per sé inaccettabile rispetto a un determinato sistema di valori, pregiudizialmente assunto come proprio dell'ordinamento statuale, sia portato a

---

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

[1] Per una esauriente trattazione del tema, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si veda, per tutti, fra gli AA. più recenti, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 2007, pp. 689-738.

conoscenza di altri soggetti i quali possano essere quindi essere indotti, per ciò solo, a condividerlo[2].

Ciò vale a distinguere tali reati da altri (pur comunemente ritenuti anch'essi "di opinione"), quali, ad esempio, l'istigazione a delinquere, prevista, in via generale, dall'art. 414 cod. pen. e, con specifico riguardo a pratiche di pedofilia, dall'art. 414 bis cod. pen. Questo perché in tali reati il disvalore è dato non dalla istigazione in sé, quale frutto di una determinata opinione nutrita dall'agente, ma dalla natura penalmente illecita, a prescindere dalle motivazioni, delle condotte materiali di cui, con l'istigazione, viene incoraggiata e promossa l'attuazione a opera di altri. Il che vale anche con riguardo all'istigazione di militari a disobbedire alle leggi, prevista dall'art. 266 cod. pen., giacché, dovendosi intendere, per "leggi", quelle che stabiliscono gli obblighi alla cui osservanza i militari, in quanto tali, sono specificamente tenuti a prestare obbedienza, l'inosservanza, da parte loro, di tali obblighi dà luogo, generalmente, alla configurabilità di reati appositamente previsti dai codici penali militari.

Analogamente, non dovrebbe qualificarsi, a rigore, come "reato di opinione" neppure quello di istigazione a commettere «*atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*» previsto dall'art. 604 bis, comma primo, lett. a), seconda parte, cod. pen., (riproduttivo dell'identica previsione già contenuta nell'abrogato art. 3 della legge n. 654/1975, quale riformulato dall'art. 1 del D.L. n. 122/1993 conv. con modif. in legge n. 205/1993), atteso che anche in questo caso assumerebbe rilievo la natura penalmente illecita della condotta materiale oggetto dell'istigazione, costituita dalla commissione degli atti di discriminazione[3].

---

[2] Analogo appare l'orientamento espresso da A. SPENA, *op. cit*, p. 693, per il quale caratteristica dei reati di opinione è quella che «*la condotta illecita è fatta consistere proprio nell'espressione di una certa opinione, a prescindere da ogni ulteriore proiezione esterna della condotta espressiva: le incriminazioni hanno ad oggetto il mero fatto dell'espressione di un contenuto valutativo, senza che sia richiesta, ai fini della punibilità, l'obiettiva capacità (della condotta) o la subiettiva intenzione (dell'agente) di provocare nel mondo esterno alcunché di diverso dalla mera ricezione del messaggio valutativo espresso. La condotta, da parte del legislatore, è assunta dal punto di vista del contenuto valutativo del messaggio espresso, e non degli eventuali ulteriori effetti che l'espressione del messaggio ha, o può avere, nel mondo esterno*». Ed ancora, secondo lo stesso A., p. 696, «*sono reati di opinione quelli in cui una condotta è presa in considerazione dal legislatore solo in quanto espressione, verbale o comportamentale, di un'opinione turbativa della sacralità concettuale di certi valori morali sovra-individuali o di una sensibilità collettiva rispetto a valori morali*».

[3] Per *atti di discriminazione* debbono intendersi, secondo la definizione datane dalla Convenzione di New York del 7 marzo 1966, recepita in Italia con la legge n. 654 del 1975, quelli costituiti da «*ogni*

In proposito vi è però da osservare che questi ultimi, qualora vengano posti in essere per motivi diversi da quelli sopraindicati, non costituiscono reato. Il che potrebbe indurre a ritenere che si sia in presenza di un illecito che, seppure non annoverabile fra i "reati di opinione" propriamente detti, sia tuttavia in una qualche misura a essi assimilabile, come reato, per così dire, "da opinione", avuto riguardo alla peculiarità del fatto che, contrariamente alla regola per la quale i motivi che spingono l'agente a porre in essere una determinata condotta assumono rilievo solo ai fini dell'aggravamento o dell'attenuazione di un reato che, in presenza di quella condotta, è comunque configurabile (cfr. per esempio art. 61, n. 1, e 62 n. 1 cod. pen.) nel caso degli atti di discriminazione i motivi, quando siano quelli previsti dalla norma incriminatrice, assurgono, in modo del tutto anomalo, al rango di elementi costitutivi del reato, conferendo quindi a quest'ultimo la loro stessa connotazione puramente "ideologica" . E ad analoga conclusione sembra potersi giungere per il reato previsto dal secondo comma dell'art. 604 bis cod. pen., che vieta, prevedendo poi le relative sanzioni a carico di partecipi, promotori e dirigenti, ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo che abbia tra i suoi scopi l'incitamento alla discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Il carattere di reati di opinione sembra pure da escludere, poi, con riguardo ai reati di offesa al capo dello Stato, di vilipendio delle istituzioni e delle forze armate (salvo quanto si dirà a proposito delle forze della Liberazione, ad esse equiparate nella tutela penale), come pure con riguardo ai reati di ingiuria (ora, peraltro, depenalizzato) e di diffamazione. Questi reati, infatti, pur essendo costituiti anch'essi, nella sostanza, dalla manifestazione di "opinioni", sono caratterizzati dal fatto che tale manifestazione non è fine a sé stessa, come lo sarebbe se fosse diretta soltanto a esprimere il rifiuto di determinati valori astrattamente assunti come propri dall'ordinamento, ma comporta, come risultato la concreta lesione di beni giuridici che, per la loro oggettiva e riconoscibile importanza

---

comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento , il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

nell'ambito di una ordinata convivenza civile, il legislatore ha inteso espressamente tutelare.

Tali beni sono costituiti, in particolare, nelle ipotesi dell'offesa al Capo dello Stato e del vilipendio delle istituzioni e delle forze armate, dalla credibilità e dal prestigio di cui l'uno e le altre debbono essere circondati, sì da richiedere, per la loro stessa funzionalità, che nei loro confronti si osservi sempre e da parte di chiunque un doveroso rispetto; nelle ipotesi dell'ingiuria e della diffamazione, dall'onore, dal decoro e dalla reputazione delle persone offese, la cui lesione non può lasciare del tutto indifferente l'ordinamento statuale, a pena, altrimenti, dell'insorgere del pericolo che "*cives ad arma veniant*". Resta salva, naturalmente, la possibilità che, con riguardo a tutti i suddetti reati, trovi applicazione la scriminante costituita dal legittimo esercizio del diritto di critica; scriminante che, invece, non è, ovviamente, invocabile quando, pur trattandosi ancora di vilipendio, questo abbia ad oggetto entità astratte (come la Repubblica o la Nazione italiana) ovvero oggetti-simbolo, quali la bandiera. Il che potrebbe rendere non troppo azzardata l'affermazione che, in linea di principio, la qualificazione di un reato come "reato di opinione" sia da escludere ogni qual volta, con riguardo ad esso, sia ipotizzabile l'operatività della scriminante in questione.

Parimenti, appare da escludere che possano essere ritenuti "reati di opinione" quelli di offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 cod. pen.) o mediante vilipendio o danneggiamento di cose (art. 404 cod. pen.), come pure quello di turbamento di funzioni religiose (art. 405 cod. pen.). Ciò in quanto le condotte descritte nelle norme incriminatrici hanno a oggetto immediato persone o cose o situazioni concrete, la cui tutela giuridica da parte dell'ordinamento non si fonda sulla previa assunzione di una determinata confessione religiosa come propria dello Stato (diversamente da quanto si verificava con riguardo al reato di vilipendio alla religione dello Stato, previsto dall'art. 402 cod. pen. e dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 508/2000).

Essa appare piuttosto riconducibile al disposto di cui all'art. 19 della Costituzione, che garantisce a chiunque il «*diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume*»; garanzia, questa, che, al pari delle altre pure contenute nella Costituzione (a partire da

quella riguardante, in generale, "i diritti inviolabili dell'uomo" , prevista dall'art. 2, per giungere a quelle riguardanti la libertà personale, il domicilio, la corrispondenza, la libertà di circolazione, di riunione, di associazione, previste dagli art. 13-18), non si pone soltanto come ostacolo ad ingiustificati interventi coercitivi o limitativi da parte dello Stato, ma giustifica, anche, o addirittura impone, che sia lo stesso Stato ad assumere su di sé il compito di impedire, anche mediante la previsione di sanzioni penali, che i diritti garantiti alla generalità dei cittadini siano, da qualcuno di essi, lesi o posti in pericolo.

3. I "reati di opinione" nell'ordinamento italiano

Alla stregua delle suesposte considerazioni, dovrebbe quindi, in linea di principio, escludersi che in un ordinamento di tipo liberal-democratico, quale deve fondamentalmente ritenersi quello delineato nella Costituzione italiana (sia pure con le sue forti componenti di natura solidaristica), possano avere diritto di cittadinanza veri e propri "reati di opinione"[4].

In realtà, però, le cose stanno diversamente. Anche nell'ordinamento italiano, infatti, sono presenti figure di reato nelle quali la condotta punibile è costituita soltanto dalla pura e semplice manifestazione di opinioni, considerata dal legislatore di per sé pericolosa per il solo fatto che esse possano essere condivise, indipendentemente dalla riscontrata esistenza di condizioni nelle quali sia ragionevolmente prevedibile che, in concreto, dall'astratta condivisione si passi al compimento di azioni costituenti a loro volta reato. È il caso, in particolare, del reato di cui al già ricordato art. 604 bis cod. pen. (già art. 3 della legge n. 654/1975, riformulato dall'art. 1 del D.L. n. 122/1993 conv. con modif. in legge n. 205/1993), nella parte in cui, al comma 1, lett. a), prima ipotesi, si riferisce alla condotta di chi "propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico". Appare evidente che, nella visione del legislatore, il fatto che tali idee vengano propagandate e, quindi, diffuse, genera di per sé solo una situazione di pericolo per prevenire la quale, quindi, si rende necessario ricorrere alla minaccia della sanzione penale.

Reati di opinione possono essere considerati, poi, per le ragioni dianzi accennate, quelli di vilipendio della Repubblica, della Nazione italiana e della bandiera nazionale, il

---

[4] Ad analoga conclusione perviene anche A. SPENA, *op. cit*., p. 724, secondo cui l'incriminazione per un reato di opinione sarebbe per sua natura in contrasto con l'art. 21 della Costituzione.

cui oggetto viene ritenuto, dal legislatore, meritevole di tutela sulla sola base di determinate valutazioni politiche, da considerarsi, in quanto tali, per loro natura, opinabili. Del pari, può essere considerato reato di opinione quello di vilipendio delle forze della Liberazione, previsto dall'art. 290 cod. pen. unitamente a quello delle Forze armate, giacché, a differenza di queste ultime, le forze della Liberazione non svolgono, nell'attualità, alcuna funzione pubblica, per cui è soltanto la loro memoria storica quella che il legislatore ha inteso preservare da giudizi dissacratori.

Altri esempi di reati di opinione possono essere costituiti, inoltre, dai reati di apologia: apologia di reato, prevista dall'art. 414, comma terzo, cod. pen.; apologia del fascismo, prevista dall'art. 4, comma secondo, della legge n. 645/1952; apologia di genocidio, prevista dall'art. 8, comma secondo, della legge n. 962/1967. Con riguardo all'apologia di reato, per la verità, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che essa in tanto può ritenersi punibile in quanto la condotta posta in essere dall'agente abbia «*la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quanto meno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo*» (Cass. I, 17 novembre – 15 dicembre 1997 n. 11578, Rv 209140).

Con il che, in buona sostanza, l'apologia viene di fatto ricondotta alla figura dell'istigazione, come, del resto, era già stato affermato da Cass. I, 11 giugno – 3 dicembre 1986 n. 13541, secondo cui le due figure si distinguono soltanto per il fatto che «*nell'ipotesi di "istigazione" la spinta al reato è diretta alla persona, mentre nell'ipotesi di "apologia" la spinta è indiretta, essendo affidata al contenuto apologetico, che può, peraltro, produrre i medesimi risultati dell'istigazione diretta*».

Analogamente, con riguardo all'apologia del fascismo, si è affermato che essa può costituire reato soltanto «*se posta in essere con una condotta idonea a favorire la concreta possibilità di riorganizzazione del partito fascista, vietata dalla Costituzione repubblicana*» (Cass. II, 23 maggio – 22 dicembre 1979 n. 11106, Rv 143745).

Si tratta di interpretazioni all'origine delle quali può facilmente riconoscersi la preoccupazione di fugare quelli che altrimenti potrebbero essere fondati dubbi di illegittimità delle norme in questione per violazione del diritto di libertà di manifestazione del pensiero garantito dall'art. 21 della Costituzione. Non a caso, infatti, esse trovano il loro antecedente nella fondamentale sentenza n. 65/1970 della Corte costituzionale, con la quale si dichiarava non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di

legittimità costituzionale dell'art. 414, ultimo comma, cod. pen., sulla base, nell'essenziale, della considerazione che l'apologia punibile è soltanto «*quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti*».

Tali interpretazioni, tuttavia (ancorché, per la detta ragione, condivisibili) non possono valere ad escludere la qualificabilità dei reati di apologia come reati di opinione, atteso che, ai fini della configurabilità degli stessi, è necessario e sufficiente che l'agente manifesti una sua opinione con l'intento di farla conoscere ad altri perché la condividano, senza che egli debba anche proporsi, come ulteriore finalità, quella che dalla condivisione si generi poi l'impulso a porre in essere un determinato tipo di azioni; effetto, questo, che, se ed in quanto ritenuto necessario perché possa dirsi che il reato è stato realizzato, potrebbe in qualche modo farsi rientrare nel novero di quelle che, in dottrina, vengono definite come condizioni obiettive di punibilità.

4. La "rieducazione" di cui all'art. 27 Cost. e la sua estraneità rispetto al fine di far mutare i convincimenti

Passando ora all'esame di ciò che, ai fini di cui all'art. 27, comma terzo, della Costituzione, deve intendersi per "rieducazione", appare oggi generalmente condiviso il principio che la "rieducazione", quale che sia la sua collocazione nell'ambito della nozione c.d. "polifunzionale" della pena (sostenuta, oltre che dalla dottrina dominante, anche dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità), non può avere come obiettivo quello di produrre un mutamento degli intimi convincimenti morali del soggetto, i quali siano o possano essere stati, in ipotesi, all'origine delle scelte delinquenziali, giacché una tale finalità si porrebbe in contrasto con il diritto di ciascuno, in un ordinamento democratico e ispirato al pluralismo come è quello italiano, al rispetto della propria libertà di coscienza.

L'obiettivo della "rieducazione", quindi, in una tale visione, non potrebbe che essere quello di una "risocializzazione" del soggetto, intesa, tuttavia, non solo e non tanto come un suo reinserimento nel contesto sociale, quando la scelta delinquenziale sia dipesa da una situazione di emarginazione dovuta a cause di natura socio-economica (giacché in tal modo non vi sarebbe spazio per la rieducazione nel caso di condanna per reati commessi da chi sia già socialmente ed economicamente ben collocato), ma anche e soprattutto come acquisizione del convincimento che, in una ordinata e pacifica convivenza sociale,

gli obblighi e i divieti previsti dalle norme penali debbono essere osservati per il solo fatto che esistono[5].

Al riguardo potrebbe però osservarsi, in primo luogo, che la radicale esclusione di ogni riferibilità della rieducazione a una revisione delle intime e personali visioni etiche del soggetto, solo perché altrimenti risulterebbe violato il dovuto rispetto alla sua libertà di coscienza, non considera che esiste un nucleo di regole morali tradizionalmente definite "naturali", riassumibili nella nota definizione di Ulpiano *honeste vivere, alterum non laedere, suum unicuique tribuere*, la cui osservanza è stata ed è generalmente ritenuta imprescindibile nell'ambito di ogni consorzio civile, indipendentemente da qualsiasi scelta religiosa o politica del singolo soggetto. E alla violazione di tali regole è associata, a ben vedere, la configurabilità della maggior parte dei reati previsti dall'ordinamento giuridico, ivi compresi quelli tradizionalmente definiti da "colletti bianchi", rimanendone esclusi, in ultima analisi, proprio i soli reati riconducibili, sulla base dei criteri precedentemente illustrati, alla categoria dei "reati di opinione" (da intendersi, peraltro, d'ora in avanti, come comprensiva anche di quei reati che, come si è visto, possono ritenersi ad essi, in qualche modo, assimilabili).

Ragion per cui, quando la rieducazione sia diretta a far sì che il soggetto resosi responsabile di un reato che non sia "di opinione" acquisti o riacquisti la consapevolezza dell'assoluta necessità che quelle regole siano rispettate non può in alcun modo ritenersi che ciò costituisca un tentativo di violazione della sua libertà di coscienza. Il rispetto dovuto a quest'ultima, infatti, deve comunque conciliarsi con le esigenze minime di sopravvivenza della convivenza sociale, fermo restando, com'è ovvio, il divieto che, anche quando l'obiettivo della rieducazione sia quello summenzionato, si faccia ricorso a metodi o strumenti lesivi della dignità del soggetto o della sua integrità fisio-psichica. E ciò a prescindere, naturalmente, dal discorso più generale e tutt'affatto diverso (che non è qui il caso di affrontare) circa la effettiva possibilità che un miglioramento delle qualità morali di un soggetto possa essere efficacemente perseguito mediante l'uso (quale che

---

[5] Si vedano, in proposito, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 2020, p. 796 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 1993, p. 521 ss.; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3°, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 277 ss., al quale ultimo, in particolare, si rimanda per la completezza, a tutt'oggi insuperata, della trattazione, in generale, dell'istituto in questione in tutti i suoi aspetti, con amplissime note di richiamo a dottrina e giurisprudenza.

esso possa essere) di uno strumento come la pena, che, per sua natura, non può non essere, in maggiore o minore misura, necessariamente afflittiva.

Può osservarsi, in secondo luogo, che far consistere l'obiettivo della rieducazione, specie quando si tratti di soggetti già ben inseriti nel contesto socio-economico, nella pura e semplice acquisizione del convincimento che, in sostanza, "non conviene" violare la legge penale, significa che quell'obiettivo viene a coincidere, di fatto, con quello tradizionale della intimidazione, ottenuta mediante la implicita minaccia, con l'applicazione della pena, di una reiterazione di quest'ultima a fronte della eventuale reiterazione del reato[6]. Per ottenere un tale risultato non sarebbe stato certo necessario dettare l'art. 27, comma terzo, della Costituzione, se non (forse) nella parte in cui esso si limita a imporre il divieto di pene che siano contrarie al senso di umanità.

5. Ddl Zan, rieducazione e libertà di coscienza

Venendo finalmente ad affrontare il problema della funzione rieducativa della pena con specifico riferimento ai soli reati qualificabili come "reati di opinione", va anzitutto osservato che esso sembra potersi porre soltanto quando la pena prevista sia quella detentiva, atteso che appare assai arduo attribuire, in generale, alla pena pecuniaria (quale, ad esempio, attualmente prevista per la maggior parte dei reati di vilipendio) una funzione diversa da quella meramente afflittiva[7].

---

[6] Tale appare, in effetti, la conclusione alla quale giungono, ad esempio, anche C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2017, p. 601, per i quali, quando trattisi di »*soggetti che sono perfettamente inseriti nelle dinamiche sociali……la funzione rieducativa della pena si realizza attraverso l'intimidazione, in quanto l'intimidazione della pena deve servire di stimolo per il recupero del rispetto degli interessi lesi dal reato*». Non dissimile, in un più remoto passato, la posizione di P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen,)* in *Enc. Dir.*, Milano, 1982, p. 791, secondo cui: «*anche lo stimolo all'emenda che può derivare dall'inflizione di una pena può essere considerato nella prospettiva della rieducazione. Bisogna tener conto, infatti, che il concetto di "rieducazione" non coincide con quello di "risocializzazione"*».

[7] Al riguardo, mette conto richiamare quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 12/1966, nella quale, a sostegno della ritenuta infondatezza della proposta questione di legittimità costituzionale della pena pecuniaria, proprio per la sua inidoneità a costituire strumento di rieducazione del condannato, si puntualizza che, con l'art. 27, comma III, della Costituzione, »*si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale*». Con il che viene, sostanzialmente, ammesso che la pena pecuniaria non

Ciò premesso, occorre partire dal seguente interrogativo di fondo: la rieducazione deve puntare a far sì che il soggetto si renda conto che le opinioni che hanno portato alla sua condanna "non sono giuste", ovvero a far sì che si renda conto che "non conviene manifestarle"?

Nella prima ipotesi si salva la funzione precipua della "rieducazione", ma sicuramente, stavolta, proprio a prezzo di quella stessa "libertà di coscienza", il cui rispetto, come si è visto, la dottrina corrente ritiene ostativo a una concezione della rieducazione per la quale quest'ultima dovrebbe tendere a una modifica in meglio degli intimi convincimenti del condannato in materia morale e, a maggior ragione, ideologica e politica; ostatività, quella anzidetta, che non può certamente dirsi esclusa per il solo fatto che (sempre secondo la dottrina corrente) quello della rieducazione è solo un obiettivo "tendenziale" che deve quindi lasciar libero il soggetto di aderirvi o meno[8]. Di contro, infatti, sembra potersi affermare che, a rigore, già il solo tentativo di condizionare gli orientamenti morali, ideologici o politici di un soggetto sottoposto a privazione della libertà personale da parte della stessa autorità statale dalla quale quella privazione viene imposta ben può essere considerato come un attacco alla sua libertà di coscienza, quali che siano le modalità, più o meno "soft", con le quali il medesimo tentativo viene attuato.

Nella seconda delle suddette ipotesi, come pure si è visto, la funzione della rieducazione si riduce a quella della intimidazione, annullandosi quindi in essa. E non sembri troppo azzardato dire che ciò potrebbe portare a un giudizio di incostituzionalità di tutti i "reati di opinione", proprio a cagione della inapplicabilità "a priori", con riguardo ad essi, di un principio che la Costituzione implicitamente prevede come insuscettibile di deroga alcuna, dal momento che non risulta in alcun modo contemplata

---

possa, per sua natura, avere, di regola, alcuna finalità rieducativa, senza per ciò, tuttavia, essere in contrasto con la Costituzione. Peraltro, è stato anche sostenuto, da autorevole dottrina (G. FIANDACA, *Commento*, cit., p. 314, che, rinunciando a »*identificare la rieducazione col trattamento volto a risocializzare il condannato*» e «*assumendo, invece, il concetto di rieducazione nella accezione più generale di acquisita consapevolezza dei valori disattesi col comportamento trasgressivo, è difficile negare – come, seppur timidamente, ammette la stessa Corte costituzionale – che la stessa inflizione di una sanzione di natura pecuniaria può incidere sul reo nel senso di indurlo al rispetto dei beni protetti*».

[8] Cfr. sul punto, fra gli altri: G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit*., p. 523, secondo cui "l'obiettivo tendenziale" della rieducazione in tanto è perseguibile in quanto "il reo sia disposto a collaborare"; P. PITTARO, *Art. 27 Cost*., in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE - R. BIN, Milano, 2008, p. 27, secondo cui, »*nello stato sociale di diritto, laico e pluralista", la rieducazione rappresenta un'opportunità di recupero sociale offerta al reo, che può accettarla o meno, ed il cui obiettivo non è l'adesione a concezioni particolari della convivenza, ma solo quello di fare il possibile perché costui, nel futuro, non violi nuovamente la legge penale*».

l'eventualità che esistano reati per i quali, a parità del tipo di pena previsto, la rieducazione (in senso proprio) dei colpevoli non possa neppure essere tentata[9].

Così delineate quelle che, in astratto, appaiono le due possibili linee d'indirizzo interpretativo, deve però a questo punto osservarsi che esistono già chiari segni di una preoccupante tendenza del legislatore ad aderire alla prima di esse, almeno quando i "reati di opinione" (o ad essi assimilabili) siano di un certo tipo. Assai indicativo appare, infatti, al riguardo, il disposto di cui all'art. 1, comma 1 bis, lett. a), del D.L. n. 122/1993, conv. con modif. in legge n. 205/1993 (c.d. "legge Mancino"), in base al quale, nel caso di condanna per uno dei reati già previsti dall'art. 3 della legge n. 654/1975 (ora trasfuso, come si è visto a suo luogo, nell'art. 604 bis cod. pen.) o per uno dei reati previsti dalla legge n. 962/1967 (tra cui, in particolare, figura, come pure si è visto, quello di apologia di genocidio), può essere imposto al condannato, a titolo di "sanzione accessoria", l' «*obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1 ter*»; attività non retribuita che, secondo quanto stabilito, nella parte che appare di maggior interesse, dal successivo comma 1 quinquies (oltre che, pressoché negli stessi termini, dal D.M. 4 agosto 1994 n. 569, emanato ai sensi del citato comma 1 ter), può consistere in «*prestazioni di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale o volontariato operanti, in particolare, nei confronti di tossicodipendenti, persone affette da infezione da hiv, portatori di handicaps, malati, anziani, minori, ex detenuti o extracomunitari*».

Ora, appare di tutta evidenza che l'obbligo in questione, nella visione del legislatore, altro non è se non uno strumento di "rieducazione" del condannato nel senso proprio del termine, essendo volto a far sì che, mediante il contatto prolungato (e, per giunta, in posizione subordinata quale prestatore di lavoro), con organismi o enti necessariamente scelti in funzione del loro orientamento ideologico-politico opposto a quello del medesimo condannato, quest'ultimo si senta indotto a rimettere in discussione fino, possibilmente, a ripudiarli, i convincimenti che hanno dato luogo alla commissione del reato. E ciò trova conferma, in particolare, considerando che, fra gli organismi o enti in

---

[9] La prospettata ipotesi di incostituzionalità non si pone in contrasto con i presupposti sui quali si fonda la sentenza della Corte costituzionale richiamata nella precedente nota (7), atteso che un conto è ritenere non contrario alla Costituzione che esistano pene diverse da quelle detentive le quali, come la pena pecuniaria, senza essere contrarie al senso di umanità, non siano tali, tuttavia, da favorire la rieducazione del condannato; altro conto è ammettere che la stessa pena detentiva possa essere o non essere finalizzata alla rieducazione a seconda del tipo di reato per il quale sia stata inflitta.

questione, sono specificamente indicati quelli che operano nei confronti degli extracomunitari. Gli stranieri extracomunitari, infatti, individualmente o come categoria, sono coloro che, quasi sempre, vengono assunti come occasione o pretesto per la propaganda di "idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale" o come oggetto di discriminazione per "motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi". Nulla di più naturale, quindi, che il colpevole di tali reati venga affidato, nella speranza che riveda il suo modo di pensare, a quanti si adoperano perché agli stranieri extracomunitari venga riservata generosa ed amichevole accoglienza.

6. Il tratto liberticida dell'art. 5 del ddl Zan

Appare, peraltro, assai singolare e frutto, con ogni evidenza, di una ben precisa scelta ideologico-politica il fatto che tra tutti i reati qualificabili come "reati di opinione" o ad essi assimilabili, il legislatore abbia preso in considerazione soltanto quelli previsti dalla "legge Mancino" per predisporre uno specifico meccanismo sanzionatorio, aggiuntivo alla pena vera e propria e finalizzato, come si è appena visto, alla rieducazione dei colpevoli. Tale meccanismo dovrebbe, ovviamente, essere mantenuto, nelle intenzioni dei promotori del noto ddl Zan contro la c.d. "omotransfobia", anche con riferimento alla proposta, nuova formulazione dell'art. 604 bis che dovrebbe prevedere, in aggiunta ai «*motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*» che rendono attualmente punibile la commissione e l'istigazione a commettere atti di discriminazione, anche quelli «*fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere*».

L'operatività del medesimo meccanismo dovrebbe, inoltre, essere estesa (sempre secondo il suddetto ddl Zan), anche al caso di condanna per reati diversi da quelli previsti dall'art. 604 bis cod. pen, quando gli stessi siano aggravati i sensi dell'art. 604 ter (già art. 3 del D.L. n. 122/1993, conv. con modif. in legge n. 205/1993), essendo stati commessi, secondo l'attuale formulazione della norma, «*per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità*»; formulazione, questa, la quale dovrebbe essere integrata con l'aggiunta delle parole: «*oppure per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità*».

E ancora, l'elenco delle organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato in favore delle quali andrebbe imposto al condannato l'obbligo di prestare un'attività non retribuita andrebbe completato con l'indicazione di quelle operanti «*a favore delle associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui all'articolo 604-bis del codice penale*». Con il che la finalità "rieducativa" dell'obbligo in questione risulterebbe, se possibile, ancor più accentuata, associandosi ad essa una sorta di anomala finalità risarcitoria *in incertam personam*, da realizzarsi mediante la forzata collaborazione con organismi ed enti i quali abbiano come loro obiettivo la riparazione, per quanto possibile, delle negative conseguenze patite da chiunque risulti essere stato vittima di taluno dei suddetti reati, indipendentemente dalla ascrivibilità dello stesso alla responsabilità del condannato o di altri soggetti.

Tutto questo, naturalmente, nelle intenzioni dei legislatori, a proposito delle quali, però, mai come in questo caso sembra potersi ripetere l'antico detto secondo cui di buone intenzioni (ammesso che tali possano essere ritenute quelle in discorso) "*è lastricata la via dell'inferno*"; un inferno che, a seconda dei punti di vista, potrebbe essere costituito o dal totale fallimento delle finalità rieducative (quale facilmente ipotizzabile in tutti i casi in cui esse siano perseguite con modalità sostanzialmente coercitive, non di rado produttive, in quanto tali, di risultati diametralmente opposti a quelli auspicati); ovvero proprio dalla realizzazione, almeno apparente, di quelle stesse finalità, ma a prezzo, necessariamente, di una lettura dell'art. 27, comma terzo, della Costituzione, da considerarsi pericolosissima, quando riferita ai "reati di opinione", per le sue evidenti connotazioni liberticide.

Abstract

PIETRO DUBOLINO, Ddl Zan, reati di opinione e "rieducazione" del condannato

L'articolo affronta il tema della funzione rieducativa della pena in relazione ai reati c.d. "di opinione", con riferimento anche al disegno di legge contro l'omotransfobia (ddl Zan) su cui di recente il Senato ha deciso il non passaggio ai voti. Oggi appare generalmente condiviso il principio che la "rieducazione", secondo il disposto dell'art. 27 della Costituzione, non può avere come obiettivo quello di produrre un mutamento degli intimi convincimenti morali del soggetto, i quali siano o possano essere stati, in ipotesi, all'origine delle scelte delinquenziali, giacché una tale finalità si porrebbe in contrasto con il diritto di ciascuno, in un ordinamento democratico e ispirato al pluralismo come è quello italiano, al rispetto della libertà di coscienza.

Parole chiave: reati di opinione, funzione rieducativa, libertà di coscienza, omotransfobia, sanzione penale.

PIETRO DUBOLINO, Zan's legislative proposal, crimes of opinion and "re-education" of the offender

The article addresses the issue of the re-educational function of the criminal sanction in relation to the so-called crimes of opinion, also with reference to the bill against homotransphobia (Zan's legislative proposal) on which the Senate recently decided not to vote. Today the principle that "re-education", according to the provisions of art. 27 of the constitution, cannot have the objective of producing a change in the intimate moral convictions of the subject, which are or may have been, in hypothesis, at the origin of the delinquent choices, since such a purpose would be in contrast with the law of each, in a democratic order inspired by pluralism like the Italian one, by respecting one's own freedom of conscience.

Key words: crimes of opinion, rehabilitation function, freedom of conscience, homotransphobia, criminal sanctions.

FRANCESCO FARRI
Avvocato in Arezzo e Professore associato di Diritto Tributario
Università degli Studi di Genova

LE LEGGI CON CLAUSOLA DI INVARIANZA FINANZIARIA: TRA GIURISPRUDENZA CONTABILE, GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E PRASSI DEL QUIRINALE*

SOMMARIO: 1. Il problema delle leggi con clausola di invarianza finanziaria – 2. Il caso dell'A.S. 2005 – 3. I rilievi della Ragioneria Generale dello Stato – 4. La giurisprudenza contabile e costituzionale – 5. La prassi del Quirinale in sede di rinvio delle leggi al Parlamento – 6. La valenza sostanziale dell'art. 81 Cost. e il principio di pareggio di bilancio.

1. Il problema delle leggi con clausola di invarianza finanziaria

Quello delle leggi contenenti una clausola di invarianza finanziaria, ovvero una clausola secondo cui l'attuazione delle leggi stesse dovrebbe avvenire compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente, e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, è un tema di rilevante importanza giuridica, nella misura in cui si pone al crocevia tra la prerogativa legislativa di quantificazione degli oneri finanziari delle misure adottate dal Parlamento e la sindacabilità di tale valutazione da parte degli organi di garanzia del sistema.

Al fine di tratteggiare un quadro ricostruttivo della materia, si possono prendere le mosse da un'ipotesi concreta in cui il problema si è posto, e valutare come esso debba essere affrontato alla luce dalla giurisprudenza e della prassi degli organi di garanzia previsti dall'ordinamento.

2. Il caso dell'A.S. 2005

Una utile occasione di studio della questione è data dal testo di legge contenente "*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violazione per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*", noto come ddl Zan A.S. 2005, come approvato dalla Camera dei Deputati e poi bloccato durante l'esame al Senato, con la decisione di non passaggio al voto del 27

---

* *Contributo accettato dalla Direzione. Il testo riproduce, con adattamenti, l'audizione tenuta dall'Autore il 22 giugno 2021 di fronte alla Commissione II Giustizia del Senato in relazione all'A.S. n. 2005 (cd. "ddl Zan").*

ottobre 2021. Al di là dell'esito per il momento avuto, è da immaginare che verrà riproposto, manifestando – fra gli altri – il limite dell'assenza di disposizioni di carattere finanziario, se non per affermare che gli interventi di contrasto alla "omofobia" devono avvenire compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Il testo presupponeva, dunque, che dall'attuazione della nuova legge non derivassero nuovi oneri a carico della finanza pubblica: altrimenti, infatti, esso avrebbe dovuto prevedere specificamente i "*mezzi per farvi fronte*" (art. 81 co. 3 Cost.).

Sennonché, l'assunto autoqualificatorio che l'A.S. 2005 non graverebbe sulla finanza pubblica si pone in contrasto con i rilievi mossi dalla Ragioneria Generale dello Stato, in ben due pareri: parere prot. n. 151728 del 31 luglio 2020, depositato in Commissione Bilancio della Camera il 4 agosto 2020; parere prot. n. 205270 del 21 ottobre 2020, depositato in Commissione Bilancio della Camera il 27 ottobre 2020.

La Ragioneria, ovvero la prima guardiana delle casse pubbliche, ha invero fatto notare fin da subito che per almeno cinque articoli della proposta di legge in questione gli oneri erano stati sottostimati dai proponenti. Si precisa che dei cinque articoli originariamente interessati dai rilievi della Ragioneria, uno di essi – quello relativo all'istituzione dei centri per il sostegno delle vittime di omofobia – è poi stato stralciato per essere approvato e finanziato in separata sede, per cui la questione non riguardava più l'A.S. n. 2005 su cui l'Assemblea ha votato il 27 ottobre 2021.

3. I rilievi della Ragioneria Generale dello Stato

Più nel dettaglio, nel caso dell'A.S. 2005 la Ragioneria dello Stato aveva evidenziato come la previsione di non incidenza della legge sui conti pubblici, formulata dai proponenti e in larga parte approvata dalla Camera in prima lettura, dovesse considerarsi irrealistica per i seguenti aspetti.

3.1. L'art. 5 del testo approvato in prima lettura dalla Camera prevedeva forme di lavoro di pubblica utilità a vantaggio, tra l'altro, delle associazioni di promozione dei diritti degli omosessuali, come pena accessoria a carico dei condannati per reati di omofobia. Sebbene la norma in questione affermasse di non provocare aggravi alla pubblica spesa, tale aggravio esisteva e consisteva negli oneri necessari a organizzare lo

svolgimento di questi lavori, a cominciare dalla copertura assicurativa INAIL obbligatoria anche nelle fattispecie dei lavori di pubblica utilità. In sede di relazione tecnica, il precedente Governo "Conte-II" aveva specificato di aver già finanziato il pertinente fondo INAIL con aggiuntivi 3 milioni di euro già da prima dell'approvazione in prima lettura della legge in esame. In questa prospettiva, la Ragioneria, nel secondo parere, aveva evidenziato come non fossero stati addotti dati specifici a dimostrazione che tale incremento del "*Fondo per il pagamento dei premi obbligatori per gli infortuni e le malattie per i detenuti e gli internati impiegati in lavori di pubblica utilità*" fosse sufficiente a garantire i fondi necessari per far fronte all'ampliamento della platea dei possibili destinatari cui la proposta di cui al futuro A.S. n. 2005 si prestava a dar vita.

Infatti, essendo l'incremento del fondo in questione giuridicamente non correlato rispetto all'approvazione della legge anti-omofobia, che prevedeva un ampliamento dei possibili interessati, delle due l'una: o si prevedeva che non vi sarebbero stati di fatto "detenuti" o "internati" per omofobia, con la conseguenza che non sarebbe stato effettivamente necessario ipotizzare alcuna copertura ulteriore (come assumeva la clausola di invarianza finanziaria introdotta nel comma 2 dell'articolo in questione); ma ciò avrebbe conclamato la sostanziale incostituzionalità della legge per violazione dell'art. 3 Cost. in termini di irrazionalità, stante il contrasto tra le premesse e i contenuti, nella misura in cui essa veniva emessa sul presupposto dell'emergenza omofobia, e poi però nel momento in cui procedeva alla sua determinazione sotto il profilo finanziario escludeva l'esistenza di tale emergenza poiché prevedeva che nessuno sarebbe stato condannato in base alla legge stessa. Oppure mancava la copertura per far fronte al possibile ampliamento dei soggetti interessati.

3.2. L'articolo 8 del testo approvato in prima lettura dalla Camera assegnava all'UNAR un nuovo compito obbligatorio, costituito dalla predisposizione di una strategia triennale di contrasto all'omofobia «*nel quadro di una consultazione permanente*» con le amministrazioni locali e le associazioni di categoria. L'articolato prevedeva che tale nuova funzione dovesse essere svolta «*compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*», ma tale clausola di invarianza appariva del tutto irrealistica, come puntualmente evidenziato dalla Ragioneria in entrambi i pareri. Infatti, delle due l'una: o

le risorse a disposizione dell'UNAR dovevano considerarsi sovrastimante rispetto alle funzioni che esso a regime svolge, con conseguente attendibilità della previsione che nuove funzioni non avrebbero richiesto risorse aggiuntive ma con altrettanto conseguente sussistenza di gravissimi profili di responsabilità per spesa pubblica improduttiva finora finanziata; oppure le risorse dell'UNAR devono considerarsi proporzionate ai compiti che esso svolge, ma allora per svolgere funzioni ulteriori sarebbero occorse risorse ulteriori (non foss'altro che per remunerare il tempo aggiuntivo che il personale avrebbe dovuto dedicare a esse).

3.3. Considerazioni analoghe a quelle sopra esposte per l'articolo 8 valgono anche per l'articolo 10 del testo approvato in prima lettura dalla Camera, che assegnava all'ISTAT una nuova obbligatoria funzione di rilevazione statistica di episodi di discriminazione e violenza. Tale previsione comportava, peraltro, una duplicazione di funzioni (e, quindi, di spesa pubblica), poiché il compito in questione viene attualmente già svolto dall'OSCAD, che la nuova disposizione non desautorava della funzione ma anzi coinvolgeva espressamente nel nuovo meccanismo di rilevazione assegnato all'ISTAT.

3.4. Infine, un problema di non lieve momento riguardava l'articolo 7, che mirava a istituire una giornata nazionale contro l'omofobia da celebrarsi nelle scuole e nelle altre pubbliche amministrazioni. Al riguardo, la Ragioneria, dopo aver osservato nel primo parere che mancava una relazione tecnica atta a valutare il reale impatto finanziario della misura introdotta, ha nel secondo parere evidenziato come la relazione presentata a tal fine dal governo dovesse considerarsi "poco esaustiva", in quanto del tutto vaga in merito alle modalità con le quali dovrà essere adempiuta la previsione in questione. Invero, se cerimonie ed eventi devono essere organizzati, appare del tutto irrealistico pensare che ciò avvenga a costo zero, come ribadito durante la discussione parlamentare in Commissione Bilancio della Camera.

In proposito, non appare sufficiente garantire genericamente la non obbligatorietà della celebrazione della giornata per assicurare il rispetto della clausola di invarianza finanziaria: fermo restando che, sul punto, la norma approvata in prima lettura non appariva comunque chiara, per essere efficace sotto il profilo finanziario una clausola del genere avrebbe dovuto essere specificata nel senso di vietare alle scuole e alle

amministrazioni in generale, con ogni effetto in punto di responsabilità contabile del dirigente, di celebrare la giornata laddove esse non si fossero trovate in una situazione che, al netto delle celebrazioni in questione, garantisse un avanzo di bilancio.

4. La giurisprudenza contabile e costituzionale

In questo contesto, se un testo normativo come l'A.S. 2005 fosse stato approvato senza modifiche e, in particolare, mantenendo simili clausole di invarianza finanziaria – ossia le clausole con cui la legge si autoqualifica come improduttiva di nuove spese a carico del bilancio pubblico – senza l'introduzione di specifiche e adeguate clausole di copertura finanziaria, la legge che ne sarebbe uscita sarebbe stata incostituzionale per violazione dell'art. 81 comma 3 Cost. secondo cui «*ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte*». Lo stesso dicasi, naturalmente, per il caso di riproposizione in futuro di proposte di legge analoghe.

Come noto, l'art. 17 comma 6-bis della legge n. 196/2009 di contabilità e finanza pubblica stabilisce espressamente, nell'ultimo periodo e oltre agli aspetti indicati nei periodi precedenti, che la «*clausola di neutralità finanziaria non può essere prevista nel caso di spese di natura obbligatoria*». Essendo pacifico che le spese su cui si appuntano i pareri negativi della Ragioneria Generale hanno carattere obbligatorio (cfr. in particolare gli articoli 7, 8 e 10), evidente risulta la probabilità che le clausole di "invarianza finanziaria" indicate nell'atto in esame vengano ritenute mascherare una sostanziale elusione della regola di copertura delle spese, e quindi un surrettizio finanziamento mediante aggravamento del disavanzo pubblico. In tal senso, del resto, si è espressa in casi analoghi la Corte dei Conti nelle Relazioni quadrimestrali sulla copertura finanziaria delle leggi di spesa pubblicate dalle Sezioni Riunite (cfr. ad esempio, per la particolare chiarezza, il par. 1.3.1 della relazione per il terzo quadrimestre del 2016). Si osserva, al riguardo, che le disposizioni della legge di contabilità e finanza pubblica devono considerarsi «*specificative del precetto di cui all'art. 81*, *quarto comma, Cost.*», con la conseguenza che la Corte Costituzionale le ritiene parametri rilevanti nel proprio giudizio di verifica di costituzionalità delle leggi di spesa (*ex multis* Corte Cost. n. 147/2018, n. 181/2013, n. 192/2012).

Ma vi è di più, in quanto secondo la giurisprudenza costituzionale la mancata considerazione degli oneri vale a rendere la legge incostituzionale per mancanza di

copertura non soltanto se si tratta di spese obbligatorie, ma anche se si tratta di oneri solo "ipotetici". La giurisprudenza costituzionale è infatti granitica nell'osservare che l'art. 81 Cost. «*impone che, ogniqualvolta si introduca una previsione legislativa che possa, anche solo in via ipotetica, determinare nuove spese, occorr[e] sempre indicare i mezzi per farvi fronte*» (*ex multis*, Corte Cost., n. 163/2020, n. 307/2013).

In questa prospettiva, la Corte Costituzionale, con la sent. n. 197/2019, ha ribadito l'esigenza del rispetto di un principio di *contestualità* tra previsione di spesa e indicazione dei mezzi per farvi fronte e di *congruità e attendibilità* di questi ultimi (analogamente, *ex multis*, Corte Cost. n. 213/2008). In senso analogo, Corte Cost. n. 147/2018 ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione che, istituendo nuove funzioni pubbliche obbligatorie, analogamente a quanto avviene nel caso del testo di legge in esame, non ne aveva previsto le specifiche coperture.

Così, secondo la Consulta, devono essere stigmatizzate e dichiarate incostituzionali quelle leggi in cui «*l'individuazione degli interventi e la relativa copertura finanziaria, è stata effettuata dal legislatore* (…) *in modo generico e risulta priva di quella chiarezza finanziaria minima richiesta dalla costante giurisprudenza di questa Corte in riferimento all'art. 81 Cost. Le esposte considerazioni sottolineano il patente contrasto delle modalità di copertura della legge con l'art. 81 Cost. nella sua vigente formulazione, il cui accentuato rigore rispetto al passato trova una delle principali ragioni proprio nell'esigenza di evitare leggi-proclama sul futuro, del tutto carenti di soluzioni attendibili e quindi inidonee al controllo democratico ex ante ed ex post degli elettori*» (così Corte Cost. n. 227/2019).

Tali rilievi appaiono ancora più gravi se si considera che, secondo la giurisprudenza costituzionale, l'obbligo di specifica e trasparente copertura delle spese costituisce specificazione del dovere di trasparenza delle leggi e attiene direttamente al rispetto dei principi fondamentali di rappresentanza democratica (Corte Cost. sent. n. 247/2017).

Appare, quindi, altamente probabile che i giudici chiamati a dare applicazione alla legge eventualmente riproposta, approvata e promulgata, ma ancor prima la Corte dei Conti, in sede di giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario in cui un atto del genere venisse approvato (secondo il potere/dovere riconosciuto da Corte Cost., n. 244/1995 e giurisprudenza successiva), solleverebbero immediatamente questione di legittimità costituzionale di disposizioni

analoghe a quelle sopra considerate per violazione dell'art. 81 della Costituzione.

5. La prassi del Quirinale in sede di rinvio delle leggi al Parlamento

Fermo restando quanto sopra osservato, occorre peraltro rilevare in via ancora preliminare che, in caso di approvazione di un atto legislativo quale sarebbe qualcosa di equivalente all'A.S. 2005 nel caso in cui rimanesse invariato rispetto al teso approvato dalla Camera, la stessa promulgazione della legge da parte della Presidenza della Repubblica risulterebbe problematica, poiché l'analisi della prassi della Presidenza della Repubblica rivela che la verifica della copertura finanziaria è uno degli aspetti sui quali, più di frequente, si è appuntato il rinvio alle Camere da parte dei Presidenti della Repubblica ai sensi dell'articolo 74 della Costituzione.

Il *vulnus* istituzionale della mancata considerazione, da parte del Parlamento, dei rilievi formulati dalla Ragioneria Generale dello Stato[1] è certamente un aspetto al quale il Capo dello Stato, nel suo ruolo di rappresentante dell'unità nazionale (art. 87 Cost.), conferisce massimo rilievo in sede di richiesta di una nuova deliberazione alle Camere (cfr. messaggio del 3 marzo 2006, relativo a un caso, analogo a quello di specie, in cui per l'attribuzione di alcune nuove funzioni a nuovi enti si presentava la clausola dell'assenza di nuovi oneri per la finanza pubblica; messaggi del 10 aprile 2003, 30 aprile 1998, 28 giugno 1995). Secondo la Presidenza della Repubblica, in particolare, «*nessuna*

[1] La Ragioneria Generale dello Stato, costituita oltre centocinquant'anni or sono (con la legge "Cambray-Digny" n. 5026 del 22 aprile 1869) e oggi incardinata al Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 7 del d.P.C.M. n. 67 del 27 febbraio 2013), ha come principale obiettivo istituzionale quello di garantire la corretta programmazione e la rigorosa gestione delle risorse pubbliche. A essa spettano, tra gli altri compiti, la prima verifica di certezza e affidabilità dei conti dello Stato e degli andamenti della spesa pubblica e la prima garanzia di uniforme interpretazione e applicazione delle norme contabili, successivamente fatte oggetto di ulteriori verifiche e controlli – in particolare – da parte del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione delle leggi e della Corte dei Conti e, ove ne ricorrano i presupposti, della Corte Costituzionale. Attualmente, il ruolo della Ragioneria Generale dello Stato risulta fondamentale anche in chiave sovranazionale, nel procedimento di certificazione del rispetto degli obblighi posti dal Patto di Stabilità e, quindi, del rispetto degli obblighi assunti dallo Stato nei confronti dell'Unione Europea con il cd. "*fiscal compact*". Sul ruolo di tale importante istituzione possono vedersi le seguenti opere: RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Ragioneria Generale dello Stato*, Roma, 1969; P. GERMANI, *La Ragioneria Generale dello Stato ed i controlli sulla Finanza Pubblica*, Roma, 1995; G. MONGELLI - S. ROMANAZZI - E. VARRICCHIO (a cura di), *La ragioneria generale dello Stato. 150 anni di storia a difesa delle risorse pubbliche*, Roma, 2020; E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere*, Bologna, 2021, p. 37 ss. Per tali ragioni, la mancata considerazione dei pareri della Ragioneria Generale dello Stato costituisce uno strappo istituzionale di notevole portata, poiché il *placet* della Ragioneria dello Stato costituisce il primo presidio di garanzia della tenuta dei conti pubblici, e pertanto, di legittimità di un provvedimento normativo rispetto ai principi di copertura delle spese pubbliche e di pareggio di bilancio prescritti dall'art. 81 Cost.

finalità, neppure la più nobile e la più utile alla collettività, deve essere perseguita attraverso la violazione della nostra Carta fondamentale. E non solamente per una questione, pure assai importante, di legalità formale. Infatti, impegnare, per uno scopo, denaro che non esiste, significa chiaramente rendere vano lo stesso scopo che si intende perseguire» (cfr. messaggio del 28 giugno 1995, di rinvio alle Camere di una legge presentata per la promulgazione che non aveva tenuto conto dei rilievi della Ragioneria Generale).

La Presidenza della Repubblica, inoltre, è sempre apparsa attenta alla specificità della determinazione degli oneri (messaggi del 18 novembre 1994, del 31 ottobre 1991, del 28 luglio 1989, del 1 luglio 1988, del 28 dicembre 1987, del 17 aprile 1987, del 19 febbraio 1987, del 27 giugno 1986, del 20 aprile 1983, del 29 gennaio 1982, del 16 ottobre 1981) e delle relative indicazioni di spesa, ritenendo insufficiente il rinvio a fondi già esistenti anche per spese soltanto potenziali (messaggi del 31 marzo 1995, del 18 febbraio 1992 e del 1 febbraio 1992).

Ciò vale a maggior ragione per spese obbligatorie come quelle previste dal testo in commento (messaggio del 27 agosto 1991, dove si è censurata la tecnica di finanziare l'attribuzione di nuove competenze mediante riferimento ad autorizzazioni di spesa preesistenti, ritenendo «*maggiormente aderente allo spirito e alla lettera del principio costituzionale*» di cui all'articolo 81 Cost. indicare «*una nuova, apposita, specifica copertura*»; messaggio del 9 aprile 1991, dove si è ammonito che «*ove non si risolve in concreto e in modo efficace il problema della irregolarità della copertura delle leggi, non si vede come si possa seriamente affrontare globalmente il problema della finanza pubblica*»; messaggi del 20 aprile 1983, del 10 febbraio 1981, del 11 febbraio 1963, del 9 febbraio 1963, del 5 febbraio 1963, del 2 febbraio 1963, del 6 novembre 1960, del 14 luglio 1959, del 9 aprile 1949). Al riguardo, nel messaggio del 31 dicembre 1985 si è specificato che «*è necessario che la norma sulle conseguenze finanziarie implicate da una legge di spesa risulti per se stessa e direttamente congrua e completa nei suoi effetti, senza che tale congruità e perfezione possa essere acquisita ex post con successivi interventi legislativi in sanatoria*» (in senso analogo i messaggi del 14 luglio 1964, del 2 gennaio 1963, del 5 agosto 1962, a fronte dei quali il parlamento cessò l'utilizzo di analoghe prassi definite dal Quirinale "*elusive*" dell'art. 81).

Nel messaggio del 23 marzo 1998, a fronte di perplessità emerse dalla società civile,

e pur avendo acquisito la legge il parere positivo della Commissione Finanze della Camera che ha trasformato in "osservazioni" i rilievi sulla copertura finanziaria, la Presidenza della Repubblica ha rinviato la legge al Parlamento perché essa, pur formalmente rispettosa delle leggi di contabilità pubblica, recava un «vulnus *alla sostanza dell'articolo 81, quarto comma, della Costituzione*», ammonendo il Parlamento che «*l'interpretazione e l'applicazione dell'articolo 81 della Costituzione devono essere lineari e ineccepibili, né vale lasciar passare una formula non ortodossa con l'esplicito invito a non ripeterla per il futuro*». Nello stesso senso, il messaggio del 19 gennaio 1983 ha chiarito che «*è un precetto questo della indicazione dei mezzi per far fronte alle nuove e maggiori spese che implica osservanza sostanziale, non formalistica, che tanto più chiama in causa la responsabilità del legislatore ad una sua ottemperanza puntuale e non evasiva* (…) *É perciò che indicazioni di copertura di fragile consistenza, affidate a formulazioni nominalistiche,* (…) *non possono più passare inosservate né procedere indenni da rilievi in un frangente* (…) *così gravido di pericoli per le nostre pubbliche contabilità*».

Alla luce della costante prassi del Quirinale, è quindi agevolmente presumibile che un testo legislativo analogo all'A.S. 2005, qualora approvato dal Parlamento senza inserimento di una clausola di copertura finanziaria secondo quanto richiesto dalla Ragioneria Generale dello Stato, darebbe vita a una legge che, seppur giungesse ad approvazione, ancor prima di entrare in vigore ed essere presumibilmente rinviata subito alla Corte Costituzionale da parte della Corte Conti, verrebbe rinviata al Parlamento da parte del Presidente della Repubblica per il compimento di una nuova deliberazione ai sensi dell'articolo 74 della Costituzione.

6. La valenza sostanziale dell'art. 81 Cost. e il principio di pareggio di bilancio

Assodata la necessità di apportare a un testo normativo del tipo dell'A.S. 2005 adeguate clausole di copertura finanziaria, o altri similari che fossero in futuro proposti, è il caso di osservare che i profili di possibile violazione dell'art. 81 della Costituzione non si prestano a essere pienamente superati neppure provvedendo a effettuare una più precisa valutazione tecnica dei costi delle misure sopra enucleate, secondo quanto richiesto in entrambi i pareri della Ragioneria Generale, e a individuare nel testo della legge le coperture specifiche per farvi fronte.

Infatti, a seguito della drammatica pandemia di Covid-19, il sistema della finanza pubblica italiana versa in una situazione di grave precarietà, in cui le entrate faticano a coprire le spese necessarie per far fronte alla gestione corrente e alle emergenze sanitarie, sociali ed economiche provocate dalla pandemia. In questo contesto, i margini di esercizio della discrezionalità del legislatore nell'allocare le pubbliche spese appaiono inevitabilmente ridotti poiché il finanziamento dei nuovi oneri per la finanza pubblica sta avvenendo di fatto mediante ricorso diretto o indiretto all'indebitamento. Ciò vale, in particolare, anche per i fondi del PNRR, poiché si tratta pur sempre nella larga maggioranza degli importi di somme ottenute a debito e da restituire e, in ogni caso, dall'utilizzo a contenuto vincolato.

In questo contesto, se si considera che lo Stato si trova a dover ricorrere in modo ingente all'indebitamento per mantenere la tenuta del sistema sociale ed economico, è chiaro che gli stanziamenti di spesa attualmente previsti dal sistema di finanza pubblica non possono ragionevolmente essere ridotti, altrimenti già lo sarebbero stati per evitare il massiccio ricorso all'indebitamento di questi mesi[2]. Pertanto, ridurre gli altri stanziamenti di bilancio per finanziare nuovi oneri a carico della finanza pubblica è soltanto un'operazione non trasparente per finanziare a debito la legge stessa.

Il ricorso all'indebitamento, se non previsto direttamente nella legge in questione, sarà comunque necessario per rifinanziare quegli stanziamenti indispensabili per la finanza pubblica, ma ridotti per far apparire come soddisfatto il requisito della copertura per la legge stessa (come avvenuto, puntualmente, per l'istituzione dei centri anti-omofobia, stralciata dall'originario progetto di legge per essere approvata con l'art. 105-quater del d.l. n. 34/2020, conv. in l. n. 77/2020, modificato dall'art. 38-bis del d.l. n. 104/2020, da finanziarsi in ultima istanza mediante ricorso al debito pubblico ex art. 265, c. 7, lett. c del d.l. n. 34/2020).

Essendo stato introdotto in Costituzione[3] il principio del pareggio di bilancio,

---

[2] Non appare ragionevolmente sussistere, infatti, quella prospettiva «*che effettivamente le disponibilità di bilancio a legislazione vigente siano quantificate in modo da presentare margini per la copertura di eventuali incrementi di spesa conseguenti all'implementazione della nuova normativa*» senza ricorrere al deficit (secondo i principi affermati dalla Corte dei Conti nelle Relazioni quadrimestrali sulla copertura finanziaria delle leggi di spesa pubblicate, ad es. par. A1 della relazione per il terzo quadrimestre 2018).

[3] Mediante le modifiche all'art. 81 Cost. apportate dalla l. cost. n. 1/2012, intitolata "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale". La circostanza che, nel testo conclusivamente

derogabile solo in casi eccezionali, e che si è andato ad aggiungere a quello più generale dell'equilibrio tra entrate e spese[4], devono essere intesi nel senso sopra esposto i principi affermati nel corso del tempo dalla Corte Costituzionale. Questa infatti appare la necessaria attualizzazione del principio secondo cui le spese a rilevanza pluriennale, come sono quelle qui in considerazione, devono prevedere una copertura «*sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in un equilibrato rapporto con la spesa che si intende effettuare negli esercizi futuri*». Oggi infatti tale copertura non deve garantire più semplicemente "*un equilibrio tendenziale*" del bilancio, ma un "pareggio", salvo i casi eccezionali di cui si dirà infra e che comunque non ricorrono nella specie, «*fra entrate e spese la cui alterazione, in quanto riflettentesi sull'indebitamento, postula una scelta legata ad un giudizio di compatibilità con tutti gli oneri già gravanti sugli esercizi futuri*» (Corte Cost. n. 348/1991).

Conseguentemente, il sindacato sull'effettiva idoneità e trasparenza dei mezzi di copertura di una legge che prevede un'attività pubblica, e quindi una spesa, non può che considerarsi rigoroso, nel senso sopra specificato[5]. Indicative, del resto, appaiono in tal senso due circostanze: l'art. 81 Cost. non ritiene più sufficiente che la leggi che comporti nuovi oneri "indichi" i mezzi per farvi fronte, ma impone che essa "provveda" a

---

approvato, si parli esclusivamente di "equilibrio" e non di "pareggio" non toglie, alla luce della formulazione del comma 4 del nuovo art. 81, che il "pareggio" debba considerarsi come regola, in quanto la deroga a essa è prevista soltanto in casi eccezionali (per quanto le fattispecie di eccezionalità siano state configurate con margini piuttosto ampi dal nuovo art. 81 stesso: si vedano tuttavia, sul punto, le concretizzazioni operate dalla legge attuativa della riforma, n. 243/2012, attuativa di quella che la Corte Cost., sent. n. 237/2017 ha qualificato come una riserva relativa di legge rinforzata). Sulla necessità che ogni "*eccezione al principio generale dell'equilibrio del bilancio*" deve essere oggetto "*di stretta interpretazione*" cfr. Corte Cost., n. 6/2017. Sulla possibilità di utilizzo a pieno titolo, per questo, del concetto di "pareggio di bilancio", cfr. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014. Sulla riforma costituzionale del 2012 cfr., fra i molti: G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Milano, 2014, p. 1 ss.; C. BERGONZINI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Costituzione e legge n. 243 del 2012: Le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 66 ss.; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost*., 2014, p. 51 ss.; RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *L'attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, Roma, 2013; A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. Cost*., 2012, p.108 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1*, in *Giur. cost*., 2012, p. 3791 ss.

[4] Non esplicitato nel precedente testo dell'art. 81 Cost., ma comunque chiaramente desumibile dalla giurisprudenza costituzionale, fin dalla sent. n. 1/1966, la quale ben evidenziava come l'equilibrio di bilancio non escludesse *l'ipotesi di un disavanzo*.

[5] Cfr., in tal senso, Corte Cost., n. 178/2015, n. 181/2015.

garantirli[6]; la Corte Costituzionale, con la sent. n. 197/2019, ha ribadito l'esigenza del rispetto di un principio di "*contestualità*" tra previsione di spesa e indicazione dei mezzi per farvi fronte e di "*congruità e attendibilità*" di questi ultimi[7].

In questa prospettiva, risultano evidenti i possibili profili di incostituzionalità suscettibili di inficiare strutturalmente un atto come l'A.S. 2005, nella presente fase storica di particolare sofferenza della finanza pubblica e di massiccio ricorso all'indebitamento. Modificare il testo della proposta di legge in commento inserendo specifiche indicazioni della copertura non garantirebbe, infatti, che la discrezionalità legislativa in materia di spesa pubblica sia esercitata con ragionevolezza nel rispetto del principio di cui all'art. 3 Cost.[8], né che sia rispettato lo specifico principio costituzionale secondo cui «*il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*» (art. 81, comma 2 Cost.). Anzi, è possibile affermare che non sussistono in relazione a una legge del tipo di quella in questione né il requisito di attinenza al ciclo economico, né la correlazione alla verificazione di eventi eccezionali, né altre circostanze[9] che consentirebbero il ricorso diretto o indiretto all'indebitamento.

Si è di fronte, dunque e in definitiva, a una tipologia di testo legislativo che sotto il

---

[6] «*Il Parlamento, insomma, non può più limitarsi a generici riferimenti a potenziali fonti di copertura, ma deve materialmente provvedere, cioè concretamente trovare le risorse necessarie e sufficienti*»: l'osservazione è di G. LADU, *I principi costituzionali e la finanza pubblica*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2018, p. 47.

[7] Cfr., in senso analogo, Corte Cost., n. 147/2018, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione che, istituendo nuove funzioni pubbliche obbligatorie (analogamente a quanto avviene nel caso del testo di legge in esame), non ne aveva previsto le specifiche coperture.

[8] In questo senso, cfr. Corte Cost., n. 227/2019, n. 163/2020.

[9] In proposito, può non essere superfluo osservare come gli aspetti in relazione ai quali una legge anti-omofobia del tipo dell'A.S. n. 2005 si presta a determinare oneri a carico della finanza pubblica non possono considerarsi avere attinenza diretta rispetto ai diritti fondamentali della persona. Trattandosi di istituzioni di giornate celebrative e di attribuzioni di nuove competenze di elaborazione e rendicontazione di dati a pubblici apparati, e non dell'erogazione di beni o servizi pubblici essenziali per la persona, l'incidenza sui diritti fondamentali è, al più, indiretta, con conseguente inapplicabilità dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale in ordine al fatto che, nel bilanciamento dei principi costituzionali, è "*il nucleo invalicabile*" dei "*diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*" (Corte Cost., n. 275/2016, anche in relazione a Corte Cost., n. 80/2010; cfr. altresì Corte Cost., n. 152/2020, n. 83/2019, n. 169/2017 e, in prospettiva diversa ma contigua, la storica sent. n. 10/2015). Sul tema cfr., in generale, G. RIVOSECCHI, *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta On Line*, 7 luglio 2020; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost*., 2015, p. 575 ss.; A. BRANCASI, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "Introduttiva del pareggio di bilancio"*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 1633 ss.

profilo finanziario, anche laddove venisse inserita una specifica clausola di copertura finanziaria come richiesto dalla Ragioneria Generale dello Stato e dalla natura delle disposizione delle leggi stesse, al fine di soddisfare il precetto di copertura delle nuove spese pubbliche di cui all'art. 81 comma 3 Cost., risulterebbe comunque onerosa, non trasparente e potenzialmente incostituzionale anche per possibile violazione del pareggio di bilancio di cui all'art. 81 commi 1 e 2 della Costituzione.

Anche per questo il ddl Zan non merita di essere riproposto.

Abstract

FRANCESCO FARRI, Le leggi con clausola di invarianza finanziaria: tra giurisprudenza contabile, giurisprudenza costituzionale e prassi del Quirinale

L'articolo tratta del tema delle leggi con clausola di invarianza finanziaria, ossia delle leggi che si autoqualificano come inidonee a comportare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Partendo dall'esame di un caso concreto, quello dell'A.S. 2005, il saggio esamina i tratti salienti della giurisprudenza della Corte dei Conti e della Corte Costituzionale sull'argomento ed evidenzia come intorno al tema si sia formata una consolidata prassi da parte della Presidenza della Repubblica nel senso di rinviare alle Camere ai sensi dell'art. 74 Cost. le leggi in cui sia anche soltanto dubbia la previsione di una idonea copertura finanziaria. L'articolo si conclude esaminando l'incidenza del principio di pareggio di bilancio, contenuto nell'art. 81 della Costituzione, sulle leggi suscettibili di comportare nuovi oneri per la finanza pubblica.

Parole chiave: leggi con clausola di invarianza finanziaria, giurisprudenza contabile, copertura finanziaria delle leggi, pareggio di bilancio, potere di rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica.

FRANCESCO FARRI, Laws that include a financial invariance clause between the jurisprudence of the Court of Auditors and of the Constitutional Court and the practice of the Presidency of the Republic

The article deals with laws that include a financial invariance clause, that is, laws that self-qualify as unfit to entail new or greater burdens on public finance. Starting from the examination of a concrete case, that of the A.S. 2005, the essay examines the salient features of the jurisprudence by the Court of Auditors and by the Constitutional Court on the subject and highlights how the Presidency of the Republic has built a consolidated practice around the issue, pushing back to the Parliament pursuant to art. 74 of the Constitution, the laws in which the provision of suitable financial coverage may be doubtful. The article ends by examining the impact of the balanced budget principle, contained in art. 81 of the Constitution, on laws likely to entail new burdens for public finance.

Key words: laws that include a financial invariance clause, Court of Auditors' jurisprudence, financial coverage of laws, balanced budget, power of referral to the Chambers by the President of the Republic.

FRANCESCO CAVALLO
Avvocato in Lecce e Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato
Università del Salento

SPIAGGE, DALLA PROROGA *EX LEGE* ALLA PROROGA *EX SENTENTIA*[*]

SOMMARIO: 1. I principi affermati – 2. Il quadro di riferimento – 3. L'incompatibilità comunitaria della disciplina nazionale delle proroghe – 4. Le ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia – 5. Disapplicare la legge italiana in favore di quella comunitaria – 6. Perché non è stata sollevata questione di legittimità costituzionale – 7. Perché i rinnovi delle proroghe già rilasciati sono inefficaci – 8. La eccentrica proroga "giudiziale" delle concessioni al 31.12.2023 – 9. I principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare – 10. Conclusioni.

1. I principi affermati

Cominciamo dalla fine. Quali principi ha affermato l'Adunanza Plenaria esercitando la sua funzione nomofilattica?

1. Le leggi che hanno disposto, e che in futuro dovessero ancora disporre, la proroga automatica delle concessioni sono in contrasto con il diritto UE – in particolare con l'art. 49 e 56 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE –, pertanto non devono essere applicate né dai giudici né dalla PA.
2. In conseguenza della disapplicazione di queste leggi, gli atti di proroga già rilasciati dalla PA. devono sempre ritenersi inefficaci, e dunque non attribuire alcun diritto alla prosecuzione del rapporto in capo ai concessionari.
3. Tuttavia, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023. Tanto, al fine di scongiurare conseguenze socio-economiche pregiudizievoli e tenuto conto dei tempi tecnici necessari alle PA per predisporre gli atti di gara nonché «*nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea*»[1]. In ogni caso, decorso il 31 dicembre 2023, le concessioni cesseranno di produrre effetti anche se non saranno state espletate le gare, anche se non sarà intervenuta una disciplina legislativa compiuta, o peggio anche se saranno

[*] *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 51.3).

intervenute eventuali ulteriori proroghe legislative le quali andrebbero considerate senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento UE.

In questo modo, l'Ad. Plen. ha risolto – forse – una vicenda tutta italiana.

2. Il quadro di riferimento

Nel nostro Paese, da diversi decenni, privati concessionari hanno a disposizione un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono «*uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi* (e remunerativi) *del mondo*»[2]. Quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni arrivano quasi al 70%[3]. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti a erosione sono in costante aumento, e che una parte significativa della costa "libera" risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative. A ciò si aggiunga che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, e nella maggior parte dei casi essa coincide con la percentuale già assentita.

Il giro d'affari stimato del settore – che, si badi bene, non ha risentito della crisi pandemica, anzi – si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali, però, il proprietario di quelle spiagge, cioè tutti i cittadini italiani attraverso l'erario, si vede riconosciuto per canoni di concessione poco più che 100 milioni di euro, che nemmeno incassa integralmente. Infatti, 21.581 delle 26.689 concessioni demaniali balneari pagano un canone medio di soli € 2.500 annui, e la media totale è di poco superiore, € 3.700 l'anno. La situazione non necessita di commenti[4].

---

[2] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 16).

[3] 90% nella sola Versilia, dove si contano 683 stabilimenti su solo 29,8 km di coste. Nei Comuni di Pietrasanta (LU), Camaiore (LU), Montignoso (MS), Laigueglia (SV) e Diano Marina (IM) è in concessione oltre il 90% della costa. Nel Comune di Gatteo (FC), il 100% del demanio marittimo è in concessione. I dati sono estratti dal Rapporto Spiagge 2021 di Legambiente, al link https://bit.ly/3nm07HM.

[4] Esempi di canoni dovuti dagli stabilimenti più noti d'Italia dove il costo di lettini e ombrelloni raggiunge cifre stratosferiche? I 5 mila mq del Twiga di Marina di Pietrasanta (LU) versano un canone annuo di soli € 17.000 mentre i i 5 mila mq del Bagno Felice di Forte dei Marmi (LU) corrispondono € 6.500 annui. A Santa Margherita Ligure (GE), il Punta Pedale € 7.500 annui, il Metropole € 3.600 annui, il Continental solo € 1.900 annui. A Punta Ala (GR), l'Alleluja paga € 5.200 annui (per 2.400 mq) e il Gymnasium € 1.200 (per 2.100 mq). A Capalbio (GR) l'Ultima Spiaggia versa un canone annuo di € 6.100 per 4.100 mq. Il Bagno Azzurro di Rimini corrisponde € 6.700 l'anno. Il Papeete Beach di Milano Marittima (RA) paga solo € 10.000 l'anno di canone. Il canone complessivo delle 59 concessioni demaniali di Arzachena (SS) in Sardegna ammonta a € 19.000. I dati sono estratti dal Rapporto Spiagge 2021 di Legambiente, cit.

Ora, nonostante i trattati comunitari cui l'Italia ha aderito nel 1957 vietino le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione (art. 49 del Trattato che istituisce la Comunità Europea e art. 56 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e nonostante nel 2006 – 15 anni fa – sia entrata in vigore la direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE[5], che per le concessioni relative ad attività limitate per via della scarsità delle risorse naturali impone procedure di evidenza pubblica e una durata limitata, vietando espressamente rinnovi automatici e altri vantaggi, il legislatore italiano ha pensato bene di consolidare il regime di oligopolio prima descritto, procedendo di proroga in proroga automatica delle concessioni già esistenti.

Nel corso di queste ripetute proroghe, il legislatore, anche per fare fronte alle procedure di infrazione nel frattempo aperte dalla Commissione europea (la prima risale al 2008, l'ultima a dicembre 2020), ha sempre "annunciato", non solo politicamente ma anche formalmente, il «*riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea*»[6]: tuttavia, la nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento europeo non è mai intervenuta. Ad intervenire, invece, sono state più volte la Corte Costituzionale e anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sempre per dichiarare illegittime le proroghe senza gara e ribadire il principio della necessità di procedure di evidenza pubblica.

Come detto, allora, il legislatore nei 15 anni trascorsi dall'approvazione della Direttiva 123/2006, non è rimasto indifferente e/o inerte, come spesso accade, anzi, è stato molto attivo nell'aggirare la direttiva e i trattati, oltre che i principi di rango costituzionale: la proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali, infatti, viola anche i principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza affermati dalla nostra Carta.

Questo è un aspetto da ribadire subito e tenere fermo: come ha ben detto il Consiglio di Stato nelle sentenza in commento, «*pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole delle concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, sul piano costituzionale*

[5] Altrimenti denominata "direttiva servizi" o "direttiva Bolkenstein".
[6] Così l'art. 24, comma 3-septies D.L. 113/2016, convertito in L. 60/2016.

nazionale ed anche rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione»[7].

Dopo l'ultima proroga automatica e generalizzata è però accaduto che alcuni Comuni hanno accolto, ex art. 1, commi 682 e 683 la L. 145/2018, le istanze di proroga rivolte dai concessionari, altri le hanno respinte; allo stesso modo, alcuni Tribunali amministrativi hanno sanzionato le reiezioni delle istanze di proroga, o giudicato favorevolmente gli atti di proroga rilasciati dalla PA, altri invece hanno respinto i ricorsi proposti dai privati avverso le reiezioni.

In particolare, il TAR di Lecce con la sentenza n. 73/2021 aveva ritenuto che l'amministrazione del Comune capoluogo avesse illegittimamente disapplicato l'art. 1, commi 682 e 683 la L. 145/2018, sostenendo che l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non sia *self-executing*, e che comunque anche ove lo fosse, ciò non legittimerebbe l'organo amministrativo a disapplicare la legge interna, essendo l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva riservato solo al giudice e precluso all'Amministrazione.

Il collegio salentino aveva dunque annullato il provvedimento con cui il Comune di Lecce aveva respinto l'istanza di proroga ex legge n. 145/2018, rivolgendo al concessionario formale interpello al fine di conoscere se lo stesso intendesse avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività ai sensi dell'art. 182 d.l. 34/2020 convertito in legge n. 77/2020, con contestuale pagamento del canone per l'anno 2021 ovvero, in via alternativa, di non avvalersi di tale facoltà e di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre; in questo, invero, va dato atto al Comune di Lecce di aver in qualche modo anticipato quella che poi sarebbe stata la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria. Proposto appello il Comune di Lecce, il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito d'ufficio l'affare all'Adunanza plenaria[8].

L'Adunanza Plenaria, con le pronunce del novembre 2021, non ha fatto altro che confermare i precedenti giurisprudenziali, anche risalenti, della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale, oltre che dello stesso massimo organo di giustizia amministrativa

---

[7] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 16).

[8] «*Rilevato che la questione oggetto del ricorso riveste una particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 5).

interna. I provvedimenti meritano, però, di essere richiamati nei loro passaggi fondamentali, considerato che il loro testo è lungo, articolato e tecnicamente complesso.

3. L'incompatibilità comunitaria della disciplina nazionale delle proroghe

In via preliminare il collegio ha risolto la questione-chiave, ovvero quella relativa al contrasto tra l'ennesima legge che ha disposto la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere e le norme UE direttamente applicabili.

I giudici amministrativi hanno rammentato che la questione era stata già affrontata e risolta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Promoimpresa*[9], la quale aveva affermato che:

a) l'articolo 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE osta a una misura nazionale che preveda la proroga automatica in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;
b) l'articolo 49 (oggi 56) TFUE osta a una normativa nazionale che consenta una proroga automatica quando le concessioni presentano un interesse transfrontaliero.

Quanto all'art. 49 (oggi 56) TFUE, esso indubbiamente trova applicazione in quanto, come già affermato dalla Corte di Giustizia in *Telaustria* e *Telefonadress*[10], «*qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica è tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato*»[11]. Sicché quando un contratto, di concessione o di appalto, presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto a un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento in danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto.

Nè può dubitarsi che «*le spiagge italiane per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero*

---

[9] Corte di Giustizia, Sentenza 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15.
[10] Corte di Giustizia, Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98.
[11] «*E, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva*», Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 15).

certo»[12]. Di conseguenza la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata è anzitutto in contrasto diretto con il Trattato, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Quanto all'obbligo di evidenza pubblica, esso discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123 che, come già sancito dalla Corte di giustizia[13], prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo.

La direttiva è infatti, secondo l'Adunanza Plenaria, perfettamente applicabile alle concessioni demaniali turistico-ricreative[14], che rappresentano "autorizzazioni di servizi" ai sensi dell'art. 12 della stessa, come tali sottoposte all'obbligo di gara. Inoltre, si evidenzia che non è sostenibile la tesi che vorrebbe la inapplicabilità dell'art. 12 della direttiva per mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale[15]: stante il quadro descritto al precedente § 3 e richiamato dall'Alto consesso, non vi sono più in Italia «*aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga* ex lege»[16].

Infine, la direttiva Bolkenstein è pacificamente *self-executing*, ovvero dotata di quel livello di dettaglio e di specificità necessario ai fini della sua diretta applicabilità: pur essendo stato auspicabile che il legislatore avesse dettato una disciplina espressa e

---

[12] Definito come «*la capacità di una commessa pubblica di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri*», Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 16).
[13] Corte di Giustizia, Grande Sezione, Sentenza 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punti 103 e ss.
[14] Sul punto sono richiamati gli argomenti già affermati da Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34 e 35.
[15] Affermato dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e demandato, dalla richiamata sentenza *Promimpresa,* al giudice nazionale.
[16] «*Attualmente le aree demaniali marittime a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità, ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane, a maggior ragione alla luce della già evidenziata capacità attrattiva delle coste nazionali e l'elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo (che caratterizza l'intero territorio nazionale, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare le singole zone). Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione. Anche da questo punto di vista, quindi, sussistono i presupposti per applicare l'art. 12 della direttiva 2006/123*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 25).

puntuale per uniformarsi ai principi espressi dai Trattati ed alle prescrizioni della direttiva, «*non vi è dubbio che, nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volti declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga* ex lege»[17].

I medesimi profili di incompatibilità comunitaria presenta, poi, anche la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182 co. 2 D.L. 34/2020: «*Non è, infatti, seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al* "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica" *[…] Non vi è alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia*», anzi la proroga di fatto garantisce solo posizioni acquisite nel tempo risultando disfunzionale rispetto all'obiettivo di favorire investimenti e modernizzazione[18]. Senza contare che, come emerso dai dati relativi alle stagioni 2020 e 2021, il settore turistico balneare italiano non ha subito alcuna contrazione a causa della pandemia, anzi.

4. Le ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

Qualche commentatore ha sostenuto che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE affinché fornisse un'interpretazione autentica delle norme dei trattati e della direttiva involte nella fattispecie. L'Adunanza Plenaria spiega però che nel caso in esame si è in presenza delle condizioni[19] che non obbligano il giudice nazionale al rinvio pregiudiziale: la questione

---

[17] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 26).

[18] Infatti, come evidenziato dalla Commissione nell'ultima lettera di costituzione in mora (che riguarda anche l'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020), che *l»a reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia […] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 28).

[19] Si tratta della c.d. "giurisprudenza CILFIT", di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande Camera, nella sentenza 6 ottobre 2021, C-569/19.

controversa, infatti, è già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di superarla, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del TAR Lecce[20].

L'Adunanza Plenaria ha ribadito, dunque, il principio già esistente secondo cui il diritto UE impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica delle concessioni in essere.

5. Disapplicare la legge italiana in favore di quella comunitaria

Secondo l'Adunanza Plenaria la sorte della norma nazionale in contrasto con il diritto UE, ovvero di un trattato e una direttiva *self-executing,* può essere solo una: va disapplicata (in favore della normativa comunitaria), non solo dai giudici ma anche da tutto l'apparato amministrativo e da tutte le articolazioni dello Stato Membro, senza che sia necessario sollevare questione di legittimità costituzionale. Si tratta dell'ennesima sottomissione ai "*diktat* dei burocrati di Bruxelles" in favore dei "soliti potentati economici" che vogliono annichilire l'impresa italiana?

In realtà, quanto affermato dall'Adunanza Plenaria non si discosta da quanto viene insegnato alle matricole di ogni facoltà di giurisprudenza da mezzo secolo: la norma interna contrastante con una norma comunitaria provvista di efficacia diretta non può essere applicata, ovvero deve essere disapplicata, con la conseguenza che il rapporto resta

---

Nella risalente causa C-283/81, *CILFIT* c. *Ministero della Sanità*, la Corte di giustizia ha enunciato le tre circostanze che, ancora oggi, sollevano il giudice «*avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno*» da un adempimento altrimenti obbligatorio (punti 12-16 della sentenza). Tali circostanze si possono riassumere come segue: l'identità materiale della fattispecie ad altra su cui la Corte di giustizia si sia già espressa; la presenza di una giurisprudenza consolidata della Corte stessa sul medesimo punto di diritto all'esame del giudice nazionale, anche in assenza di identità materiale della fattispecie (c.d. teoria dell'*acte éclairé*); la mancanza di ogni ragionevole dubbio sull'applicazione delle norme rilevanti di diritto dell'Unione (c.d. teoria dell'*acte clair*).

[20] «*Il quale, peraltro, più che mettere in discussione l'esistenza di un regime di evidenza pubblica comunitariamente imposto cui sottoporre il rilascio o il rinnovo della concessioni demaniali, ha negato (come si vedrà nel prosieguo con maggiore dettaglio) la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A., toccando, quindi, una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 28).

disciplinato dalla sola norma comunitaria. É quanto è stato progressivamente affermato dai tempi della *Van Gend & Loos* vs. *Olanda*[21], della *Costa* vs. *Enel*[22] e della *Italia* vs. *Simmenthal*[23], fino a tutta la giurisprudenza della Corte Costituzionale, dalla *Granital*[24] a oggi, non solo sull' art. 11 Cost. ma anche sull'art. 117 comma 1 Cost. circa il rispetto dei »*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*».

Quanto al principio per il quale non solo i giudici ma tutti gli organi dell'amministrazione sono tenuti ad applicare le fonti UE *self-executing* disapplicando le norme nazionali[25], anch'esso risale a ben 32 anni fa, ovvero alla *Fratelli Costanzo* vs. *Milano*[26] ed alla sentenza n. 389/1989 della Corte Costituzionale[27], alle quali si è poi allineato il Consiglio di Stato sin dalla Sentenza 452/1991[28]. Non è ben chiaro se quello messo in luce dall'Adunanza Plenaria sia il" quarto mondo": è certamente un mondo avanti con gli anni e tutt'altro che sconosciuto o inesplorato.

6. Perché non è stata sollevata questione di legittimità costituzionale

Per tali ragioni, l'Alto consesso non ha ritenuto necessario sollevare questione di legittimità costituzionale, come pure da più parti si è eccepito e si continua ad eccepire. Il Consiglio di Stato, infatti, richiama i principi affermati dalla Corte costituzionale, a

---

[21] Corte di Giustizia, Sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62.
[22] Corte di Giustizia, Sentenza 15 Luglio 1964, C-6/64.
[23] Corte di Giustizia, Sentenza 9 marzo 1978, C-106/77.
[24] Corte Costituzionale, Sentenza 5 giugno 1984, n. 170.
[25] Tanto poiché, diversamente opinando (come invece proprio fatto dal TAR Lecce con la Sentenza 73/2021), da una parte si costringerebbe l'amministrazione ad adottare atti illegittimi per violazione del diritto UE destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, dall'altra si affiderebbe alla fase dell'eventuale contenzioso giudiziale la primazia del diritto UE, con la conseguenza che in caso di mancata impugnazione si consoliderebbe una sua violazione. E, come osserva acutamente l'Ad. Plen. al punto 35 delle pronunce in commento, «*con riferimento al presente contenzioso va sottolineato che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso*» (Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 35).
[26] Corte di Giustizia, Sentenza 22 giugno 1989, C 103/88.
[27]«*Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme*» comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea. Corte Costituzionale, Sentenza 4 luglio 1989, n. 389.
[28] La quale ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti.

partire dalla sentenza *Granital* n. 170 del 1984, per arrivare alle pronunce più recenti[29], in forza dei quali un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Chi, infatti, sostiene che nella vicenda in esame il Consiglio di Stato avrebbe dovuto sollevare questione di costituzionalità, fa in buona sostanza leva sulla pronuncia della Corte Costituzionale del 14 dicembre 2017 n. 269, nella quale la Corte sembrava aver imposto ai giudici comuni, in presenza di un sospetto di compatibilità di una disciplina nazionale sia con la Costituzione, sia con la CDFUE, di sollevare in via prioritaria una questione di legittimità costituzionale, indipendentemente dall'efficacia diretta o meno delle disposizioni della Carta di Nizza di volta in volta in rilievo[30]. Queste critiche non tengono conto, però, del fatto che la Consulta ha immediatamente temperato quella affermazione, chiarendo che, per quanto nelle fattispecie di cosiddetta "doppia pregiudiziale" sia ammissibile una questione di legittimità costituzionale prospettata anche in relazione a disposizioni UE *self-executing*, non si tratta di un obbligo posto in capo al giudice comune, ma di una semplice facoltà[31] e che, comunque, vi è ogni caso il «*dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta*

---

[29] Cfr., in particolare, Corte Cost., sentenze n. 289/2017, n. 20/2019, n. 63/2019, n. 112/2019, n. 117/2019, n. 11/2020, n. 182/2020, n. 254/2020, n. 84/2021. Invero, anche con la Sentenza del 4.7.2007, n. 284, la Corte aveva ribadito che il giudice comune non deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con il diritto europeo, essendo tenuto ad applicare in via prevalente quest'ultimo. Interpretazione confermata dalla progressiva apertura della giurisprudenza costituzionale alla considerazione degli orientamenti della Corte di giustizia, al momento di configurare il parametro ex art. 117, comma 1 (v., ad es., Corte Costituzionale, Sentenza 10.3.2008, n. 62 e Corte Costituzionale, Sentenza 15.12.2008, n. 439).

[30] Il carattere dirompente di tale passaggio della decisione non è passato di certo inosservato, tanto da essere divenuto «*il più commentato in 70 anni di giurisprudenza costituzionale*» (C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, p. 3).

[31] Corte Costituzionale, 21 febbraio 2019, n. 20. Detto altrimenti, l'elemento portante di tale nuovo assetto si può cogliere nella piena discrezionalità lasciata ai giudici nazionali circa la scelta in ordine a quale rimedio attivare: se interpellare per prima la Corte costituzionale o, viceversa, la Corte giustizia, o, ancora, percorrere le due vie contemporaneamente, come si è verificato in relazione alla questione decisa da Corte cost., 26 novembre 2020, n. 254, nella quale giudice a quo aveva, infatti, contemporaneamente sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale aveva, a sua volta, dichiarato, in data anteriore alla decisione della Consulta, manifestamente irricevibili le questioni proposte (Corte giust., 4 giugno 2020, C-32/20, Balga).

sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»[32].

Rispetto alla legge italiana in discussione effettivamente non ricorrono queste ipotesi, in quanto – come detto – le norme comunitarie in rilievo sono pacificamente *self-executing* e non si controverte in materia di diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti.

Sul punto è condivisibile l'affermazione dell'Adunanza Plenaria secondo cui l'affidamento del concessionario avrebbe dovuto dovrebbe trovare tutela non attraverso le proroghe automatiche, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara[33]: del resto «*qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato*» (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09).

Nel caso di specie, è dalla entrata in vigore della direttiva 123/2006/CE che in Italia si discute se sottoporre il rilascio delle concessioni demaniali ai principi dell'evidenza pubblica e della concorrenza; anzi, anche in precedenza il Consiglio di Stato ne aveva affermato la necessità[34], senza contare le numerose procedure di infrazione sul tema aperte dalla Commissione Europea. A tanto vanno aggiunti gli interventi della Corte Costituzionale, che dal 2010 è più volte intervenuta sulla questione, dichiarando costituzionalmente illegittime, per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento UE[35], alcune disposizioni regionali che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni[36]. Ad esempio,

---

[32] Corte costituzionale, ordinanza 10 maggio 2019, n. 117.
[33] In forza del par. 3 dell'art. 12 della direttiva Bolkenstein e della sentenza *Promoimpresa,* par. 52-56. Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 38).
[34] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.
[35] Ex art. 117, primo comma, Cost.
[36] L'Adunanza Plenaria segnala, in particolare, Corte cost. n. 180/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene. Analoga vicenda ha riguardato l'art. 16, comma 2, l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77, che è stata dichiarata illegittima dalla Corte con sentenza n. 340/2010. Tale disposizione prevedeva la possibilità di una proroga, fino ad un massimo di 20 anni, delle concessioni in essere, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti: in tale occasione la Corte si è richiamata alla sua precedente decisione n. 180/2010, sopra citata. Stessa sorte hanno subito l'art. 4, comma

nella pronuncia 180/2010 la Consulta aveva chiaramente affermato che queste proroghe violano i principi di parità di trattamento e di libertà di stabilimento dei Trattati UE, determinando altresì «*un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo e favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi*»[37].

Nonostante si evinca, almeno a partire dal 2010, che nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti, il Parlamento italiano dal 2006 ha inteso e intendeva procedere a suon di proroghe automatiche e generalizzate sino al 2033. Dunque – è, in buona sostanza, il ragionamento della Adunanza Plenaria – la circostanza che prima o poi la giostra delle proroghe *ex lege* si sarebbe fermata non rappresenta in alcun modo un incidente imprevisto e imprevedibile.

7. Perché i rinnovi delle proroghe già rilasciati sono inefficaci

Acclarato che l'art. 1, commi 682 e 683, L. 145/2018 è in contrasto con il diritto UE direttamente applicabile e va disapplicato non solo dai giudici ma anche da tutti gli organi amministrativi dello Stato membro, occorreva porsi il problema della sorte dei provvedimenti di rinnovo delle proroghe delle concessioni demaniali già emanati (in forza della legge nazionale in contrasto con la normativa UE) e sui quali, talvolta, era pure già intervenuto un giudicato favorevole.

La questione ha molto occupato la dottrina amministrativistica nei mesi che hanno preceduto le pronunce dell'Adunanza Plenaria in commento, le quali, però, l'hanno risolta molto agevolmente. L'atto di proroga, infatti, è un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge – in questo caso l'art. 1, commi 682 e 683, L. 145/2018 – e, quindi, alla stessa, direttamente riconducibile[38]. É la norma

1, l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7; l'art. 5, l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; gli artt. 1 e 2, l.r. Abruzzo18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati illegittimi con sentenza n. 213/2011. Cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 38.2).

[37] Corte Costituzionale, Sentenza 20 maggio 2010, n. 180.

[38] Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

legislativa di rango primario che assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto, senza che vi sia l'intermediazione di alcun potere amministrativo[39].

Se allora la proroga è direttamente disposta per legge, ma questa non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto UE, ne deriva che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto[40]. Fine della storia: non occorre, dunque, né annullamento in autotutela né riesame degli atti di proroga *medio tempore* emanati dalle PA: l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale con conseguente sua disapplicazione produce sempre come effetto il venir meno degli effetti della concessione[41].

Tanto, anche laddove fosse intervenuto un giudicato favorevole al concessionario. Infatti, quello che prosegue con il rinnovo della concessione demaniale direttamente disposto per legge è un rapporto di durata. Considerato poi che le sentenze interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia delle disposizioni interpretate, risultando così equiparabili a una sopravvenienza normativa[42], per la parte del rapporto non coperta da giudicato può tranquillamente trovare applicazione lo *jus superveniens* di derivazione comunitaria. Ne consegue che deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari.

8. La eccentrica proroga "giudiziale" delle concessioni al 31.12.2023

A questo punto, però, viene la parte realmente problematica e discutibile delle pronunce dell'Adunanza Plenaria. Formale e stringente logica giuridica avrebbe voluto che le pronunce finissero lì, il cerchio era perfettamente chiuso: la legge italiana è incompatibile con il diritto UE; va disapplicata da tutti (senza che sia necessario tornare alla Corte di Giustizia o rimetterla innanzi alla Corte Costituzionale) e, di conseguenza,

---

[39] «*Si tratta, in buona sostanza, di una legge-provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e "legifica", prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 42).

[40] «*Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano): se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolga questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 43).

[41] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 45).

[42] Come affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. 11 del 2016.

gli atti di proroga già rilasciati sono sempre privi di effetti. Tanto avrebbe determinato – e, ad avviso di chi scrive, avrebbe dovuto determinare – la cessazione di tutti i rapporti concessori in atto.

Invece no. Arriva il colpo di scena. L'Adunanza Plenaria "si mette una mano sul cuore" e con l'altra, quasi contraddicendo tutto quanto argomentato e affermato fino a un attimo prima, statuisce che le concessioni demaniali già in essere continuano a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023[43]. Probabilmente consapevole degli enormi rischi che presenta la inusuale scelta di posticipare nel tempo gli effetti della propria decisione, la pronuncia precisa pure che «*eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni altra disciplina comunque diretta ad eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto UE e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere*»[44].

La decisione di postergare gli effetti della propria pronuncia poggia tutta su valutazioni di tipo diverso da quelle strettamente giuridiche:

- evitare l'impatto sociale ed economico che conseguirebbe alla immediata decadenza di tutte le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in essere. Un impatto che i giudici presumono "*notevole*" e "*significativo*".
- consentire un intervallo di tempo necessario allo svolgimento delle procedure di gara pubbliche;
- consentire al legislatore di intervenire per dettare una disciplina per il rilascio delle concessioni demaniali conforme ai principi dell'ordinamento UE.

Anche se la maggior parte delle critiche piovute in questi giorni sulle pronunce si appunta su altri passaggi, soprattutto intorno al ribadito primato del diritto comunitario, a parere di chi scrive il punto realmente censurabile della pronuncia è questo, per più ordini di ragioni.

---

[43] *Rectius*, che gli atti di proroga e i giudicati favorevoli al concessionario formatisi sulla normativa da disapplicarsi cessano di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza di un periodo di circa un biennio.
[44] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 48).

In primo luogo per la debolezza dell'argomento utilizzato dall'Adunanza Plenaria al fine di consentirsi di modulare gli effetti temporali della propria decisione, più che derogando alla retroattività. A tal fine infatti viene richiamato un solo precedente della Corte di Giustizia[45], secondo la quale se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, la Corte di Giustizia può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata.

Orbene, va evidenziato che si tratta di un principio espresso sì dalla Corte di Giustizia, ma con esclusivo riferimento all'ordinamento comunitario: il potere di limitare nel tempo gli effetti delle sentenze interpretative spetta, infatti, solo ad essa. La sentenza richiamata, poi, non solo afferiva a tutt'altra materia (tributi), ma utilizzava il principio al contrario, ovvero rendeva invocabili i suoi effetti solo dal giorno della sua emanazione, anziché retroattivamente, al fine di sancire la irripetibilità dei tributi versati prima della pronuncia per evitare gravi ripercussioni economiche (in danno dello Stato membro).

Quella stessa sentenza precisava: «*sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni*»[46]. In tutta franchezza, nella vicenda italiana relative alle proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali, che si dipana da almeno 15 anni nonostante l'entrata in vigore della direttiva 2006/123/CE, le procedure di infrazione, le pronunce interpretative della Corte di Giustizia e quelle della Corte Costituzionale, oltre a quelle del Consiglio di Stato, pare difficile ritenere che qualcuno sia stato indotto in errore da obiettiva e rilevante incertezza interpretativa. A evidenziarlo, del resto, è stata la stessa Adunanza Plenaria qualche paragrafo prima[47]. Quantomeno dal 2006 in poi, in Italia, sia i concessionari, attraverso le loro associazioni di categoria, che il legislatore hanno sempre saputo che le proroghe *ex lege*, per giunta sempre lunghe, avevano il precipuo fine di evitare l'applicazione delle norme UE ovvero di sottoporre a gara pubblica il rilascio delle concessioni.

---

[45] Corte di Giustizia, Sentenza 15 marzo 2005, in C-209/03.
[46] *Ibidem*.
[47] Segnatamente al punto 38. *Supra* §7.

In secondo luogo, non è possibile non rilevare in questo passaggio delle pronunce in commento una contraddizione logica ancor prima che giuridica interna allo stesso giudicato: a fronte della censura di una proroga generalizzata e automatica concessa dal legislatore (e dalla pubblica amministrazione), che è il cuore della sentenza, si dispone con pronuncia giudiziale una proroga automatica e generalizzata al 31 dicembre 2023. Se la legge italiana che ha disposto la proroga delle concessioni oggi in essere è incompatibile con il diritto UE, se va disapplicata *tout court*, se di conseguenza gli atti di proroga già rilasciati sono sempre privi di effetti, come fanno poi quelle stesse proroghe a spiegare effetti fino al 31 dicembre 2023? La torsione è irrisolta.

In terzo luogo, è censurabile la arbitraria individuazione di questo intervallo temporale di poco più di due anni. Perché due anni e non, per es., uno? La risposta non c'è, perché frutto di una valutazione che è esercizio di discrezionalità politica. Anche a voler seguire la scelta e il ragionamento dell'Alto consesso, due anni appaiono ultronei. Poteva essere messo in conto che la necessità e l'urgenza di una disciplina compiuta legittimerebbero il ricorso allo strumento del decreto legge, sicché, aggiungendo il tempo necessario alla pubblicazione dei bandi e alla scelta dei concessionari, una proroga "giudiziale" alla fine del 2022 (o, al limite, ad aprile 2023) sarebbe apparsa meno abnorme. Ma, lo si ripete, si sarebbe trattato solo di apparenza.

In quarto luogo, si faticano a intravvedere le paventate conseguenze socio-economiche destabilizzanti derivanti da una applicazione immediata del diritto europeo. O, meglio, se esse vi fossero, sarebbero da considerarsi tutt'altro che imprevedibili, bensì ampiamente prevedibili da lustri. Non si tratterebbe, infatti, di una "applicazione immediata" del diritto europeo, ma di una applicazione di gran lunga consapevolmente ritardata del diritto europeo. Ed è quantomeno discutibile che si cerchi di porre rimedio con una sentenza ai ritardi del legislatore nazionale e alle loro conseguenze. Affermando l'incompatibilità con il diritto UE della legge italiana, disponendo che essa vada disapplicata in favore della normativa comunitaria *self-executing* e chiarendo che le proroghe in essere sono inefficaci, l'organo giudiziario aveva adempiuto la sua funzione nomofilattica ed esaurito il suo compito.

9. I principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare

Da ultimo, l'Adunanza Plenaria evidenzia che la direttiva servizi fornisce già tutti gli elementi necessari per guidare il legislatore nell'approntare la normativa di settore, o comunque i criteri per consentire alle amministrazioni di bandire gare, anche in assenza di una disciplina compiuta, e li enuncia.

Non pare questo un passaggio biasimevole. Tenuto conto di come il legislatore si è comportato negli ultimi 15 anni ed evidentemente considerando l'ipotesi che non intervenga in conformità al diritto UE, i giudici amministrativi si sono portati avanti con l'eventuale lavoro indicando, soprattutto alla PA comunque chiamata a svolgere le procedure di gara, i principi ricavabili dalla normativa UE *self-executing* che dovranno ispirarle.

In primo luogo, non saranno considerati ammissibili meccanismi di preferenza automatica per i concessionari uscenti, che di fatto precludono l'effettivo accesso a nuovi operatori. Tra di essi, si badi bene, rientrerebbe anche la valorizzazione in sede di gara degli investimenti effettuati sganciata da altri parametri. In altre parole, i criteri di selezione devono riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori e in questo ambito possono essere valorizzate l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività similari – e quindi anche del concessionario uscente –, ma sempre a parità di condizioni con gli altri concorrenti.

Inoltre, rammenta l'Adunanza, la durata delle concessioni deve avere un limite, che non precluda l'accesso al mercato. Detto limite deve essere commisurato al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa senza eccedere il periodo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti[48]. Anche i canoni concessori, per i giudici, devono essere oggetto della procedura competitiva in modo da riflettere il reale valore economico e turistico del bene affidato. Alla luce dell'incredibile quadro attuale, descritto al § 2, pare davvero difficile contestare la bontà dell'enunciato: l'aumento e la parametrazione dei canoni ad altri criteri economici – su tutti la remuneratività di queste attività (per quanto buona parte ne resti spesso occulta al fisco) – è a dir poco doveroso e conforme a un supremo principio di giustizia.

[48] In tal senso, ove questo risultasse eccessivo andranno previsti dei meccanismi di scadenza anticipata, ponendosi all'asta, al momento della successiva gara, il valore residuo degli investimenti già effettuati dal precedente concessionario.

Infine, l'Alto consesso afferma che nelle procedure competitive potrà essere previsto il riconoscimento di un indennizzo in favore dei concessionari uscenti, finalizzato a tutelare l'affidamento degli stessi e ammortizzare gli investimenti da loro effettuati. Ora, a parte la circostanza che, come emerge da tutte le rilevazioni (alle quali, come detto pure sfuggono i ricavi occulti) gli investimenti effettuati nella maggior parte dei casi sembrerebbero più che ammortizzati, anche per aver beneficiato per 15 anni di proroghe comunitariamente illegittime, e non risentendo della epidemia, non può non sottolinearsi come di nuovo l'Adunanza Plenaria sia finita per contraddire sé stessa. La previsione di ristori, oltre che essere una misura prettamente politica e non giudiziaria, risulta in contrasto con l'affermata negazione, al punto 38[49], di un affidamento tutelabile in capo ai concessionari uscenti, rinveniente dal meccanismo di ripetute illegittime proroghe *ex lege*.

10. Conclusioni

Alla luce di quanto fin qui illustrato, sul piano strettamente giuridico risulta improprio accusare il massimo organo della giustizia amministrativa di avere svolto una funzione creativa del diritto: i giudici dell'Adunanza Plenaria non hanno "creato diritto", ma hanno semplicemente ribadito il primato del diritto europeo nelle materie nelle quali esso ha competenza diretta, derivante dall'adesione dello Stato italiano ai Trattati liberamente sottoscritti e richiamato risalenti, noti e consolidati principi espressi dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale.

Semmai, essi, dopo di ciò, hanno voluto in qualche modo "strafare", svolgendo una funzione propriamente politica. Postergare l'efficacia di una pronuncia giudiziale, derogando a quella retroattività che assicura certezza del diritto, con le ragioni di ordine pratico espresse (evitare conseguenze socio-economiche, attendere il legislatore, dare tempo alla PA), è una decisione che si fa fatica a ricondurre al potere giurisdizionale.

A venire in discussione non sono la bontà e la fondatezza o meno delle intenzioni e delle ragioni espresse dal giudice; a venire in discussione è, *more solito*, la questione se il giudice debba o possa farsi carico delle conseguenze socio-politiche delle sue decisioni entrando nel merito delle stesse.

---

[49] V. *supra* §7 e §9, sub nota 43.

Nel caso di specie, il giudice – il contrasto con sé stesso – ha di fatto sostituito una proroga *ex lege* con una proroga *ex sententia*, illegittima almeno quanto la prima e per le medesime ragioni. Se l'Adunanza Plenaria era convinta, com'è non v'è ragione di dubitare, del proprio iter logico-argomentativo in diritto, avrebbe dovuto limitarsi a quello, lasciando al "politico" la responsabilità e l'onere di affrontare e risolvere i problemi da esso stesso determinati, che non competono all'organo giurisdizionale.

Purtroppo questo meccanismo sta pericolosamente prendendo piede nelle Alte Corti. Si pensi a diverse recenti pronunce della Consulta (l'ultima sull'ergastolo ostativo) nelle quali la Corte pur riconoscendo la incostituzionalità delle norme esaminate, inspiegabilmente non le dichiara subito tali, ma per ragioni di tipo politico assegna al legislatore un tempo per intervenire dicendogli pure come.

Non è questo il ruolo di alcun organo giudiziario, nemmeno della Consulta o dell'Adunanza Plenaria, bensì quello di dichiarare rispettivamente la illegittimità costituzionale o meno di una norma, oppure affermare principi di diritto al fine di garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione uniforme e l'unità del diritto in uno Stato. Se una norma è incostituzionale va dichiarata illegittima, se una legge va disapplicata e le proroghe delle concessioni sono inefficaci, l'inefficacia non può rinviarsi di due anni. Autorevoli giuristi hanno citato, a proposito di questo[50] e di altro[51], il monito del giurista tedesco Franz Gamillscheg, «*il diritto creato dai Giudici appartiene al nostro destino*»: ebbene no, il destino nostro, come dell'ordinamento, non è ineluttabile.

A indurre il giudiziario a occuparsi delle conseguenze socio-politiche delle proprie decisioni, ovvero di un ambito che non gli compete, è proprio il "politico". "Politico" che, anziché recuperare, con coraggio e responsabilità, il proprio e ruolo e i propri doveri, tralasciando l'obiettivo delle "prossime elezioni" per concentrarsi sul bene delle "future generazioni", da lungo tempo pare ormai solo capace di dolersi, senza alcun costrutto, degli sconfinamenti altrui.

Se il legislatore italiano si fosse comportato diversamente, oggi non vi sarebbero state conseguenze socio-economiche destabilizzanti cui far fronte in conseguenza di una inesorabile pronuncia sulla illegittimità e conseguente inefficacia delle proroghe. Di più,

---

[50] P.L. PORTALURI, *Concessioni balneari:giudizio netto, ora tocca al legislatore*, *Quotidiano di Puglia*, 17.11.2021, consultabile al link https://bit.ly/3K5YJTm.
[51] P.L. PORTALURI, *I pericoli (futuri) dell'emergenza*, Corriere della Sera, 21.10.2020, consultabile al link https://bit.ly/33e6Ht0.

questo impatto economico e sociale dell'applicazione del diritto UE è tanto più *notevole* e *significativo*, per usare gli aggettivi usati dall'Alto consesso, quanto più il legislatore nazionale ha cercato di allontanarlo, per di più con un congegno legislativo prevedibilmente precario, destinato prima o poi a soccombere. Detta ancora diversamente: se dopo l'entrata in vigore della direttiva 2006/123/CE il legislatore, anziché le comprensibili rivendicazioni particolari di una parte (invero piccolissima, ma evidentemente ben rappresentata) del proprio bacino elettorale, avesse ascoltato i moniti della Corte Costituzionale (a tacere di quelli della Commissione Europea, della Corte di Giustizia, ecc.), oggi si sarebbe da tempo in presenza di rapporti concessori stabili, con investimenti correttamente pianificati e certamente ammortizzati.

Del resto è quanto accaduto in altri Stati membri, come la Spagna, la Francia e persino la Grecia, che hanno per tempo adeguato le loro discipline interne, rendendole conformi alle disposizioni dei Trattati e della Direttiva Servizi, ovvero prevedendo procedure di selezione che garantiscono imparzialità e trasparenza, con la conseguenza che oggi i loro concessionari godono di un quadro stabile e consolidato. Se in Italia non è così, la colpa non è del diritto UE (né dell'Adunanza Plenaria), ma di quella parte del mondo dell'impresa balneare e della politica italiana che per 15 anni si è rifiutata autolesionisticamente di guardare l'ordinamento complessivo, pensando di aggirare l'ostacolo con la sola della forza legge italiana, usata come grimaldello per forzare le porte chiuse dal diritto comunitario.

Per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e un'offerta di servizi più efficiente e di migliore qualità, che contribuisca alla crescita economica, e soprattutto alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita[52], per perseguire cioè realmente l'interesse nazionale, il settore va aperto al mercato, alle regole della concorrenza, ai principi dell'evidenza pubblica. Allo stato attuale è questo il migliore mezzo, non solo per il diritto UE, ma anche per l'evoluzione dell'ordinamento interno e per la declinazione dei suoi principi costituzionali, per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore, garantire una gestione maggiormente efficiente di tutte le concessioni balneari e maggiori introiti per le casse pubbliche[53].

---

[52] V. *supra* §4 nonchè note 12, 13 e 14.
[53] Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 16).

A confutare questa prospettiva non paiono sufficienti gli argomenti che paventano che quanto affermato dall'Adunanza Plenaria spianerebbe la strada alle *multinazionali straniere* e alle *mafie* (le une e le altre ormai immancabilmente scomodate *a prescindere* nel discorso pubblico). Con riferimento alle prime, non si ravvisa il problema, essendo anche gli attori stranieri protagonisti di un mercato inevitabilmente aperto, portatori al pari di altri di capacità finanziarie ed economiche, tecniche e professionali. Il tema è, semmai, valutare queste capacità ovvero la ricerca di un equilibrio, in sede legislativa e di *lex specialis*, che da una parte non consenta che il patrimonio costiero italiano rimanga nelle mani di pochi e in condizioni di privilegio (in danno della collettività), e dall'altra non ne faccia oggetto di svendita. Ma non è ammissibile sostenere che per evitare l'ingresso di investitori stranieri sgraditi debba perpetuarsi lo *status quo*.

Con riferimento al paventato rischio di infiltrazioni criminali nelle gare da svolgersi vanno fatte due considerazioni. La prima è che il settore, purtroppo, al pari di altri, non ne è già certo esente. È un dato acquisito da tempo l'interesse della criminalità organizzata per spiagge e per i litorali, dovuto al ricchissimo business che esse generano e alla facilità di riciclare denaro di provenienza illecita, anche grazie agli irrisori costi delle concessioni demaniali. Lo confermano numerose indagini, diverse pronunce giudiziarie, oltre ai lavori della Commissione Parlamentare antimafia e alle informative della Direzione Distrettuale Antimafia. Dal litorale laziale alla Calabria, dalla provincia di Genova al Veneto, dalla Campania alla Puglia passando per la Basilicata, sono numerosissimi gli stabilimenti balneari (e le relative attività connesse) di proprietà di società o singoli legati alla criminalità organizzata. Applicando le regole del mercato, della concorrenza e dell'evidenza pubblica non si aggiunge certo nulla sotto questo profilo.

Anzi, potrebbe essere il contrario. La seconda osservazione da farsi, infatti, concerne la efficacia di tutto l'armamentario legislativo e amministrativo di verifiche e interdittive antimafia, protocolli di legalità e via discorrendo: chi sostiene che svolgere gare pubbliche favorirebbe la criminalità organizzata vuol forse confessare l'inefficacia di questa strumentazione amministrativa che, come si rileva da più parti, è finita per diventare una sorta di Crono divoratore che sovente genera conseguenze paradossali e

kafkiane[54]? O dimentica l'esistenza di questi strumenti nell'intenzione del legislatore posti a presidio della legalità e della lotta al crimine?

Oggi, grazie a questa pronuncia è ancora più facile, oltre che necessario ed urgente, predisporre agevolmente una disciplina compatibile con le fonti UE, anche con decreto legge. La sfera politica si riapproprierebbe del suo ruolo sanando anche questa eccentrica proroga giudiziale stabilita dal Cons. Stato. Se davvero essa ha a cuore le sorti dei concessionari e del relativo indotto, dovrebbe occuparsi di questo piuttosto che di abbaiare alla luna. I commenti critici che sono piovuti addosso alle pronunce dell'Adunanza Plenaria, sommati all'incertezza del quadro politico non lasciano intravedere nulla di buono[55].

---

[54] Il tema è estremamente interessante ma, per la sua complessità, non può nemmeno essere accennato in questa sede.

[55] Forse è per questo che l'Adunanza Plenaria, consapevole dei limiti strutturali, ma come detto non ineluttabili, del legislatore, gli ha rivolto anche un monito, disponendo che «*eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere*». Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent. 09-11-2021, nn. 17 e 18 (punto 48).

Abstract

FRANCESCO CAVALLO, Spiagge, dalla proroga *ex lege* alla proroga *ex sententia*

Stanno facendo molto discutere le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 in tema di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: spiagge, stabilimenti balneari, ma non solo. Taluni operatori del settore e taluni politici hanno evocato i "diktat di Bruxelles" o il "turismo in balia dei giudici". Taluno l'ha definita addirittura "una sentenza da quarto mondo", qualunque cosa ciò voglia dire.
Si tratta realmente di pronunce abnormi e rivoluzionarie? Davvero sono stati affermati principi inediti e inauditi? A parere di chi scrive, in buona parte no. Anche il portato eccedente, e maggiormente critico, delle pronunce in commento, ovvero la proroga giudiziale delle concessioni al 31 dicembre 2023 è, oltre che una espressione dello sconfinamento del potere giudiziario, piuttosto la conseguenza di ripetute condotte non commendevoli del legislatore nazionale.

Parole chiave: diritto amministrativo, fonti comunitarie, concessioni demaniali, potere giudiziario, concorrenza.

FRANCESCO CAVALLO, Beaches, from the extension *ex lege* to the extension *ex sententia*?

The twin rulings of the Plenary Meeting of the Council of State of 9.11.2021 numbers 17 and 18 about maritime state-owned concessions for tourist-recreational purposes (beaches, bathing establishments, but not only) are causing a lot of discussion. Some operators and some politicians shouted, as usual, at the "diktat of Brussels", at "tourism at the mercy of judges and judiciary" ... someone even defined it as a "fourth world" sentence (whatever this may mean).
But are these really abnormal and revolutionary rulings? Have unpublished and unheard-of principles really been affirmed? In the opinion of the writer, for the most part no. The excess and more critical part of the rulings in question, the judicial extension of the concessions to 31.12.2023, is, as well as an expression of the encroachment of the judiciary, the consequence of repeated acts, active and malicious, of the national legislator.

Key words: administrative law, european sources, state-owned concessions, judicial power, competition.

Transizione ecologica

DOMENICO AIROMA
Procuratore della Repubblica di Avellino

TRANSIZIONE ECOLOGICA O IDEOLOGICA? *

SOMMARIO: 1. Le origini della "transizione". Il "Club di Roma" – 2. Dallo "sviluppo sostenibile" alla "transizione ecologica" – 3. Il dirigismo normativo come strumento per la realizzazione della transizione ecologica e in particolare il ruolo dell'Unione Europea – 4. *Friday without future*.

1. Le origini della "transizione". Il "Club di Roma"

La *transizione ecologica* è il nuovo imperativo etico, la nuova frontiera, la nuova norma fondamentale dell'intero sistema normativo euro-unitario e nazionale. Essa, tuttavia, rappresenta l'esito di un percorso avviato da tempo, soprattutto in ambito sovranazionale.

Il termine *transizione*, in materia ambientale, compare per la prima volta nel *Rapporto sui limiti dello sviluppo* del 1972*,* meglio noto come *Rapporto Meadows*, dai nomi dei principali estensori dello stesso (Donella Meadows, Dennis Meadows, Jorgen Randers e William W. Behrens III). Si tratta di uno studio commissionato al Massachusetts Institute of Technology dal Club di Roma, un'associazione non governativa composta da scienziati, economisti, politici, alti dirigenti pubblici, uomini d'affari, attivisti dei diritti civili; una sorta di *gruppo di influenza* dal duplice obiettivo: conferire una dignità scientifica all'ideologia che doveva rappresentare la versione aggiornata del socialismo[1] e apprestare una struttura operativa in grado di orientare i principali decisori politici e i cosiddetti *stakeholders.*

«*Alla ricerca di un nuovo nemico che potesse unirci, trovammo l'idea che l'inquinamento, la minaccia del riscaldamento globale, dell'esaurimento delle risorse,*

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] «(…) *è difficile escludere che lo spirito rivoluzionario non assuma in un futuro più o meno prossimo, nuove sembianze*". (…) *"O forse le ha già assunte, se è vero quanto ha osservato Vittorio Mathieu (...): che lo spirito rivoluzionario ha individuato nell'ecologia il suo nuovo teatro d'azione. Un teatro che già vent'anni fa Andrè Gorz indicava alla sinistra gnostica, scrivendo: 'La lotta ecologica non è fine a sé stessa, è una tappa. Essa può creare difficoltà al capitalismo ed obbligarlo a cambiare' (...). Lo stesso Gorz recentemente ha riconosciuto che 'la fede materialistico-dialettica nel senso della storia ha lasciato il posto alla fede quasi religiosa nella bontà della Natura e in un ordine naturale che dovrebbe essere ristabilito' (Capitalismo, socialismo, ecologia, Manifesto, Roma, 1992)*». Cfr. L. PELLICANI, *La società dei giusti. Parabola storica dello gnosticismo rivoluzionario*, Soveria Mannelli, 2012, p. 581.

della fame et similia sarebbe potuta andar bene. (...) Tutti questi pericoli hanno come causa l'intervento umano. (...) il nemico reale, quindi, è la stessa umanità. Gorbacev, parlando per il Club di Roma, disse: "La minaccia di una crisi ambientale causata da un disastro interno sarà la chiave che aprirà le porte al Nuovo Ordine Mondiale"»[2].

Ma veniamo alle tesi del *Rapporto Meadows* che il Club di Roma fa proprie e incomincia a diffondere in larga scala, soprattutto negli ambienti degli organismi internazionali.

La tesi di fondo è che la Terra non è un infinito serbatoio di risorse e che, per porre rimedio alla catastrofe che deriverà ineluttabilmente dall'esaurimento delle risorse stesse, occorre intervenire sul rapporto fra queste ultime e l'uomo. In che modo?

In primo luogo, non potendo agire sulle risorse, l'unica variabile manipolabile è la popolazione mondiale, mediante il controllo del tasso di crescita demografico; vengono riproposte, in buona sostanza, le teorie maltusiane sulla necessità di arginare l'espansione demografica mediante l'applicazione diffusiva dei metodi di controllo della riproduzione umana. Non è un caso, pertanto, se il *Rapporto Meadows* dedica uno specifico approfondimento alla *Programmazione familiare* centrata sulla necessità di pianificare le nascite, e specialmente di limitare il numero di figli per coppia. Così facendo, inoltre, vengono poste le condizioni perché, accanto alla pianificazione delle nascite, si faccia strada anche la questione della *salute riproduttiva*, intesa come definitiva separazione della procreazione dalla sessualità, indispensabile corollario della necessità di sottrarre alle incontrollabili scelte dei singoli quel che deve essere lasciato alle tecniche riproduttive affinate in laboratorio.

In secondo luogo, occorre cambiare radicalmente il modello economico e quello di *fare impresa*, passando da un paradigma tutto incentrato sulla crescita a uno focalizzato sull'esigenza di assicurare un equilibrio globale, nel quale l'obiettivo di tutti gli attori non è quello di aumentare i profitti ed i redditi, ma di contribuire a un nuovo ordine nel quale l'uomo non è più il protagonista, ma – come sopra si è ricordato – in qualche modo il nemico da emarginare, in quanto portatore di una cultura antropocentrica e non biocentrica. Emerge, in definitiva, una nozione di transizione di ampio respiro, come una *riconfigurazione ed una trasformazione culturale a tutti i livelli e in tutti i settori, una*

---

[2] Cfr. M. GIACCIO, *Il climatismo: una nuova ideologia*, *21mo Secolo*, Milano, 2019, p. 315.

sfida di giustizia sociale e di democrazia[3] che necessita, per alimentare la *mistica* della *nuova frontiera*, di una narrazione costantemente catastrofista.

2. Dallo "sviluppo sostenibile" alla "transizione ecologica"

La prima conseguenza sul piano economico-politico della penetrazione dell'ideologia ambientalista è il cosiddetto *sviluppo sostenibile*; esso segna, altresì, il passaggio dell'ideologia ambientalista da una fase di mera elaborazione intellettualistica ad una *istituzionale*, divenendo l'apparato ideologico di riferimento di molte organizzazioni internazionali.

La nozione di *sviluppo sostenibile*, pur contenuta *in nuce* nel *Rapporto Meadows*, fu illustrata compiutamente nel documento "*Our Common Future*", il cosiddetto *Rapporto Bruntland*, dal nome di primo ministro norvegese che presiedette la Commissione Internazionale ONU su Ambiente e Sviluppo, tenutasi nel 1987. La tesi centrale del Rapporto ancora una volta batteva sulla necessità del controllo demografico: «*Ogni anno il numero di esseri umani aumenta, ma l'ammontare di risorse naturali con cui sostenere questa popolazione, e migliorare la qualità di vita nonché eliminare la povertà di massa, resta definita (...). Gli attuali tassi di crescita della popolazione non possono continuare*»[4].

Insomma, non è il sottosviluppo il problema, per l'ambiente come per le popolazioni più povere, bensì il numero delle nascite, soprattutto nei paesi a basso reddito. Ancora una volta, però, si colorava questa nozione in modo etico, mediante il richiamo al rispetto delle future generazioni, in nome delle quali giustificare i sacrifici imposti dalla realizzazione del nuovo *equilibrio globale*. Lo sviluppo sostenibile, infatti, è lo «*sviluppo che incontri i bisogni del presente, senza compromettere le possibilità per le future generazioni di incontrare i loro bisogni*», come prescrive il Rapporto Brundtland.

Pur avendo dovuto registrare il fallimento delle originarie previsioni, che fissavano subito dopo l'anno 2000 le prime catastrofiche conseguenze collegate alla rarefazione delle risorse naturali, soprattutto per effetto della crisi petrolifera, l'ideologia ambientalista veicolata dal Club di Roma e seguita dall'IPPC (l'*Intergovernmental Panel*

---

[3] Così la definisce L. BOISSONADE, Commissariat général au développement durable, Ministère de la transition écologique et solidaire, Francia, 2017.
[4] Cfr. M. GIACCIO, *op. cit*., p. 65.

on Climate Change, istituito nel 1988, con l'obiettivo di influire sulle politiche economiche degli Stati nazionali) non arretrò dinanzi alla smentita dei fatti; anzi, rilanciò additando una nuova frontiera: la *transizione ecologica*, questa volta giustificata dall'esigenza di superare una nuova emergenza, anzi l'emergenza finale: il *riscaldamento globale,* poi rinominato *cambiamento climatico.*

La tesi di fondo della transizione ecologica è ancora più estrema di quella dello sviluppo sostenibile e ne rappresenta un superamento dai connotati vieppiù globali e stringenti. Non si tratta solo di intervenire sulla crescita demografica; occorre intervenire sulla stessa idea di sviluppo che sottende una valutazione positiva da attribuire alla crescita economica, che, viceversa, rappresenta un fattore da contenere. Al grido di "non c'è più tempo!", si tratta, in definitiva, di manipolare l'uomo stesso, le sue abitudini, il modo di concepire il rapporto con i suoi bisogni e le sue priorità esistenziali.

Maurice Strong, uno dei contributori del Rapporto Brundtland, divenuto *senior advisor* di Kofi Annan, segretario generale delle Nazioni Unite, e presidente della Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992 (il cosiddetto *Earth Summit*), successivamente tra gli organizzatori del Protocollo di Kioto, dichiarerà: «*Possiamo arrivare al punto in cui l'unico modo di salvare il mondo sarà quello di far collassare la civiltà industriale*»[5]. Poco importa se la scienza nutre molti dubbi sulla fondatezza della tesi circa il carattere emergenziale e catastrofico del riscaldamento globale, e in particolare sulla spiegazione mono-causale di origine antropica[6], perché la transizione ecologica va ben al di là del campo scientifico.

Timothy Wirth, il senatore americano vice-presidente della *Fondazione delle Nazioni Unite* istituita per supportare l'azione dell'O.N.U. in materia ambientale grazie al finanziamento di Ted Turner, proprietario dell'emittente televisiva CNN, così riassume il rapporto fra scienza e cambiamenti climatici: «*Anche se la teoria del riscaldamento globale è sbagliata, vogliamo fare la cosa giusta in termini di politica economica e ambientale*»[7].

---

[5] Cfr. M. GIACCIO, *op. cit*., p. 269.
[6] Cfr. AA.VV. *Clima, basta catastrofismi*, *21mo Secolo*, Milano, 2019; nonché, F. PRODI, *Sul clima una prospettiva da aggiornare*, *Il Foglio*, 1.11.2021.
[7] Cfr. M. GIACCIO, *op. cit.*, p. 270.

L'obiettivo della chiamata alle armi è ben espresso dall'ex vice presidente degli Stati Uniti, Al Gore, nella XIII Conferenza ONU tenutasi a Bali nel 2007: «*la battaglia per il clima e la salvezza della terra è la nuova frontiera dell'antifascismo nel mondo*»[8].

3. Il dirigismo normativo come strumento per la realizzazione della transizione ecologica e in particolare il ruolo dell'Unione Europea

Il carattere globale della *transizione ecologica* comporta la necessità che i comportamenti di tutti gli attori, a partire dagli imprenditori e dagli amministratori per finire ai singoli cittadini (tant'è che si parla di *eco-cittadinanza*), venga inserito in un quadro coerente complessivo che richiede che le direttive vengano il più possibile concentrate in pochi centri decisori[9]. Non solo. Occorre che tali direttive vengano assunte, preferibilmente, da organi sovranazionali, in modo da ridurre al minimo le variabili connesse alle peculiarità ed ai bisogni delle comunità nazionali e dei territori.

Non è un caso, pertanto, se l'ambiente è il settore nel quale il legislatore comunitario si dimostra più prolifico; e non è neppure un caso se in questo settore si faccia ricorso sistematico allo strumento della direttiva o del regolamento, che innovano direttamente il diritto interno, *bypassando* i parlamenti nazionali; significativa è pure la frequenza – superiore a quella registrata negli altri settori di competenza legislativa concorrente – con la quale vengono inflitte sanzioni agli Stati membri per il mancato recepimento delle disposizioni comunitarie.

La diretta incidenza negli ordinamenti interni delle scelte in materia ambientale e l'effettività dell'attuazione delle normative è, inoltre, presidiata da un rigoroso sistema sanzionatorio. Il settore ambientale è, infatti, quello in cui si è registrata l'erosione più profonda alla sovranità degli stati membri, colpita in una delle sue espressioni più significative: la potestà di sanzionare penalmente i comportamenti dei propri cittadini. Plurime e gravi sono le fattispecie incriminatrici nazionali il cui precetto viene riempito

---

[8] Cfr. M. GIACCIO, *op. cit.*, p. 270.

[9] Particolarmente significativa al riguardo è quanto dichiarato dal Presidente del Consiglio italiano, Mario Draghi, nel corso del Convegno su "Lavoro ed energia per una transizione sostenibile" tenutosi nel novembre del 2021: «*La transizione ecologica ha un'importanza esistenziale*» Essa «*richiederà trasformazioni radicali, nelle tecnologie, nelle abitudini di consumo, e per avere successo dovrà essere sostenibile anche dal punto di vista sociale ed economico*» e lo Stato «*avrà un ruolo centrale nella gestione di questi cambiamenti*». (*Draghi: «Transizione verde sfida esistenziale, dal G20 a Cop 26 impegni significativi, ora onorarli»*, *Il Sole 24 ore*, 30.11.2021).

dalle statuizioni non di assemblee elettive, ma da organismi comunitari composti da tecnici ed esperti.

La centralità delle tematiche ambientali nelle politiche dell'Unione Europea è peraltro testimoniata dalla trasversalità degli interventi che, giustificati dalla suprema esigenza di salvaguardare la casa comune, finiscono per l'invadere e incidere significativamente negli ambiti riservati ai diritti delle persone, delle famiglie e delle imprese, che vengono *relativizzati* in chiave ecologista [10]. La cifra ideologica del riferimento all'ambiente discende, infatti, in modo evidente dalla strumentalizzazione che viene operata di esigenze, pur condivisibili, di salvaguardia dell'*habitat* naturale per introdurre vincoli e obiettivi tali da condizionare in modo significativo non solo le politiche nazionali, ma la stessa vita dei singoli e delle comunità; vincoli ed obiettivi che, spesso, vanno ben al di là della pur sacrosanta tutela dell'ambiente.

Né è da trascurare, quale ulteriore dato di conferma, il rilievo che è stato attribuito all'adesione agli indirizzi e alle normative in materia ambientale, nel novero delle *condizionalità* che i Paesi candidati ad accedere all'Unione Europea sono tenuti a soddisfare pena il mancato ingresso nel consesso comunitario, con gli annessi benefici economico-finanziari. Non è un caso, pertanto, se, fin dall'inizio, gli interventi in materia ambientale hanno assunto la veste di programmi e piani di azione, quasi a riproporre la mistica della pianificazione delle passate esperienze del cosiddetto socialismo reale.

Il primo "piano di azione quinquennale sull'ambiente" risale al 19 giugno 1973; l'ultimo, in ordine di tempo, ha lanciato, per il quinquennio 2019-2024, la nuova frontiera, il *green new deal* europeo, destinato ad assorbire un terzo dell'intero pacchetto di risorse stanziate per il più imponente programma di finanziamento euro-unitario, noto come "*Next Generation EU*"[11].

---

[10] Si veda, ad esempio, quanto accaduto con riferimento alla Direttiva Acque sul Deflusso Ecologico, che, al fine di salvaguardare l'habitat dei corsi d'acqua in Europa, prevede, a partire dal 1°/01/2022, un maggior rilascio di acqua nei fiumi; il che vuol dire ridurre drasticamente i prelievi da destinare all'irrigazione dei campi, cioè ai bisogni di chi abita quell'*habitat*. Poco importa se tutto ciò significherà un calo del 46% delle produzioni agricole nell'area pedemontana veneta e nel trevigiano, secondo le stime di Enel Green Power (*Da gennaio la Ue riduce l'acqua per l'agricoltura: gravi danni per l'Italia*, *Il Sole 24 ore*, 10.11.2021).

[11] Il primo "piano di azione quinquennale sull'ambiente" risale al 19 giugno 1973; esso rappresentò l'inizio di una costante attività di pianificazione diretta a tracciare le linee di una politica comune delle istituzioni europee per la tutela dell'ambiente, sul presupposto della necessità dell'adozione di una strategia globale e della fissazione di obiettivi rigorosi.

Non si tratta di interventi marginali, e non solo per quantità di stanziamenti. Gli ambiti interessati vanno dall'economia all'agricoltura, dai trasporti all'istruzione, fino a comprendere «*la coesione, la resilienza, i valori*». Non è questione, insomma, di passare semplicemente da una forma di energia ad un'altra, ma da una politica a un'altra, da una cultura ad un'altra, da un uomo ad un altro uomo. Come è stato osservato: «*La transizione ecologica non è politicamente neutra. Non è una questione 'solamente' tecnica, scientifica e tecnologica*» (così, Caterina Sarfatti, *Inclusive Climate Action, aC40 Cities).* È una questione, in definitiva, antropologica.

Non c'è da scandalizzarsi per questo. Bisogna, tuttavia, chiamare le cose con il loro nome. È evidente, infatti, che l'*ecologia* non è più intesa nel senso di studio e cura della casa, per tutelare innanzitutto chi la abita e chi la abiterà in futuro; spostando l'accento sulla *transizione*, la casa perde le sue fondamenta, diventa qualcosa di fluido, nelle mani

---

Le tappe più significative di una programmazione sempre più omnipervasiva possono così riassumersi:
-- il secondo piano di azione quinquennale (del 13 giugno 1977) introdusse la valutazione di impatto ambientale nelle procedure aventi ricadute potenzialmente inquinanti, con evidenti ricadute sulla libertà di impresa oggetto di una subdola espropriazione in nome della salvaguardia dell'ambiente;
-- il terzo piano (del 17 febbraio 1983) si soffermò sul ruolo attribuito alla ricerca scientifica, centrata non più sull'uomo ma sul suo habitat considerato come valore in sé;
-- il quarto piano (del 1° ottobre 1987) richiamò gli Stati membri ad un'attività di monitoraggio dei fattori di degrado, con attenzione sempre maggiore alle cause antropiche delle criticità ambientali;
-- il quinto piano (adottato dopo il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992), nel quadro della ormai riconosciuta competenza dell'Unione Europea in campo ambientale, disegnò la strategia "per uno sviluppo durevole e sostenibile";
-- il sesto programma comunitario di azione per l'ambiente, licenziato nel 2002, intitolato "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta" individuò quattro settori prioritari (cambiamenti climatici, natura e biodiversità, salute e qualità della vita, risorse naturali e rifiuti) e si pose come prima elaborazione di un programma di sviluppo sostenibile nella futura Comunità allargata. Il programma fissò cinque assi prioritari di azione strategica: migliorare l'applicazione della legislazione vigente, integrare le tematiche ambientali nelle altre politiche, collaborare con il mercato, coinvolgere i cittadini modificandone il comportamento e tener conto dell'ambiente nelle decisioni in materia di assetto e gestione territoriale. Per ciascuno di questi assi vennero proposte e attuate azioni specifiche.
--nel 2013 il Consiglio ed il Parlamento hanno adottato il Settimo piano di azione, per il periodo fino al 2020, dal titolo "Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta", con il quale sono stati posti nove obiettivi prioritari, tra cui quello di una crescita intelligente, inclusiva e sostenibile, in quanto fondata su basse emissioni di carbonio.
Con il Trattato costituzionale europeo, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, inoltre, l'Unione si è impegnata ad adoperarsi «*per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata (...) su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*», nonché a «*contribuire alla messa a punto di misure internazionali volte a preservare e a migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile*».
In tale prospettiva di azione globale, l'Unione Europea ha svolto un ruolo importante nei negoziati internazionali in materia di ambiente, intervenendo quale protagonista nella definizione dell'Agenda delle Nazioni Unite 2030 per lo sviluppo sostenibile e nell'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici.

di chi ne decide il movimento, e in fin dei conti la destinazione. La transizione – il movimento – è destinata a prevalere sulla casa e su chi la abita; anzi quest'ultimo è guardato sempre più con sospetto, come un fastidioso intralcio, perché legato magari a *valori* non più *sostenibili*.

4. *Friday without future*

Friday for future, come è noto, è il nome del movimento ambientalista internazionale di protesta, composto da studenti che decidono di non frequentare le lezioni scolastiche per partecipare a manifestazioni in cui chiedono azioni atte a prevenire il riscaldamento globale. Forse è davvero un *Friday*, un *Venerdì*, quello che stiamo vivendo, ma di Passione, essendo il futuro sempre più incerto, ma non tanto per il riscaldamento globale, quanto piuttosto per i sacrifici che soprattutto i ceti e le popolazioni più svantaggiate saranno sempre più chiamati a sostenere sull'altare della *transizione ideologica*[12].

Quel che più indigna è che, dinanzi ad una tale *deportazione ideologica*, le famiglie e le imprese non hanno voce.

Il compito dei giuristi è anche quello di smascherare questa truffa di etichetta e invocare la centralità dell'uomo, che deve rimanere l'obiettivo ultimo di ogni politica autenticamente a difesa della natura.

[12] Cfr. R. CINGOLANI, Ministro della Transizione Ecologica, *La transizione ecologica potrebbe essere un bagno di sangue*, *Huffington Post*, 1.7.2021.

Abstract

DOMENICO AIROMA, Transizione ecologica o ideologica?

La *transizione ecologica* è la nuova frontiera non solo ambientale ma anche antropologica. Nata per sostituire l'utopia marxista, rappresenta l'esito di un percorso che risale agli anni '70, avviato dapprima nell'ambito di gruppi di influenza e poi veicolato attraverso gli organismi internazionali e sovranazionali, con lo scopo di condizionare le politiche degli Stati nazionali e, in ultima analisi, cambiare la cultura ed i valori di ogni comunità. Il principale motore politico di tale cambiamento è l'Unione Europea, che ha progressivamente sostituito i parlamenti nazionali nel dettare le condizioni del *Green Reset*.

Parole chiave: transizione ecologica, sviluppo sostenibile, riscaldamento globale, cambiamento climatico, *next generation EU*, *Green new deal*.

DOMENICO AIROMA, Ecological or ideological transition?

The *ecological transition* is the new frontier not only environmental but also anthropological. Born to replace the Marxist utopia, it represents the result of a path that dates back to the 1970s, first started in the context of groups of influence and then conveyed through international and supranational organizations, with the aim of conditioning the policies of the States and ultimately change the culture and values of each community. The main political engine of this change is the European Union, which has gradually replaced the national parliaments in dictating the conditions for this *Green Reset*, something deeply different from the genuine respect of the environment.

Key words: ecological transition, sustainable Development, global warming, climate change, next generation EU, Green new deal.

MAURIZIO ASCIONE
Sostituto Procuratore della Repubblica di Milano

EMERGENZA AMBIENTALE*

SOMMARIO: 1. Il valore costituzionale dell'ambiente – 2. I principi della normativa primaria – 3. La ricerca delle responsabilità.

1. Il valore costituzionale dell'ambiente

Le più recenti interpretazioni costituzionalmente orientate tendono a riconoscere il valore giuridico dell'ambiente come bene assoluto e indisponibile, dotato di autonomo rilievo e, in quanto tale, azionabile in via esclusiva.

Dopo un iniziale approccio interpretativo, il quale proponeva una sfumata immagine del bene ecologia, tanto da garantirne tutela soltanto se strumentale alla tutela del bene centrale della salute della singola persona, per lo più attraverso la costruzione dogmatica dell'interesse diffuso ed indifferenziato del valore ambientale, la giurisprudenza più recente ha cominciato ad individuare il distinto ed esclusivo rilievo assunto da tale valore, la cui affermazione, anche in sede processuale, può e deve avvenire anche a prescindere dalla difesa di altri valori, pur essi fondamentali, ma non del tutto sovrapponibili al primo; per essere, quest'ultimo, dotato di autonoma dignità costituzionale, ai sensi dell'art. 9 Cost., trattandosi di bene strettamente funzionale alla garanzia di un sano ed equilibrato sviluppo della persona e della proficua interazione tra l'uomo ed il suo *habitat* naturale.

Traendo fondamento dalla Costituzione, in particolare dagli art. 2, 9 e 32, è stato possibile elevare l'ambiente a diritto individuale, tutelabile attraverso la tecnica della responsabilità civile extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ., a fondamento della quale sta il precetto generale del *neminem laedere*; in parallelo si è sviluppata la tutela della proprietà contro immissioni intollerabili prevista dall'art. 844 cod. civ., intesa tuttavia secondo una logica non più meramente dominicale, ma in funzione del benessere dell'individuo e del suo interesse personale a godere di un *habitat* naturale salubre e incontaminato.

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

Quanto alla tecnica processuale mediante la quale il bene ambiente, per definizione non individualizzabile e non scomponibile, alla stregua di un diritto senza titolare, può ricevere tutela giurisdizionale, va ricordato che, in una visione restrittiva, la legittimazione degli enti esponenziali si presenterebbe come eccezionale e, in quanto tale, richiederebbe una specifica disposizione che la consente, anche come conseguenza del principio generalissimo del diritto processuale civile per cui, ai sensi dell'art. 81 cod. proc. civ., fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.

Tuttavia, la giurisprudenza ha più di recente spinto per un allargamento delle maglie della legittimazione alla azione a difesa dell'ambiente, affermando che, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, la possibilità di agire sussiste in capo a tutte quelle associazioni le quali rispondano a determinati criteri, costituiti dall'effettivo e non occasionale impegno a favore della tutela dell'interesse superindividuale, dall'esistenza di una previsione statutaria che qualifichi una tale protezione come compito istituzionale dell'associazione, e dalla rispondenza del paventato pregiudizio agli interessi giuridici posti al centro principale dell'attività dell'associazione.

Un tale indirizzo appare più consono ai valori espressi dalla Carta costituzionale, anzitutto in termini generici perché nel momento in cui, con l'art. 18, si riconosce la libertà di associazione, fra due possibili interpretazioni di una norma è preferibile quella che amplia, e non quella che restringe, le possibilità di azione dell'associazione stessa. Si osserva ancora che, ragionando nei termini opposti, si rischierebbe di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario la tutela in giudizio di interessi di notevole peso e valore sociale, con evidente limitazione dell'effettività della tutela garantita dall'art. 24 Cost.

Il diritto a un ambiente salubre e incontaminato acquista dunque rango costituzionale, inserendosi nella categoria dei diritti inviolabili; i quali, tuttavia, non può negarsi che abbiano bisogno dell'esercizio del potere da parte della Autorità, allo scopo di regolarne gli spazi di manovra, in rapporto a diritti e interessi confliggenti, di analogo rango costituzionale e portata precettiva. Anche un diritto fondamentale, come l'ambiente, cioè, deve trovare una sua disciplina a opera della P.A., in quanto quest'ultima è chiamata a intervenire sulla base di una norma attributiva del potere (principio di legalità della azione

amministrativa) e nel perseguimento dell'obiettivo di svolgimento della vita democratica in maniera ordinata e di garanzia per tutti i cittadini (art. 97 Cost.).

La Corte Costituzionale, in proposito, ha negato la configurabilità di una riserva di giurisdizione dei diritti fondamentali a favore del giudice ordinario (sentenza n. 140/2007), ritenendo che anche il giudice amministrativo possa offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche quelli costituzionalmente garantiti, quando emerga la contemporanea esigenza dell'esercizio della funzione amministrativa e della cura dell'interesse pubblico.

2. I principi della normativa primaria

Nell'ordinamento giuridico la questione ambientale acquista sempre più rilievo, man mano che aumenta la consapevolezza nella comunità scientifica, nel mondo degli affari e nei palazzi della politica, sul fatto che viene qui in discussione un tema che avvince davvero tutti, e che non è più procrastinabile né discutibile; se davvero si vuol salvare la casa comune, l'ambiente che ci ospita da sempre e che rappresenta, al tempo stesso, memoria della nostra specie e orizzonte del domani, garantendo un naturale e autentico patto tra generazioni, occorre agire da subito.

In tal senso, in attuazione di principi di origine comunitaria, ma poi sempre più avvertiti anche nella comunità internazionale come basi del diritto generale, riveste fondamentale importanza la previsione di cui all'art. 3 *ter* del codice dell'ambiente (d.lgs n. 152/2006), laddove è stabilito che la tutela dell'ambiente, degli ecosistemi naturali, e del patrimonio culturale, deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174 co. 2 del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della Comunità in materia ambientale.

L'art. 3 *quater* riprende poi il principio dello sviluppo sostenibile, in forza del quale ogni attività umana giuridicamente rilevante deve garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. Il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da

risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro.

Il legislatore dell'ambiente intende, evidentemente, e apprezzabilmente, assicurare continuità fra le generazioni che sono state e quelle che verranno, tutte in quanto ospiti dello stesso pianeta, tutte indistintamente creature della vigna del Signore, e quindi egualmente meritevoli di godere dei suoi frutti. I principi appena richiamati costituiscono espressione di una esigenza molto avvertita, specie in epoca recente, su livelli transnazionali, in ambito europeo, ma anche altrove; e infatti, i concetti di sviluppo sostenibile, di precauzione e il principio del 'chi inquina paga' sono il frutto di una elaborazione di vasta portata, non più certamente relegabile tra le fonti residuali e di chiusura del sistema normativo tra Stati, come invece un tempo si riteneva, guardando al disposto di cui all'art. 38 paragrafo *c)* dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, alla luce della inquietante casistica sulla alterazione del sistema ecologico, formatasi in diversi Paesi, e in virtù del bisogno di individuare risposte tecniche, politiche e giuridiche immediate, innovative ed appropriate, per fronteggiare un problema crescente, di dimensioni allo stato non preventivabili.

3. La ricerca delle responsabilità

Sono davvero tanti i casi, purtroppo anche recenti, e spesso di portata sovra-nazionale, che dimostrano come al progresso e alla crescita del livello di conoscenze tecnologiche dell'uomo si accompagni purtroppo un innalzamento del livello di rischio del verificarsi di disastri per le popolazioni interessate e per l'equilibrio ecologico del territorio, piuttosto che il raggiungimento di più alti livelli di sicurezza e di benessere per il singolo cittadino e per la comunità di appartenenza.

Da qui l'emergere di principi di origine comunitaria o internazionale, come quello della "sostenibilità" dello sviluppo industriale, la regola positiva del legislatore comunitario del "chi inquina paga" e il principio di precauzione (art. 191 n. 2 TFUE). in base a essi la Corte di Giustizia dell'UE ha affermato la necessità di adottare misure atte a prevenire i rischi per la sicurezza e la salute, oltre che per l'ambiente; anteponendo tali valori a quelli della tutela degli interessi economici e imponendo al singolo operatore

economico, che provochi un danno ambientale, di sostenere il costo delle necessarie misure prevenzione o riparazione (Direttiva Europea n. 2004/35).

Del resto, la tutela dell'ambiente rientra espressamente tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea, prevedendo l'art. 37 della Carta di Nizza, varata nel 2000, coerentemente con il precedente art. 35, che si occupa invece della protezione della salute di ogni singola persona, che un livello elevato di tutela dell'ambiente e un miglioramento della sua qualità devono implementare le politiche dell'Unione e devono essere garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile. In difetto di un reale coordinamento, con cui si incarna il principio della leale cooperazione di cui all'art. 4 n. 3 TUE, vi sono le condizioni per la verifica di responsabilità dello Stato membro inadempiente, suscettibile di condurre alla attivazione di una procedura di infrazione, ai sensi dell'art. 258 TFUE.

L'ampia portata della previsione procedurale comunitaria, estesa in ipotesi alla censura di qualunque comportamento, o atto normativo, o pratica amministrativa o provvedimento giurisdizionale, i cui contenuti integrino un attentato alle regole europee poste a presidio del bene ambiente, del principio di precauzione e della sostenibilità delle attività imprenditoriali o industriali, consente alla Corte di vagliare un ampio spettro di situazioni di fatto o di diritto, in astratto ricollegabili al pregiudizio ambientale, chiedendone direttamente conto allo Stato interessato dalla vicenda, sebbene in concreto l'opera dannosa sia riconducibile a terzi soggetti, all'operato di un'impresa o alla cattiva organizzazione di singole realtà territoriali.

Emblematico è il caso del procedimento di infrazione avviato dalla Commissione contro l'Italia per violazione della direttiva 2006/12/CE relativa ai rifiuti, per la mancata realizzazione nella Regione Campania di una rete integrata e adeguata di impianti di smaltimento. Nella specie, l'Italia aveva sostenuto che l'inadempimento addebitatole non le poteva essere imputato, in quanto esso doveva essere ricondotto a taluni eventi costituenti casi di forza maggiore, come l'opposizione della popolazione alla installazione di discariche sul territorio dei loro Comuni, nonché la mancata esecuzione da parte delle controparti contrattuali dell'amministrazione degli obblighi ad esse incombenti di realizzare taluni impianti necessari alla regione.

A fronte di tali obiezioni i giudici europei hanno però ricordato che la procedura di infrazione fonda sulla oggettiva constatazione del mancato rispetto, da parte di uno Stato

membro, degli obblighi che a esso impone il Trattato, o un atto di diritto derivato; e che, giunti a un tale accertamento, è irrilevante che l'inadempimento sia legato alla volontà del Paese interessato, piuttosto che alla sua negligenza, oppure a difficoltà tecniche, cui quest'ultimo abbia dovuto far fronte.

Il tema non è per niente agevole nella misura in cui vengono a confronto valori in teoria tutti suscettibili di riconoscimento giuridico e relativa tutela giurisdizionale, perché i beni individuali e collettivi della salute del singolo e della difesa del territorio costituiscono il fondamento naturale di ogni relazione sociale, e di ogni organizzazione di comunità; al tempo stesso, però, gli interessi economici e sociali, sottesi a determinate attività di impresa e di produzione industriale, spesso di dimensioni sovranazionali, sono anch'essi dotati di elevata dignità morale e sociale, e legittimamente richiedono anch'essi riconoscimento di principio e tutela giuridica, nella misura in cui attraverso attività pur oggettivamente rischiose, ma socialmente utili, si tende alla crescita del sistema Paese nel suo complesso, si regolano i rapporti di forza e di concorrenza con gli altri Stati, viene supportato il ceto imprenditoriale e bancario, oltre che le sue capacità di investimento ed innovazione; ma, soprattutto, viene in tal maniera assicurata l'affermazione della persona, i sui diritti individuali e quelli manifestazione di una collettività, viene assicurato un livello di reddito e la dignità economico – sociale alla parte più debole e, al tempo stesso, più ampia di una popolazione (art. 2, 4, 41 Cost.).

Non a caso, al verificarsi di incidenti o disastri ambientali di dimensioni tali da scavalcare i confini nazionali e coinvolgere territori e comunità limitrofi, ci si è posti il problema di come declinare i profili di responsabilità, in presenza di attività, certamente segnate da un oggettivo profilo di rischio per la salute dell'uomo e per l'ambiente, ma, al tempo stesso, indubbiamente necessarie a soddisfare i bisogni generali di una comunità, le sue esigenze di raggiungere certi livelli socio-economici.

Si è allora affermata la figura della responsabilità oggettiva da atto lecito, per non essere gli incidenti conseguenza di azioni illegali, quindi escludendosi forme di ristoro di carattere risarcitorio in senso stretto, ma soltanto liquidazioni forfettarie, dirette certamente a rifondere la parte lesa del pregiudizio patito, ma senza passare per una ammissione di responsabilità da fatto illecito. La tematica è stata oggetto di attenzione specifica anche in sede ONU, perché dopo avere inizialmente intrapreso la codificazione unitaria della responsabilità dello Stato da atto lecito, nel 1997 la Commissione dei lavori

istituita presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha deciso di dividere la materia in due sottosezioni, da trattare separatamente.

L'esercizio della sovranità territoriale pensata in termini assoluti potrebbe in effetti consentire ad uno Stato di intraprendere sul proprio territorio attività rischiose per Stati terzi, e quindi porre il rischio di eventi catastrofici a carico degli altri soggetti della comunità internazionale.

Come nel caso degli incidenti nucleari, che la storia recente purtroppo insegna essere non impossibile: qui, un avvenimento naturale imprevedibile (es., un terremoto seguito da uno *tsunami*), oppure la colpevole violazione di *standard* di sicurezza delle procedure, come pare sia accaduto in occasione della esplosione della centrale di Chernobyl, produce la morte di tantissima gente, o quanto meno danni alla salute per molte persone, tra cui gravi forme tumorali, la contaminazione di un vasto territorio per chissà quanti anni, e poi la perdita di migliaia posti di lavoro, la irreversibile crisi economico-finanziaria della società titolare dell'impianto ove si è verificato l'incidente, infine il pregiudizio per l'immagine e la credibilità dello Stato interessato sulla scena internazionale.

Proprio ultimamente si è purtroppo tornati a discutere del grave incidente accaduto alla centrale atomica di Fukushima, in Giappone, nel marzo 2011, allorché alcuni tra i reattori dell'impianto furono gravemente danneggiati nelle strutture per effetto della spaventosa ondata di tsunami successiva al fortissimo terremoto, verificatosi al largo dell'Oceano Pacifico. Ebbene, a distanza di ben dieci anni dall'incidente, si avverte come un avvenimento di disastro ambientale, piuttosto che lentamente sfumare dalla memoria di un popolo e dalle cronache della storia di un Paese, rappresenti, invece, un incubo per il presente e, soprattutto, il futuro di una vasta area e della sua comunità.

Lo sfortunato territorio di Fukushima e la sua comunità sembrano rappresentare, infatti, soltanto il punto di partenza di una mostruosità ecologica che potrebbe non avere limiti geografici, né temporali, rischiando di vagare per tutti gli angoli del mondo, partendo dalle onde dell'Oceano Pacifico. È stato, infatti, comunicato che il Giappone nei prossimi anni riverserà in mare l'acqua contaminata, finora custodita nella centrale nucleare: la Tokyo Electric Power, azienda che gestisce l'impianto, ha accumulato più di un milione di tonnellate di acqua contaminata, usata per raffreddare i reattori e perciò radioattiva.

Entro il 2022 nei serbatoi disponibili attorno alla centrale nucleare non ci sarà più spazio per contenere tutta l'acqua usata nei lavori di smantellamento dei reattori; il governo giapponese ritiene che disperdere l'acqua in mare sia la scelta migliore, dopo avere rimosso molti degli elementi radioattivi ivi presenti. Senonché la Corea del Sud, il cui territorio è molto vicino a quello del Giappone, ha dichiarato che intende impugnare davanti al Tribunale internazionale del mare, con sede ad Amburgo, la citata decisione, mirando a ottenere la sospensione dell'iniziativa del Governo nipponico, ritenendola tale da suscitare grande preoccupazione.

È evidente che la risposta diplomatica di Seul, che di fatto preannuncia un contenzioso giurisdizionale internazionale, cui potrebbero aggiungersi le iniziative di altri grandi Paesi dell'area dell'estremo Oriente, già di suo, tra l'altro, tradizionalmente caratterizzata da forti tensioni geopolitiche, costituisce l'ennesima dimostrazione di come la emergenza ambientale non ha confini geografici e politici e non può essere considerata un affare domestico del singolo Paese.

Il danno derivante dal disastro ecologico, in effetti, non tende col tempo a svanire, a far perdere le tracce di sé, ma al contrario esso, proprio come un cancro, tende ad annidarsi nel territorio e all'interno della sua comunità, in maniera subdola, avvolgente e strisciante, diventandone il suo incubo e, soprattutto, la maledetta eredità per le generazioni che verranno.

Abstract

MAURIZIO ASCIONE, Emergenza ambientale

Il testo passa in rassegna i principi di diritto che sono alla base di convenzioni tra Stati nel settore e nella produzione normativa interna; dai quali è possibile ricavare la attenzione crescente del legislatore per la materia dell'ambiente, in rapporto all'intensificarsi di fenomeni naturali sempre più inusuali e, purtroppo, di portata estrema su larga scala. Viene sottolineato come il bene dell'ambiente abbia oramai acquisito in giurisprudenza autonoma rilevanza nel panorama dei valori di rango costituzionale, seppur ponendosi in stretta relazione con il bene della vita e della salute pubblica e individuale. E un importante passaggio, nell'intervento di Ascione, sta proprio nel richiamo al patto tra generazioni: l'Autore, richiamando la normativa di settore, fa comprendere come l'approccio progettuale e responsabile, nel regolare e dirigere le strutture sociali e lo sviluppo economico, deve passare necessariamente attraverso una visione storicistica della questione ambientale, di attenzione, cioè, non soltanto ai bisogni contingenti delle comunità e dei territori, ma anche guardando all'impatto che determinati investimenti e certe opzioni politico-economiche possono avere sulle future generazioni, sull'equilibrio ecologico e le risorse naturali disponibili.

Parole chiave: costituzionale, principi, internazionale, responsabilità, ambiente.

MAURIZIO ASCIONE, Environmental Emergency

Maurizio Ascione, a criminal prosecutor who has been involved for years in the field of labour and environmental crimes, provides here the reader with a technical-legal contribution, with numerous references also to European and International law, in the very current matter of the global environmental emergency.
The principles of law, from which it is possible to derive the growing attention of the legislator for the matter of the environment, in relation to the intensification of increasingly unusual natural phenomena and, unfortunately, of extreme scope on large scale. It is emphasized that the health of the environment has now acquired autonomous relevance in the panorama of constitutional values, albeit placing itself in close relationship with other relevant rights such as that of life and public and individual health; as such, the environment must be defended without ifs and buts, through the procedural techniques provided by the legal system to protect constitutional rights, in ordinary jurisdiction, but also before the administrative judge, when there is a dialectic with the exercise of Public Authorities.
And an important passage, in Ascione's intervention, lies precisely in the reference to the pact between generations: that is, the Author, recalling the national and international legislation, makes us understand how the planning and responsible approach, in regulating and directing social structures and economic development, must necessarily pass through a historicist vision of the environmental issue, that is, attention not only to the contingent needs of communities and territories, but also looking at the impact that certain investments and certain political-economic choices may have on future generations, on the ecological balance and the available natural resources.

Key words: constitutional, principles, international, responsibilities, environment.

FRANCESCO CAMPLANI
Dottore di ricerca in Diritto Penale
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

L'ECONOMIA CIRCOLARE NEL SISTEMA DEL DIRITTO (PENALE) AMBIENTALE. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E SVILUPPI ATTUALI*

SOMMARIO: 1. Che cosa è l'economia circolare – 2. L'economia circolare nel diritto positivo. La legislazione federale tedesca e le Direttive dell'Unione Europea – 3. Il modello gestionale, fra superamento e persistenza – 4. I tratti salienti del "diritto dell'economia circolare": istanze sociali, attori… – 5. (segue) … e distinzione fra rifiuti per la valorizzazione e per lo smaltimento – 6. L'attuazione dei principi dell'economia circolare e la gerarchia delle azioni di trattamento – 7. L'influsso dell'economia circolare sul sistema del diritto penale dell'ambiente – 7.1. L'economia circolare come bene giuridico intermedio – 7.2. L'economia circolare e la sottrazione di materia alla gestione criminale dei rifiuti – 7.3. L'economia circolare e la conformazione delle singole fattispecie – 8. Lo stato dell'arte dell'economia circolare in Italia – 9. Economia circolare e Piano nazionale di ripresa e resilienza.

1. Che cosa è l'economia circolare

Una domanda di fondo che ogni persona sensibile alla questione ambientale si pone da tempo potrebbe essere formulata nei seguenti termini: qual è il corretto bilanciamento fra esigenze dello sviluppo economico e tutela dell'ambiente? Su questa domanda insiste da tempo tutta la normazione che cerca di sviluppare un sistema economico che sacrifichi un po' delle une ed un po' delle altre, cromaticamente designato col colore "verde". Si tratta di una domanda cui in generale si può rispondere abbastanza facilmente, ma che spesso prospetta conseguenze invero disagevoli per la vita della società, su una pluralità di piani.

Le forme di tutela dell'ambiente che ne derivano, infatti, assumono l'incomodo ruolo di limiti allo sviluppo delle attività economiche. Si può assumere sin d'ora, quale paradigma, la gestione dei rifiuti: le procedure che essa richiede, nell'ottica del contenimento del danno che all'ambiente può derivare dall'accumulo di oggetti scartati, gravano – come d'altronde appare corretto in un'ottica microeconomica – sugli operatori economici che producono rifiuti.

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

Si tratta di limiti che non tutti gli operatori accettano, commettendo illeciti di varia natura, talora anche con la complicità di consorterie criminali che offrono la possibilità di aggirare il problema. Ne deriva la necessità di ulteriori interventi pubblici per prevenire e punire gli illeciti. Un'altra domanda, la cui risposta appare invero più difficile, cerca di superare la visione in bilanciamento fra i due interessi. Può essere formulata in questi termini: è necessario che sviluppo economico e ambiente siano sempre in bilanciamento? O è possibile un'armonizzazione fra i due interessi o (in termini penalistici) beni giuridici?

Come spesso accade per domande complesse, il vantaggio consiste nel potenziale risolutivo della risposta. Ed è a essa che risponde il sistema designato cromaticamente come *blue economy* o geometricamente come economia circolare, espressione da ritenersi preferibile in quanto fatta propria anche dal diritto positivo. Tema fondamentale di questo innovativo sistema sono i rifiuti e la loro gestione. Si tratta di un ambientalismo "da lavoro sporco", ricco di tecnicismi e di immagini poco poetiche, ben lontano dall'ambientalismo "delle foreste verdi e dei mari blu" su cui insiste certo attivismo.

È nel tentativo di rispondere a questo complesso interrogativo che i legislatori e governi devono seriamente affrontare una serie di problemi sui quali, quindi, l'entusiasmo della popolazione e di certi attivisti ambientali sembra concentrarsi in misura inversamente proporzionale tanto alla complessità tecnica, quanto alla concreta capacità risolutiva delle misure da mettere in campo, talora fino a spegnersi o financo capovolgersi. Cos'è, dunque, l'economia circolare? In prima approssimazione, si tratta di un sistema economico che "rilegge" i rifiuti come risorse per nuovi cicli industriali, anziché come "cadaveri" della produzione che hanno esaurito la loro utilità e la loro funzione, dovendo quindi essere raccolti e allocati in aree destinate allo scopo.

Per introdurre sin d'ora il linguaggio giuridico inerente alla questione, si supera la visione del rifiuto come *mero oggetto* abbandonato o scartato, *res nullius* che le pubbliche amministrazioni si onerano di rimuovere e di immagazzinare con il minor danno possibile. Il rifiuto viene riletto come bene materiale da recuperare o – seguendo la preferibile terminologia del diritto tedesco – valorizzare (*verwerten*). Ne conseguirebbe che esso possa diventare oggetto di riutilizzo e di scambio, ovviamente nel contesto di mercati particolari e "specialistici" quale quello dei materiali per le attività industriali. La filiera della produzione abbandonerebbe quindi una logica lineare, «*materia prima-*

processo produttivo- prodotto- rifiuto», con quest'ultimo per lo più destinato allo smaltimento – in questo primo caso, per introdurre un'ulteriore distinzione basata su metafore cromatiche, c'è chi parla di *red* o *brown economy* – o con limitate ma ben evidenziate possibilità di riciclo – in questo secondo caso, si può parlare della *green economy* già oggetto di menzione in apertura del contributo[1].

Ne risulterebbe, invece, un sistema basato su una logica effettivamente circolare, «*materia prima - processo produttivo - prodotto - rifiuto/risorsa - processo produttivo – prodotto - rifiuto/risorsa* - etc.», confinando lo smaltimento alle poche e riducibili ipotesi di componenti e prodotti talmente dannosi da rendere il loro recupero o valorizzazione più dannosi del loro smaltimento.

Il riutilizzo dei rifiuti si inserisce quindi in un più ampio programma di risparmio di risorse naturali[2], prendendo doverosamente atto della loro finitezza, nonché di riduzione dell'inquinamento locale e globale.

Il ricorso ai rifiuti come "nuove materie prime", infatti dovrebbe condurre (e in alcuni casi già conduce) ad un minore ricorso alle materie prime: basti pensare a quanto la carta riciclata consenta di risparmiare sullo sfruttamento di cellulosa. In secondo luogo, un minore smaltimento e il recupero di materiali smaltiti, laddove possibile, comporta la riduzione delle aree da destinare a tale scopo e la minore incidenza dei fenomeni inquinanti derivanti, per inerzia, dalla decomposizione di grandi quantità di oggetti ammassati o dall'incenerimento senza recupero di energia.

Uno dei motivi per cui, a parere di chi scrive, è necessario riflettere sulle possibilità di implementazione di questo nuovo modello di gestione dei rifiuti ha a che fare direttamente con il diritto penale dell'ambiente[3]: sembra infatti possibile affermare che

---

[1] Cfr. R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2018, n. 4, p. 1 ss.

[2] Cfr. C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse. L'"anello mancante" per un'economia circolare*, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, p. 91 ss., in part. p. 97.

[3] Fra le fonti della dottrina penalistica del presente lavoro, si citano sin d'ora G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, in part. pp. 231-308 e 445 ss.; ID., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, p. 257 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, in part. p. 107 ss.; L. CORNACCHIA - N. PISANI (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018; C. RUGA RIVA, *La disciplina dei rifiuti*, in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, II ed. 2019, p. 167 ss.; E. NAPOLETANO, *Manuale di diritto penale ambientale*, Bologna, 2021, in part. p. 226 ss.; F. PINELLI - A. BERARDI, *Lineamenti di diritto penale dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro*, Padova, 2021, in part. p. 122 ss.

tale sistema sottragga quantità ingenti di materiali all'economia criminale. Il presente scritto mira a presentare, in estrema sintesi, alcune ipotesi in tal senso.

2. L'economia circolare nel diritto positivo. La legislazione federale tedesca e le Direttive dell'Unione Europea

Il concetto dell'economia circolare, da tempo, non è estraneo al diritto positivo e ai relativi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. La presenza di alcuni modelli già affermati è ciò che ha consentito anche alla dottrina amministrativistica italiana di entrare nel merito della questione[4], offrendo le chiavi di volta per un discorso sull'economia circolare come bene intermedio da assistere con sanzione amministrativo-punitiva e penale nell'ottica di una tutela precauzionale e preventiva dell'ambiente come bene finale.

I principi dell'economia circolare, infatti, sono entrati nel panorama della legislazione soprattutto grazie ad un Paese precursore come la Repubblica Federale di Germania, che già nel 1994 ha emanato la "legge sull'economia circolare e si rifiuti" (*Kreislaufwirtchaft- und Abfallgesetz*, abbr. *KrW-/AbfG*), riformandola ulteriormente nel 2012 come "legge sull'economia circolare" (*Kreislaufwirtschaftgesetz*, *KrWG*)[5]. Tale approdo costituisce il punto d'arrivo di un percorso iniziato nei primi anni 1970, che ha visto il Governo federale tedesco attribuire una priorità sempre crescente alla tutela dell'ambiente e, in tale ambito, ad una gestione dei rifiuti che non solo non si limitasse a contenere il danno, ma

---

[4] Una delle prime opere collettanee sull'economia circolare è rappresentata dal prezioso volume F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, oggetto di menzione più specifica nel prosieguo. Il curatore dell'opera, nella specie, è Autore molto attivo in materia da anni: cfr. in particolare F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, p. 163 ss., che riprende nel titolo l'autorevole saggio di Massimo Severo Giannini, caposaldo della teoria pluralistica sull'ambiente come oggetto di tutela giuridica. Una preziosa analisi in punto di diritto comparato è stata svolta da G. CERRINA FERONI - R. CARNEVALE, *Profili giuridici della gestione dei rifiuti in Germania*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica*, Torino, 2014, p. 249 ss.

[5] Nella dottrina giuspubblicistica tedesca, cfr. L.-A. VERSTEYL, *Einleitung*, in L.-A. Versteyl - T. Mann - T. Schomerus (a cura di), *Kreislaufwirtschaftsgesetz. Kommentar*, München, 2012, pp. 1-6; M. KLOEPFER (a cura di), *Das neue Recht der Kreislaufwirtschaft*, Berlin, 2013, *passim*; F. PETERSEN, *Einführung I. Das Abfallrecht und das KrWG*, in H. D. JARASS - F. PETERSEN, *KrWG Kreislaufwirtschaftsgesetz. Kommentar*, München, 2014, pp. 1-19. Si richiamano, inoltre, le opere a carattere generale menzionate in apertura del Capitolo III: M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, München, IV ed. 2016, p. 1804 ss.; S. SCHLACKE, *Umweltrecht*, Baden-Baden, VII ed. 2019, p. 330 ss. Nella dottrina penalistica, particolarmente accurata è la ricostruzione di M. MÖHRENSCHLÄGER, sub *§ 326 StGB Unerlaubter Umgang mit Abfällen*, in H. W. Laufhütte - R. Rissing-van Saan - K. Tiedemann, *Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Berlin-Boston, 2020, pp. 521-531.

che potesse anzi porsi il più possibile in armonia con le esigenze dello sviluppo economico[6].

Nel dialogo con l'ordinamento comunitario ed europeo unitario, si può peraltro affermare che tali leggi abbiano spesso anticipato l'attività normativa dell'Unione Europea, instaurando un dialogo virtuoso fra legislatore federale e sovranazionale. Il *KrW-/AbfG* del 1994 ha costituito un modello fondamentale per la Direttiva 2008/98/CE, atto tuttora vigente in materia di rifiuti, che ha portato al riordino generale della materia, accompagnata alla Direttiva 2008/99/CE in materia di diritto penale dell'ambiente. La Direttiva sui rifiuti, a sua volta, ha fornito al legislatore federale tedesco gli spunti necessari per il *KrWG* del 2012.

Un ulteriore passo in avanti, a sua volta ispirato dal *KrWG*, si è mosso con le due direttive "sull'economia circolare" del 2018: nella specie, la Direttiva 2018/851/UE sui rifiuti – che ha novellato la Direttiva del 2008 – e la Direttiva 2018/852/UE sugli imballaggi. Esse si sono a propria volta inserite nel solco del *KrWG*, intervenendo sulle debolezze rilevate dalla dottrina più accorta. Come si avrà modo di vedere in seguito, poco di questo virtuoso dibattito fra legislatori è confluito, allo stato, nell'ordinamento italiano e nei suoi principali atti vigenti in materia.

3. Il modello gestionale, fra superamento e persistenza

La trattazione dell'economia circolare come elemento di innovazione del sistema giuridico rende utile premettere quale sia lo *status quo (ante)* che, a seconda dello stadio di sviluppo raggiunto dai singoli legislatori in materia, si è superato o si mira (auspicabilmente) a superare. Infatti, il diritto dell'economia circolare si sostituisce ad un modello giuridico più risalente e consolidato, improntato sulla funzione amministrativa della gestione legale del rifiuto come obiettivo della disciplina. Esso, a sua volta, è strettamente connesso con un concetto di economia totalmente o prevalentemente *lineare*, in particolare legame con un concetto di contenimento del danno e di recupero parziale dei materiali tipico della *green economy*.

---

[6] Un saggio risalente, ma al quale in questa sede riconosco un'importanza cruciale per lo sviluppo delle teorie che qui propongo e cito sin d'ora, è U. M. GASSNER, *Von der Abfallwirtschaft zur Kreislaufwirtschaft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1998 (vol. 123), n. 2, p. 201 ss.

L'ottica che si assume ha un carattere essenzialmente prevenzionistico, volto al bilanciamento fra inquinamento da rifiuti e produzione degli stessi. Tale obiettivo si persegue, in sostanza, circoscrivendo l'inquinamento ai luoghi individuati dalla pubblica amministrazione e mantenendolo entro determinate soglie, limitandosi a reimmettere nel ciclo economico-produttivo solo alcuni materiali agevolmente recuperabili.

In primis, bisogna segnalare un concetto centrale per l'intera transizione fra i due modelli: vale a dire, la definizione stessa del termine rifiuto. In una concezione lineare dell'economia, la definizione univoca, ma talmente ampia da risultare talora "camaleontica" è, in un primo momento, quella di cosa *abbandonata* o *destinata* all'abbandono: tale è la definizione fatta propria da uno dei primi atti del diritto italiano dedicati alla materia (d.P.R. 10 settembre 1982 n. 915, art. 2 co. 1). In un secondo momento, si passa ad un concetto più "intenzionale" di cosa scartata (così nelle versioni anglofone delle direttive europee, che usano il verbo *to discard*) o di cui *ci si disfa, si intende disfarsi o si è obbligati a disfarsi* (così nel diritto italiano a partire dal d. lgs. 22/1997 e nel diritto tedesco fin da prima delle leggi sull'economia circolare, verbo *entledigen*), in quanto priva soggettivamente od oggettivamente di ulteriore utilità[7]. In questo contesto, l'oggetto antitetico al rifiuto è appunto il *bene economicamente valutabile* (*Wirtschaftsgut*) e l'eccezione di un residuo di valore economico si presta quale argine al disfacimento financo di oggetti ambientalmente dannosi[8].

Per quanto riguarda la gestione dei rifiuti raccolti, il sistema prevenzionistico pone, a carico tanto dei privati quanto delle imprese che producono i rifiuti, notevoli costi diretti (obblighi) o indiretti (tributi, iscrizioni a consorzi) sia di recupero che di smaltimento. Si tratta di una distribuzione degli oneri che, in linea teorica, potrebbe considerarsi pienamente rispondente ad equità, alla luce di considerazioni di microeconomia: il concetto è infatti quello di onerare dei costi di un'esternalità negativa – le spese per la

---

[7] Cfr. R. P. ECKERT, *Die Entwicklung des Abfallrechts*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1985, n. 6, p. 388 ss.; R. FEDERICI, *La nozione di rifiuti: una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2006, n. 6, p. 1051 ss.; N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti, e sottoprodotti: la Corte di giustizia delle Comunità europee e le decisioni dei giudici nazionali in Gran Bretagna, Francia e Belgio*, Milano, 2006, p. 38; S. BENVENUTI, *Raccolta, gestione e smaltimento dei rifiuti in Italia*, in G. Cerrina Ferroni (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica*, Torino, 2014, p. 59 ss.

[8] Cfr. ECKERT, *Die Entwicklung des Abfallrechts*, cit., p. 388. Si pensi al caso dei vicini sottoposti a immissioni promananti da cataste di oggetti ammassati nel fondo di titolarità del possessore: l'eccezione di un'utilità residua avrebbe ostato, in diversi contesti, ad ordini di rimozione.

gestione dei rifiuti e l'inquinamento generato – chi la produce. L'osservazione dei comportamenti di alcune grandi imprese ed il loro coinvolgimento più o meno consapevole e diretto in fatti di reato aventi ad oggetto materiale i rifiuti da loro prodotti, tuttavia, inducono a riflettere sulla funzionalità dello schema descritto e sulla sua superabilità in favore di un sistema altrettanto equo ma più funzionale.

In tale sistema, si ricorre alla punizione mediante sanzione amministrativa pecuniaria e, nei casi più gravi, mediante pena in risposta alle omesse comunicazioni, al mancato rispetto delle procedure ed al superamento di limiti-soglia di sostanze inquinanti, optando per fattispecie di pericolo astratto improntate ad una tutela di funzioni, realizzando un sottosistema penale-ambientale "accessorio" al diritto amministrativo[9]. Il bene giuridico ambiente viene quindi perseguito individuando, oltre la funzione, un bene giuridico intermedio che può essere individuato nella prevenzione dell'inquinamento da rifiuti.

Il modello gestionale corrisponde tuttora al nostro sistema di diritto sia amministrativo che penale dei rifiuti. Come si vedrà a breve, il d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152, nella sua Parte IV (art. 177-266), nonostante l'intervento di numerose modifiche legislative – da ultimo quelle connesse all'insufficiente atto di ricezione della Direttiva 2018/851/CE, il d. lgs. 116/2020 – continua a prevedere una funzione amministrativa volta a circoscrivere il danno, protetta dalle norme di reato di cui agli art. 255 ss. nonché, a seguito della (nobilmente motivata, ma scoordinata) riforma contenuta nel d. lgs. 1° aprile 2018 n. 21 sulla riserva di codice, dall'art. 452-quaterdecies cod. pen.

4. I tratti salienti del "diritto dell'economia circolare": istanze sociali, attori e…

Lo sviluppo del diritto dell'economia circolare, nel contesto dell'ordinamento federale tedesco, ha conosciuto una serie di condizioni peculiari e di sviluppi significativi che hanno consentito al sistema di andare a regime con notevole anticipo rispetto al resto d'Europa, la cui analisi può suggerire alcune idee fondamentali affinché il sistema sia recepito e implementato anche in ordinamenti sul punto decisamente più tardivi, quali – allo stato – quello italiano.

---

[9] Per una ricostruzione del problema autorevole e potenzialmente trasversale agli ordinamenti italiano e tedesco, nonché ai sistemi a confronto, cfr. F. SALIGER, *Umweltstrafrecht*, München, II ed. 2020, in part. p. 22 ss.

Un primo, fondamentale fattore, che si sceglie di privilegiare nella trattazione rispetto agli stessi aspetti economico-giuridici della tematica, è quello dello sviluppo di una sensibilità sociale in relazione alla tutela all'ambiente e, in particolare, in relazione alla gestione dei rifiuti. Sulla centralità dell'aspetto sociale si avrà modo di ritornare anche in seguito, purtroppo per dar conto anche del moto equivalente e contrario di freno alla circolarizzazione del sistema economico e produttivo. Lo sviluppo piuttosto precoce della sensibilità ambientale nel contesto di una società industrializzata come quella tedesca, resa edotta dei possibili sviluppi negativi di uno sviluppo economico senza contraltari, ha condotto abbastanza presto alla discussione sulla necessità di ridiscutere la "società del gettar via" (*Wegwerfgesellschaft*) e alla presa d'atto della necessità di evitare catastrofi inerenti alla produzione di rifiuti, nel contesto di una potenza industriale che storicamente non può certo ritenersi esente dal problema[10].

Il processo, chiaramente, non è rimasto esclusivamente nelle mani della cittadinanza, potendo contare sull'attenzione e sull'appoggio del Governo Federale tedesco. Nel c.d. Programma ambientale (*Uwmeltprogramm*)[11] del 1971, l'esecutivo della *Bundesrepublik* prendeva atto di una situazione diffusa di eccesso di spese e di aree dedicate allo stoccaggio dei rifiuti stessi, dichiarando sin da allora di mirare ad una loro riduzione e alla reimmissione del rifiuto nel «*circolo delle materie prime*» (*Rohstoffkreislauf*). Il realizzarsi di tecniche di differenziazione, riciclo e del recupero o valorizzazione dei rifiuti avrebbe quindi ulteriormente diffuso la consapevolezza di poter ravvisare nei rifiuti, o almeno in parte di essi, una merce (*Ware*) o una materia prima (*Rohstoff*) in luogo di un mero oggetto materiale[12].

Lo sviluppo di un diritto dell'economia circolare è pertanto apparso significativo quanto al cambiamento di prospettiva del legislatore federale, che ha abbandonato una prospettiva di mero contenimento del danno e del pericolo per la salute esseri umani per

---

[10] Cfr. R. KELLER, *Müll – Die gesellschaftliche Konstruktion des Wertvollen. Die öffentliche Diskussion über Abfall in Deutschland und Frankreich*, Wiesbaden, II ed. 2009, pp. 127, 140, 143 ss.

[11] Il Programma del Governo federale tedesco, cui si farà nuovamente riferimento a breve, è contenuto fra gli atti del DEUTSCHER BUNDESTAG, alla *BT- Drucksache VI/2710*, consultabile all'indirizzo *http://dipbt.bundestag.de/*. La gestione dei rifiuti, ivi presentata ancora in termini di smaltimento (*Abfallbeseitigung*), è trattata in dettaglio a p. 29 e nelle pagine seguenti.

[12] Cfr. K. MEßERSCHMIDT, *Europäisches Umweltrecht*, München, 2011, p. 844; inoltre M. KLOEPFER, *Einführung*, cit., p. 11. Si richiama, inoltre, la notazione di H. WENDENBURG, *Zur Abfallpolitik der Bundesregierung*, in M. Kloepfer (a cura di), *Das neue Recht der Kreislaufwirtschaft*, cit., p. 25, che menziona la campagna svolta dal Governo federale con il francobollo celebrativo recante lo slogan "il rifiuto è materia prima" (*Abfall ist Rohstoff*).

tentare di perseguire scopi ecologici e, ancor meglio, di buon utilizzo delle risorse[13], sostituendo «*il pensiero problematico con quello teleologico*»[14].

Si può porre agevolmente in correlazione alle istanze di una società civicamente sensibile la virtuosa conseguenza del coinvolgimento degli operatori privati, e quindi di quell'economia di mercato che in un sistema gestionale viene tendenzialmente identificata quale contrappeso alla tutela ambientale. Il diritto positivo dell'economia circolare ha realizzato la transizione da una gestione principalmente pubblica per mezzo degli enti locali – soprattutto i Comuni[15] – alla sistematica compartecipazione dei privati al settore, cercando di favorire una loro partecipazione alla corretta gestione con la prospettiva di profitti legali e, in un certo senso, benefici verso l'ambiente stesso[16]. In effetti, è possibile osservare come la prospettiva si sia sostanzialmente rovesciata con il passaggio da leggi previgenti, basate sull'economia lineare, alle leggi sull'economia circolare. Le prime imponevano ai detentori o *rectius* possessori (*Besitzer*) dei rifiuti la consegna a soggetti obbligatisi alla gestione (*Entsorgungspflichtigen*), individuati soprattutto negli enti di diritto pubblico (*Körperschaften des öffentlichen Rechts*).

Già il § 5 *Abs.* 2 del *KrW-/AbfG* del 1994, nel definire i soggetti obbligati alla valorizzazione del rifiuto, attribuiva questo compito in prima battuta all'impegno di produttori e possessori. Il § 7 *Abs*. 2 *KrWG* conferma questa previsione. Il diritto vigente, infatti, attribuisce ampie competenze dirette su azioni di trattamento del rifiuto quali la valorizzazione (§ 7 *KrWG*), lo smaltimento (§ 15 *KrWG*) e la sorveglianza di tali operazioni in ambito aziendale (§ 47 co. 3 *KrWG*), essendo incaricati quindi di una responsabilità *in vigilando* e, in caso di appalto a soggetti terzi, *in eligendo*. I loro obblighi verso il settore pubblico sono quindi limitati ai casi di raccolta di rifiuti urbani che essi non sarebbero in grado di valorizzare adeguatamente (§ 17 *KrWG*)[17]. Inoltre, sono stati

---

[13] Cfr. R. BREUER, *Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts*, in *Der Staat*, 1981 (Vol. 20), n. 3, pp. 393-422.
[14] Così M. KLOEPFER, *Einführung*, cit., p. 12.
[15] Cfr. BREUER, *Strukturen und Tendenzen*, cit., p. 414, laddove sottolineava quanto il *AbfG* (§ 3 *Abs.* 2) attribuisse agli enti pubblici territoriali, soprattutto i comuni il compito di *smaltire* i rifiuti presenti sul loro territorio; B. HAAß, *Handlungsspielräume gemeindlicher Umweltpolitik am Beispiel des Abfallrechts*, Berlin, 1992, pp. 17-19, p. 51 ss., il quale, sulla base della legge sui rifiuti del 1986 (v. nota seguente), individuava gli stessi comuni come portatori degli interessi necessari per la gestione dei rifiuti, nonostante il diritto allora vigente fosse improntato a tendenze centralistiche, con attribuzione agli enti locali di limitati compiti ed obiettivi da perseguire.
[16] Cfr. K. MEßERSCHMIDT, *Ressourcenschutz durch Kreislaufwirtschaft – aus der Sicht der Rechtswissenschaft*, in M. Kloepfer, *Das neue Recht*, cit., p. 99 ss.
[17] Cfr. S. SCHLACKE, *Umweltrecht*, cit., pp. 340-341.

agevolmente riconosciuti i medesimi compiti di gestione o di intervento sulla gestione anche in capo ai titolari di diritti reali o ai possessori dei *terreni* nei quali i rifiuti vengano depositati incontrollatamente.

In termini penalistici ne può derivare anche una posizione di garanzia: in condizioni di adeguata dominabilità delle circostanze di fatto, nonché di coscienza e volontà riguardo alla commissione di fatti di illecita gestione dei rifiuti, al titolare o possessore del terreno possono essere ascritte responsabilità derivanti da condotte omissive, tanto in posizione principale quanto – più frequentemente – in posizione concorsuale[18].

Si realizza, in questo modo, un assetto equo e razionale che responsabilizza i singoli produttori in relazione all'esito dei propri rifiuti, offrendo peraltro loro la possibilità di ricorrere ad un recupero o valorizzazione interni all'azienda. I costi loro addossati, in tale misura, potrebbero essere ridotti o comunque ripagati dalla prospettiva di futuri risparmi sullo sfruttamento di materia prima. Tanto non potrà che avere riflessi positivi sul comportamento di una serie di operatori inclini a perseguire il risparmio anche a costo di accettare il rischio di sanzioni: il primo potrebbe non rappresentare più un contrappeso adeguato al secondo. Su tale ipotesi si tornerà in seguito.

5. (segue) … e distinzione fra rifiuti per la valorizzazione e per lo smaltimento

Si è tuttavia correttamente osservato quanto l'ampiezza della definizione del rifiuto comporti proporzionalmente, per i gestori privati, maggiori possibilità di gestione arbitraria dei materiali raccolti. Di qui la necessità di definizioni e discipline il più stringenti possibile e la distinzione fra rifiuti che presentino un'adeguata attitudine al recupero o alla valorizzazione e quelli che non possano avere altro esito di uno smaltimento ordinato[19].

---

[18] Cfr. B. HECKER, *Wilde Müllablagerungen Dritter als Problem der abfallstrafrechtlichen Unterlassungshaftung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 873 ss.

[19] Così M. KLOEPFER, *Einführung*, cit., pp. 12-14. In tempi più risalenti, la medesima esigenza era stata evidenziata da P. J. TETTINGER, *Rechtliche Bausteine eines modernen Abfallwirtschaftsrechts*, in *DVBl*, 1995, pp. 213 ss.; F. PETERSEN, *Die Vorgaben der Industrieemissions-Richtlinie für die Abfallgrundpflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG*, in P. Kirchhof - S. Paetow - M. Uechtritz (a cura di), *Umwelt und Planung: Anwalt im Dienst von Rechtsstaat und Demokratie. Festschrift für Klaus-Peter Dolde zum 70. Geburtstag*, München, 2014, p. 333 ss.

L'ordinamento tedesco, sin dal *KrW-/AbfG* del 1994 (§ 3), è stato molto chiaro nel riconoscere queste due differenti categorie di rifiuto, individuando i due macro-insiemi dei "rifiuti per la valorizzazione" (*Abfälle zur Verwertung*) e dei "rifiuti per lo smaltimento" (*Abfälle zur Beseitigung*). Si tratta di una distinzione che, nel contesto del d. lgs. n. 152/2006, tutt'oggi manca, pur in presenza di numerose categorizzazioni volte a individuare oggetti più o meno dannosi, pericolosi o distinzioni vertenti sulla loro origine.

La distinzione fra le due categorie si è dimostrata idonea a ridurre lo spazio della contrapposizione fra beni economicamente valutabili e rifiuti, dal momento che il rifiuto per la valorizzazione risulta ancora utilizzabile. Il contrario del rifiuto è diventato, in un simile contesto, il ben meglio determinato oggetto materiale del *prodotto*, indicato quale risultato intenzionale di un'attività di lavorazione della materia prima (o dei materiali valorizzati).

Rimaneva ampia incertezza, tuttavia, sull'individuazione dei criteri di dettaglio che distinguono i due tipi di rifiuto. Essi avrebbero fatto ingresso grazie alla categoria di derivazione comunitaria del *end of waste*, positivizzata dalla Direttiva 2008/98/CE all'art. 6 e confluita nel *KrWG* del 2012 (*Ende der Abfalleigenschaft*, § 5), così come anche nel d. lgs. n. 152/2006 (*cessazione della qualifica di rifiuto*, art. 184-ter).

Il concetto di *end of waste* consente di individuare quattro requisiti di massima che consentono, ad un rifiuto oggetto di precedente disfacimento, di rientrare nel circolo economico-produttivo: (i) la comune destinazione dei rifiuti e dei loro componenti, in astratto, a scopi produttivi specifici; (ii) la presenza di una domanda di mercato per la materia che compone gli oggetti scartati; (iii) la sussistenza in concreto di requisiti tecnici e qualitativi che consentano il recupero degli oggetti nella loro interezza, o della materia che li compone; (iv) il contenimento dell'inquinamento derivante dal recupero o valorizzazione, richiedendo che tale operazione non causi «*impatti* complessivi *negativi*» sull'ambiente[20].

---

[20] Cfr. D. RÖTTGEN, *La Direttiva 2008/98/CE sui rifiuti - End of waste: arrivano le prime indicazioni*, in *Gazzetta Ambiente*, 2008, n. 6, p. 127 ss.; V. ARDITO, *sub Art. 184-ter*, in L. COSTATO - F. PELIZZER (a cura di), *Commentario breve al codice dell'ambiente*, cit., p. 649 ss.; M. BENOZZO, *Commento ai Titoli I-IV*, cit., p. 550 ss.

Il giudizio negativo su tali criteri, in particolare sul quarto e più complesso criterio – che suggerisce di valutare non solo l'impatto inquinante del recupero o valorizzazione in sé, ma anche quello dello sfruttamento di nuove materie prime in luogo dei rifiuti e dell'impatto dello smaltimento – comporta che il rifiuto debba essere smaltito in quanto ogni altra alternativa avrebbe effetti deteriori in termini di inquinamento. Si tratta di un vaglio che in combinato con la distinzione fra rifiuti per la valorizzazione e per lo smaltimento, come emerge da alcuni dati che presenteremo a breve, garantisce risultati molto positivi.

6. L'attuazione dei principi dell'economia circolare e la gerarchia delle azioni di trattamento

La traduzione in concreto dei principi dell'economia circolare, in linea teorica, si attua soprattutto attraverso la cd. gerarchia delle azioni di gestione del rifiuto messa a punto dalla prima legge tedesca sull'economia circolare e trasposta nella Direttiva 2008/98/CE, dopodiché anche nel D. lgs. 152/2006 – prevenzione, preparazione al riutilizzo, riciclo, recupero o valorizzazione, smaltimento – già predispone un piano d'azione da tradurre in concreto.

Osservando soprattutto il modello del *KrWG* e della direttiva, emergono una serie di possibilità che il legislatore italiano sembra aver recepito solamente in parte. Senza la pretesa di svolgere un'analisi tecnica completa, da riservarsi ad altra sede, è possibile ricorrere ad alcune tassonomie particolarmente efficaci nell'evidenziare le differenze tra i due modelli.

6.1. La *prevenzione* del rifiuto rimane il primo cardine tanto di un'efficace realizzazione della funzione amministrativa della corretta gestione dei rifiuti, laddove la loro minore quantità comporterebbe minori oneri di raccolta e smaltimento, quanto di un sistema di economia circolare. Essa si ricollega, peraltro, sia nominalmente che contenutisticamente ad uno dei principi fondamentali del diritto ambientale[21].

---

[21] Per una ricostruzione giuridica del principio di prevenzione, derivato delle scienze sperimentali, un riferimento risalente eppur ancora attuale è P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, p. 79 ss. Cfr. ancora, peraltro con riferimento specifico alla materia dei rifiuti, F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012, n. 2, pp. 14 ss., in part. p. 18 ss. Per una trattazione più recente, L. SALVEMINI, *I principi del diritto dell'ambiente*, Torino, 2019, p. 102.

Tuttavia, in un'ottica gestionale la sua utilità si riduce ad un fatto di lungimiranza e di "promessa" di minori oneri futuri, il che sicuramente induce a trascurare tale azione poteri pubblici ed operatori privati che abbraccino ottiche di più breve periodo.

In un'ottica di economia circolare, essa assume un ruolo centrale nella valorizzazione del rifiuto-bene materiale: infatti, se il rifiuto diventa un bene economicamente valutabile, ridurne il più possibile la quantità circolante ne aumenta il valore e, sul mercato dei rifiuti valorizzabili, il prezzo. I risultati cui guardare, facendo riferimento al sistema giuridico, economico e produttivo tedesco, sono lusinghieri: le rilevazioni statistiche *Eurostat* del 2012 indicavano una produzione annuale *pro capite* di rifiuti inferiore di oltre 50 chilogrammi (per un totale di 450 kg) rispetto alla media europea (502 kg)[22].

Senza pretesa di esaurire il discorso, il diritto positivo offre due linee d'azione emblematiche per l'attuazione della prevenzione del rifiuto.

(a) Strumento essenziale introdotto dal diritto comunitario ed europeo unitario è la categoria del *sottoprodotto*, affinata grazie al contributo "pretorile" della Corte di Giustizia[23] e confluita nella direttiva 2008/98/CE (art. 5), in recepimento della quale è stata introdotta negli ordinamenti nazionali (art. 184-bis d. lgs. 152/2006, § 4 *KrWG*): ivi rientrano quegli oggetti che, pur non essendo l'esito fondamentale di un processo produttivo, ne rappresentano un risultato immanente, certamente, legalmente ed immediatamente riutilizzabile senza operazioni di modificazione fisica e merceologica – tutt'al più, a seguito di trattamenti "*secondo la normale pratica industriale*" – da parte dello stesso produttore o di terzi[24].

In sostanza, si è di fronte al caso di oggetti che non possono essere considerati alla stregua prodotti, ma il cui scarto e il successivo recupero o valorizzazione possono essere evitati alla radice, con un impatto ambientale pressoché nullo[25]. La loro definizione è

---

[22] Cfr. G. CERRINA FERONI - E. CARNEVALE, *Profili giuridici*, cit., pp. 250-251.

[23] Riferimento obbligato sono le sentenze CGCE, Sez. VI (Pres. F. Macken, Est. J.-P. Puissochet), 18 aprile 2002 (causa C-9/00), *Palin Granit*, in part. i parr. 26-27, 42-43, 46; Sez. II (Pres. C.W.A. Timmermanns, rel.- est. J.-P. Puissochet), 7 settembre 2004 (causa C-l/03), *Van de Walle*, in part. i parr. 42 ss.

[24] Cfr., nella dottrina amministrativistica italiana, M. MAGRI, sub *Art. 184-bis. Sottoprodotto*, in L. COSTATO - F. PELLIZER (a cura di), *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Padova, 2012, p. 646; S. BENVENUTI, *Raccolta, gestione e smaltimento dei rifiuti in Italia*, cit., p. 82 ss.; M. BENOZZO, *Commento ai Titoli I-IV*, cit., p. 542 ss.; nella dottrina penalistica, P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 287 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 122 ss.

[25] Cfr. G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., che a p. 246 parla di «*non rifiuto a monte*».

affidata in parte alle indicazioni esplicite della legge, ma l'indicazione di criteri generali si offre quale norma di principio per allargare il novero dei sottoprodotti sia in via interpretativa, sia per mezzo di nuove previsioni normative, come è già avvenuto con le direttive dell'Unione sui sottoprodotti di origine animale. Un caso esemplare di discussione interpretativa sulla qualità di sottoprodotto, oggetto di dibattute trattazioni da parte della giustizia sia ordinaria che amministrativa di molti Stati membri dell'Unione, è quello del fresato di asfalto[26].

(b) Si può conseguire un risultato di prevenzione del rifiuto con una filosofia di "bastone e carota", a partire da contenitori e imballaggi di prodotto (ma non solo), mediante azioni talora complesse, ma talaltra financo elementari: attribuzione del valore di pegno, reso eccellentemente dalla prassi tedesca della *Pfandrückgabe* e, pur con risultati meno incisivi, da quella del vuoto a rendere; imposizione di un criterio tendenziale volto alla riduzione delle parti di prodotto (e di imballaggio) da scartare e il divieto di utilizzo di materiali caratterizzati da non riutilizzabilità e da impatto ambientale elevato, quali l'amianto; imposizione di criteri volti ad allungare la vita del prodotto[27].

6.2. Scendendo lungo la scala della gerarchia, si incontrano tre azioni volte a trarre utilità dal rifiuto non prevenuto, via via più inquinanti e quindi da prendersi in considerazione "a cascata", in via sussidiaria, mantenendo come criterio essenziale la prevenzione dell'inquinamento. Obiettivo definitivo dovrebbe essere evitare lo smaltimento tramite il recupero o la valorizzazione del rifiuto.

La *preparazione al riutilizzo* è la prima di tali azioni, posta al secondo posto della gerarchia delle azioni di gestione del rifiuto. Quest'ultimo, *dopo* il disfacimento e la

---

[26] Cfr., nella giurisprudenza amministrativa italiana, Cons. Stato, Sez. IV (Pres. M. Branca, Rel. - est. F. Quadri), sentenza 6 agosto 2013, n. 4151, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV (Pres. P. Numerico, Est. - Rel. A. Migliozzi), sentenza 6 ottobre 2014, n. 4978, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il cd. fresato d'asfalto, di per sé, è contemplato dal *Codice Europeo dei Rifiuti*: si tratta tuttavia di una presunzione *iuris tantum*, il che consente che tale materiale sia inteso quale sottoprodotto alle condizioni indicate dall'art. 184-bis d. lgs. n. 152/2006. La successiva giurisprudenza ordinaria, pertanto, ha dovuto costantemente vagliare l'assenza dei requisiti di cui all'art. 184-bis d. lgs. n. 152/2006 per confermare in via definitiva sentenze di condanna per i reati di gestione illecita di rifiuti. *Inter alia* cfr. Cass., sez. III pen. (Pres. A. Cavallo, Rel. - Est. V. Di Nicola), sentenza 22 novembre 2017, n.53136, in *dejure.it*, caso nel quale si è confermata la condanna per attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (all'epoca dei fatti art. 260 d. lgs. 152/2006, oggi confluito nell'art. 452-quaterdecies cod. pen.) nei confronti dei titolari di un'impresa che riutilizzava il fresato a seguito di una lavorazione a caldo, con miscelazione con altre componenti, modificando radicalmente le caratteristiche dello stesso.

[27] Cfr. C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse*, cit., p. 104.

raccolta (a differenza di quanto avviene per il sottoprodotto), viene avviato al riutilizzo senza trattamenti che ne alterino la struttura merceologica o la destinazione all'uso.

6.3. Il *riciclo* è l'azione mediaticamente più nota di gestione del rifiuto. Esso consiste nel recuperare, rinnovare o ripristinare e rimettere in circolo i materiali derivanti dai rifiuti, specie dopo averli raccolti separatamente e averli sottoposti a modificazioni morfologiche, talora anche merceologiche ma cercando di mantenerne la destinazione d'uso, come avviene nel caso del riciclo della carta menzionato nell'introduzione. Una sua realizzazione più efficace e "circolarizzante" richiederebbe un impegno di dettaglio, riassumibile in questi termini: (i) maggiore specializzazione della differenziazione, ad esempio distinguendo rigorosamente i materiali plastici da quelli metallici e quelli vitrei in base alla colorazione; (ii) raccolta domestica o condominiale, limitando l'uso dei contenitori urbani; (iii) stigmatizzazione di pratiche dovute essenzialmente a banale trascuratezza, come la rimescolazione dei rifiuti conferiti distintamente da parte dei soggetti e dei mezzi preposti alla raccolta.

6.4. Il *recupero* o, assecondando la scelta terminologica e semantica indicata in precedenza, la *valorizzazione in forma particolare* è la più inquinante delle azioni di trattamento del rifiuto, nonché quella che comporta necessariamente una "smaterializzazione" della materia prima, che viene alterata tanto nelle sue caratteristiche morfologiche e merceologiche quanto nella destinazione d'uso.

Tuttavia, tale azione si pone anche quale ultimo argine allo smaltimento e può avere l'indubbio merito di consentire il recupero industriale sicuro ed a basso impatto anche di oggetti difficili o, in seconda analisi, eccessivamente costosi da preparare al riutilizzo o da riciclare. Il ricorso esplicativo a due tassonomie che hanno avuto un certo corso in alcuni ordinamenti prossimi al nostro potrà chiarire la portata della valorizzazione in forma particolare ai fini dello sviluppo dell'economia circolare.

(a) L'applicazione più frequente e nota del recupero o valorizzazione in forme particolari, posta peraltro in prima posizione dagli allegati agli atti normativi sui rifiuti, è la *valorizzazione energetica* mediante combustione: i rifiuti, convogliati in appositi impianti di combustione, generano energia termica accumulata all'interno dell'impianto

stesso per essere poi spesa per usi sia civili, quali il riscaldamento degli immobili, che industriali.

I dati sulle immissioni degli impianti di termovalorizzazione risultano decisamente lusinghieri e razionalmente invitanti, in considerazione dell'utilità economica e sociale che se ne può trarre e della loro distanza rispetto a quelli delle discariche o degli inceneritori. Si tratta di una prassi sperimentata con successo in molte città europee nonché, qui in Italia, limitatamente a due centri medio-piccoli come Bolzano e Brescia[28].

Si tratta di una forma di valorizzazione in forma particolare non sempre agevole da introdurre nel contesto sociale in quanto, di primo acchito, risulta piuttosto avversa ad ampi strati della cittadinanza. L'idea "inestetica" del riscaldamento domestico generato da rifiuti e della costruzione di impianti a ciò dedicati si scontra con quel fenomeno sociale noto con l'acronimo *NIMBY*, *not in my backyard*, che affligge anche molti sedicenti ambientalisti[29]. Si tratta di timori ampiamente ingiustificati e basati per lo più su cattiva informazione, *bias* cognitivi e concezioni estetizzanti dell'ambiente, superabili con una divulgazione scientifico-tecnica ed una comunicazione istituzionale adeguate alla comprensione dei profondi vantaggi della pratica.

(b) Altro utilizzo efficacemente sperimentato in alcuni paesi europei è quello della fabbricazione di materiali di *colmatazione* a seguito di trattamento meccanico-biologico. Il ricorso a tali materiali consente efficacemente di riempire avvallamenti nelle strade o financo nei terreni, se non addirittura per la richiusura di gallerie dismesse. Si tratta di misure in grado di venire incontro tanto a problemi quotidianamente constatabili della collettività, come il tasso di sicurezza della circolazione stradale per veicoli e passeggeri, quanto a problemi di integrità territoriale e paesaggistica. Anche in relazione ad essi, tuttavia, si renderebbe necessaria un'evoluzione culturale ed industriale che comporti l'accettazione di ricorrere a rifiuti trattati per la soluzione del problema.

6.5. Lo smaltimento costituisce, tanto nel modello gestionale quanto nel sistema dell'economia circolare, una vera e propria perdita secca. In un'ottica di mera

---

[28] Per i dati di entrambi gli impianti, cfr. https://bit.ly/3JEpgqx e https://bit.ly/32Jo2tI. Il tasso di emissioni nocive particolarmente contenuto favorisce i fenomeni di resistenza e resilienza degli ecosistemi circostanti, a fronte di una potenza di riscaldamento che consente di riscaldare per intero entrambe le città, prestandosi alla valorizzazione di una quantità di tonnellate di rifiuti non riciclabili nell'ordine delle centinaia di migliaia.

[29] Cfr. L. SALVEMINI, *I principi del diritto dell'ambiente*, cit., p. 221.

prevenzione è accettabile purché sia contenuto e realizzato con strumenti legali, controllati direttamente dal settore pubblico o da esso autorizzati, seguendo comunque normative tecniche di raccolta e stoccaggio per evitare una concentrazione elevata di materiali particolarmente dannosi o pericolosi in un medesimo sito.

In un'ottica di economia circolare, esso dev'essere ridotto ai soli casi in cui *tutte* le altre operazioni risultino più dannose o inquinanti per l'ambiente stesso – trascurando, almeno in quest'ultimo caso, financo il criterio dell'economicità, come suggerisce esplicitamente la norma del § 7 co. 2 *KrWG* tedesco – rispetto allo smaltimento stesso. La differenza di risultato può essere talora evidente. In Germania, solo il 22% dei rifiuti raccolti viene smaltito. In alcune regioni italiane, le percentuali presentano rapporti pressoché inversi[30].

7. L'influsso dell'economia circolare sul sistema del diritto penale dell'ambiente

La sintetica ricognizione dell'impatto dell'economia circolare sulle azioni di trattamento del rifiuto consente, ora, di introdurre il discorso dell'impatto sulle fattispecie di diritto penale preposte a prevenire il danno ambientale sanzionando la gestione illegale dei rifiuti, ispirandosi per lo più a schemi di pericolo astratto-presunto o astratto-potenziale. Chi scrive ritiene che si debbano distinguere tre piani: *in primis*, quello dell'influenza, in termini valoriali, sul bene giuridico protetto; in secondo luogo, quello degli effetti indiretti sullo stesso agire criminale; infine, quello dell'influsso sulle singole fattispecie di reato.

7.1 L'economia circolare come bene giuridico intermedio

L'economia circolare può assurgere a bene giuridico *intermedio*, strumentale alla tutela di ben due beni giuridici di livello finale: ambiente e sviluppo economico[31]. Essi verrebbero ad essere tutelati congiuntamente, laddove un'ottica gestionale-prevenzionistica tende a porli in bilanciamento.

---

[30] Cfr. G. CERRINA FERONI - E. CARNEVALE, *loc. ult. cit*.

[31] Sia qui consentito il rinvio al mio scritto F. CAMPLANI, *Tutela anticipata dell'ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi*, in *LexAmbiente*, 2021, n. 3 pp. 16-45, da cui il paragrafo in questione riprende parte del percorso argomentativo.

Appare infatti evidente che la tendenza di un sistema di economia lineare – una volta che si sia preso atto del valore fondamentale dell'ambiente quale presupposto fisico-spaziale e climatico[32] dell'esistenza e dell'armonioso sviluppo della specie umana e delle altre specie viventi, suddivisibile in comparti (elementi della biosfera: acqua, terra, aria) e fattori (paesaggio, salubrità, integrità del territorio)[33] – sia quello di giustificare il suo danno in favore dell'esigenza di produrre rifiuti ovvero, oltre determinati limiti, a sottoporre quest'ultima a limiti, restrizioni e oneri nell'ottica della tutela dell'ambiente.

Il bene giuridico intermedio ricavabile dalla funzione amministrativa della corretta gestione dei rifiuti viene ad essere, in questo caso, la prevenzione dell'inquinamento derivante dagli stessi, perfettamente strumentale ad esigenze di tutela ambientale ma al contempo antagonista di quelle della produzione.

Un sistema di economia circolare individua, invece, un bene giuridico intermedio che sottolinea quanto un ambiente sano possa giovarsi di un'economia "pulita", e viceversa. Anzi, a ben vedere, lo stesso sviluppo economico, cui le costituzioni moderne richiedono

---

[32] In termini non distanti, C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 12.

[33] Si fa qui riferimento alle elaborazioni della cd. teoria pluralistica sul bene giuridico ambiente: M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; nella dottrina penalistica, cfr. E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, pp. 235-238; V. ITALIA, voce *Ambiente (definizione e concetti generali)*, in AA. VV. (a cura di V. ITALIA), *Ambiente Inquinamento Responsabilità*, Milano, 2009, pp. 107-110, che in particolare fa riferimento alla lunga enumerazione di oggetti di tutela di cui all'abrogato art. 5 comma 1 lett. *c*) d. lgs. 152/2006, laddove si richiedeva che le valutazioni di impatto ambientale vertessero su «*l'alterazione qualitativa e/o quantitativa, diretta ed indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa dell'ambiente, inteso come sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in conseguenza dell'attuazione sul territorio di piani o programmi o di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti*». R. SALOMONE, *Principi generali del diritto penale ambientale*, P. D'AGOSTINO - R. SALOMONE (a cura di), *La tutela penale dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, in A. DI AMATO (a cura di), Trattato di diritto penale dell'impresa, Vol. XI, Padova, 2011, p. 169 ipotizza una tripartizione: «*tutela del paesaggio, tutela del suolo, dell'aria e dell'acqua, tutela urbanistica*». Va specificato che l'Autore ritiene che il diritto penale ambientale, essenzialmente, *non* tuteli realmente tali beni, limitandosi le fattispecie alla sola tutela di funzioni (p. 185). Più di recente, G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017, p. 5 ss.: «*Un approccio non ideologico (della "immodificabilità" ambientale potremmo dire, che fonderebbe una sorta di "visione cimiteriale" del mondo) impone in altri termini di non pensare al bene Ambiente come un unico interesse, ma ad un fascio di interessi tutti con-costitutivi la stessa definizione dell'oggetto sostanziale di tutela*»; M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in AA. VV., *Questioni fondamentali dalla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, p. 432 ss., p. 434, laddove afferma «*sono proprio lo status della legislazione e la sua storia che depongono a favore della tesi "pluralistica". A parte infatti la frammentarietà del quadro normativo* (…) *e la conseguente scarsa predisposizione delle norme ad una così rigida reductio ad unum* (…)». Nella dottrina tedesca, cfr. R. RENGIER, *Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht*, in *NJW*, 1990, p. 2506 ss.; J. STEINDORF, *Umwelt-Strafrecht*, Berlin-New York, 1997, p. 41 ss.; H. G. DEDERER, *Grenzübergreifender Umweltschutz*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. XI – *Internationale Bezüge*, Heidelberg, III ed. 2013, § 248, p. 858 ss., *Rn.* 1-2.

di svolgersi in armonia con le finalità della società, potrebbe risultarne protetto dalle versioni "malefiche" di sé stesso, vale a dire incentrate sulla massimizzazione del profitto a qualsiasi costo, nel contesto di un'ottica razionale ma miope che accetti eventi di danno generalizzato *erga omnes* – il che significa, peraltro, che l'inquinatore stesso sarà anche vittima del degrado ambientale da lui causato – e di consumazione di risorse e spazi cui non si potrà ricorrere ulteriormente in futuro.

L'accompagnamento del sistema produttivo verso un più ampio ricorso ai rifiuti in luogo di risorse naturali e materie prime può dunque condurre verso una situazione virtuosa in cui la rimozione e il riutilizzo dei rifiuti consentano la preservazione di spazi e di materie prime, i quali rimarranno ancora utilizzabili in futuro. Una minor consunzione di risorse nell'immediato, peraltro, agevola una loro rigenerazione, dal momento che l'ambiente rimane un'entità in equilibrio dinamico.

In questo quadro valoriale si inseriscono le letture politico-criminali e di conformazione normativa che, a sommesso avviso di chi scrive, dovrebbero orientare una possibile riforma di sistema.

7.2 L'economia circolare e la sottrazione di materia alla gestione criminale dei rifiuti

Per quanto concerne il piano dell'agire criminale, la congiunzione delle ipotesi di base della teoria microeconomica e di considerazioni sulla razionalità di taluni soggetti criminali ci induce ad ipotizzare che l'economia circolare sottragga *materiale* e *motivazioni* alla gestione ambientalmente dannosa dei rifiuti. Si consideri, innanzitutto, lo *status quo* di modelli gestionali come quello italiano. Come si è già ricordato, su produttori e possessori pendono spese considerevoli per una gestione a loro ampiamente sottratta. A tali spese, tuttavia, molti produttori si sottrarrebbero volentieri, con intenzioni pienamente conformi ad una pur miope razionalità economica di breve periodo; quelli meno ligi al rispetto di una normativa ampiamente formalistica, a ben vedere, sono anzi pronti a cogliere l'occasione rappresentata da offerte convenienti in tal senso, accettando di correre il rischio di una sanzione amministrativa o penale comunque dilazionato nel tempo.

Le consorterie criminali rispondono agevolmente ad una simile domanda di mercato nero offrendo costi ridottissimi, come tali consentiti dall'illegalità delle procedure. La

letteratura giornalistica non ha mancato di porre in risalto le risultanze delle attività di alcune Procure della Repubblica, che parlano di un risparmio nella misura dell'ottanta o novanta percento rispetto ai costi delle procedure legali[34]. Il quadro cambierebbe immancabilmente laddove una più efficace spinta alla prevenzione del rifiuto e maggiori possibilità di valorizzazione e commercializzazione degli oggetti scartati consentano, alle imprese, di riutilizzare una serie di oggetti o di recuperare al processo produttivo rifiuti il cui costo potrebbe essere ben inferiore a quello di determinate materie prime. In sostanza, si trasformerebbe una mera spesa, una perdita secca o *dead weight loss*, in un investimento, in quanto tale idoneo ad abbassare lecitamente e in modo favorevole all'ambiente sia le spese di produzione che quelle di "fine ciclo" ed aumentando con ciò i profitti.

In una simile cornice, le operazioni di smaltimento illegale dei rifiuti perderebbero ampiamente di fascino. L'assistenza della sanzione penale rimarrebbe un presidio fondamentale per quelle più ridotte ipotesi in cui l'offerta criminale riesca a risultare ancora economicamente attrattiva, quantunque in proporzioni ben inferiori, altro elemento che ridurrebbe il novero degli interessati a imprenditori particolarmente inclini a correre il rischio di procedimenti e sanzioni penali.

Non si può nascondere che, in questa situazione, si potrebbe comunque assistere alla gemmazione di un nuovo problema. Le stesse consorterie criminali, infatti, potrebbero sviluppare interessi nei confronti di attività di valorizzazione dei rifiuti, riducendo lo spazio affaristico dedicato allo smaltimento illegale. Si tratterebbe di un *business* illegale e dannoso per l'economia, in quanto tale da continuare a combattere. Nondimeno, comporterebbe minori danni per l'ambiente stesso: il terreno si sposterebbe sulla prevenzione e punizione di una criminalità economico-produttiva, di reati contro l'economia, con un guadagno netto per almeno uno dei due corni del problema – quello ambientale – e maggiori risorse, di conseguenza, da focalizzare sull'aspetto affaristico della questione.

7.3 L'economia circolare e la conformazione delle singole fattispecie

[34] Esemplare, pur nei limiti di una trattazione narrativo-giornalistica, è R. SAVIANO, *Vieni via con me*, Milano, 2010, pp. 102-104.

Per quanto riguarda le singole fattispecie di reato o di illecito amministrativo-punitivo, lo schema teorico del contrasto penalistico alla gestione illecita dei rifiuti, basato su previsioni di pericolo astratto-presunto o astratto-potenziale e sulla tutela di funzioni, sarebbe destinato a cambiare in misura abbastanza contenuta.

L'importanza e la diffusione di entrambi i beni finali "mediati" dal bene giuridico intermedio dell'economia circolare, infatti, continua a giustificare una tutela preventiva dal carattere fortemente anticipatorio ed accessoria al diritto amministrativo, limitandosi alla riconversione del pericolo astratto-presunto in una forma di pericolo almeno potenziale per rendere il precetto più riconoscibile nei suoi obiettivi di tutela ed espungendo le forme più "forti" di accessorietà, vale a dire quelle basate sulla violazione di obblighi di comunicazione, privilegiando invece quelle "medie" dell'autorizzazione alle attività e quelle "deboli" di individuazione di soglie di rischio da non superare[35]. Molte considerazioni, *de jure condito*, si potrebbero invece esprimere sul disordine concettuale e normativo delle disposizioni di cui agli art. 255 ss. del d. lgs. n. 152/2006, alla cui analisi si preferisce, in questa sede, soprassedere. Una riconduzione ad unità della materia, in una o due fattispecie, sarebbe un primo passo da compiere per ottenere un sistema più coerente e meglio inteso alla protezione dei beni giuridici intermedi e finali.

In termini di conformazione delle fattispecie penali, un primo necessario influsso potrebbe essere l'incriminazione specifica del recupero o valorizzazione illegale di rifiuti, enfatizzando così l'accento sull'importanza delle relative azioni e sottoponendole a protezione mediante una fattispecie di pericolo astratto. Tanto avviene nel § 326 dello *Strafgesetzbuch* tedesco a partire dal 1998, che sanziona per traffico illecito di rifiuti chiunque li valorizzi (verbo "*verwertet*") illecitamente. La disposizione in questione, tuttavia, scade in un'aporia simile a quella delle plurime fattispecie nostrane: incrimina, infatti, un insieme di condotte ampio e piuttosto disordinato.

Paradossalmente, ulteriori suggerimenti significativi derivano da un ulteriore ordinamento, che pure ancora non menziona l'economia circolare come sistema di gestione dei rifiuti: quello austriaco. I §§ 181b e 181c dello *Strafgesetzbuch* austriaco – recanti, rispettivamente, una fattispecie dolosa e una colposa – enumerano condotte

---

[35] Cfr. F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 4, p. 1117 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2007, in part. p. 141 ss.; A. ALBERICO, *Obblighi di incriminazione e "controlimiti" nell'adempimento della direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, n. 2, pp. 233-273.

incriminate strettamente aderenti alla procedura empirica di raccolta, trasporto, recupero o valorizzazione e smaltimento, individuando esplicitamente i rischi di evento che devono essere prevenuti tramite l'incriminazione del *pericolo*[36].

Limitando l'analisi al comma I del § 181b, è possibile osservare quanto segue:

> [§ 181b StGB austriaco]. (1) Wer entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag Abfälle so sammelt, befördert, verwertet, beseitigt, diese Tätigkeiten betrieblich überwacht oder so kontrolliert, dass dadurch
>
> 1. eine Gefahr für das Leben oder einer schweren Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) eines anderen oder sonst für die Gesundheit oder körperliche Sicherheit einer größeren Zahl von Menschen,
> 2. eine Gefahr für den Tier- oder Pflanzenbestand in erheblichem Ausmaß,
> 3. eine lange Zeit andauernde Verschlechterung des Zustands eines Gewässers, des Bodens oder der Luft oder
> 4. ein Beseitigungsaufwand, der 50 000 Euro übersteigt,
>
> entstehen kann, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.
>
> [Traduzione, a cura dello scrivente] (1) Chiunque, in violazione delle disposizioni di diritto e di incarichi dell'amministrazione raccolga, trasporti, valorizzi, smaltisca rifiuti o sorvegli o controlli tali attività in ambito aziendale, in modo che possa derivarne
>
> 1. un pericolo per la vita o una lesione grave all'integrità fisica (§ 84 Abs. 1) di un altro, o comunque per la salute e la sicurezza fisica di un più ampio numero di persone,
> 2. un pericolo rilevante per specie animali e vegetali,
> 3. un peggioramento duraturo dello stato di un bacino idrico, del suolo o dell'aria, o infine
> 4. una spesa per lo smaltimento che superi i 50 000 euro,
>
> è punito con la pena della reclusione fino a due anni.

---

[36] S. REINDL-KRAUSKOPF - F. SALIMI, *Umweltstrafrecht. Eine systematische Darstellung des gerichtlichen Umweltstrafrechts*, Wien, 2013, p. 64 ss.

Il merito di una disposizione così conformata sta nella chiara indicazione di una prospettiva di tutela: al primo posto si pongono le *comunità* umane; si aggiungono successivamente anche altri beni ambientali di livello para-finale: comunità biotica, biosfera, comparti ambientali. Inoltre, è interessante notare l'inclusione di un danno economico *quantitativo*, consistente in un ammontare minimo di spesa da impiegare nello smaltimento dei rifiuti trattati illecitamente, quale soglia di punibilità. *De jure condendo*, sembra quindi auspicabile concepire una fattispecie incriminatrice, unica o "sdoppiata" in base all'elemento soggettivo, che riunisca la materia e indichi con chiarezza l'intento di prevenzione del danno sia ambientale che economico.

8. Lo stato dell'arte dell'economia circolare in Italia

Quanto premesso nei paragrafi precedenti sicuramente suggerisce un giudizio non positivo di chi scrive sullo stato dell'attuazione dei principi dell'economia circolare nel diritto italiano. Il relativo sistema di principi e di innovazioni normative, infatti, non è stato fin qui applicato in modo soddisfacente.

Il d. lgs. n. 152 del 2006, nel suo ruolo di testo unico e atto di sistema dedicato al diritto dell'ambiente, ha conosciuto, mediante il tardivo recepimento delle Direttive del 2018 da parte del d. lgs. 3 settembre 2020 n. 116, modificazioni del tutto superficiali, che si concretizzano nell'inserzione di alcuni lemmi in disposizioni sparse della Parte IV dedicata ai rifiuti.

In questo quadro complessivo già di per sé poco lusinghiero, è d'uopo formulare un'osservazione molto netta sull'aspetto penalistico della questione. Le fattispecie di reato dedicate alla gestione dei rifiuti, infatti, non sono state emendate neppur in minima misura. Tanto non è avvenuto né in relazione alle figure contravvenzionali tutt'oggi contenute nel Codice dell'ambiente, né tantomeno ha riguardato le figure di reato confluite nel Codice penale, Titolo VI-bis.

L'unico, marginale caso di modificazione dell'impianto sanzionatorio riguarda l'estesa e formalistica disposizione dell'art. 258 d. lgs. n. 152/2006, recante un illecito amministrativo punitivo posto a tutela degli obblighi informativi: il legislatore ha provveduto a una migliore puntualizzazione della condotta rimproverabile, prima esposta in termini di mancata iscrizione al Sistema di tracciamento dei rifiuti e dopo la riforma ripresentata sotto la ben più offensiva forma della mancata comunicazione.

In un simile quadro, non è quindi ancora possibile dare atto della conversione della disciplina sui rifiuti, né dell'adeguata introduzione nell'ordinamento del nuovo bene giuridico intermedio posto a protezione, congiuntamente, di beni finali come ambiente e sviluppo economico.

9. Economia circolare e Piano nazionale di ripresa e resilienza

Volendo concludere con l'individuazione di prospettive *de jure condendo* almeno sul breve periodo, sembra doveroso fare riferimento al *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (*PNRR*) e alle sue prime relazioni applicative. Si può dare conto dell'individuazione di almeno due livelli su cui il *Piano* interviene: *in primis*, le dichiarazioni d'intenti; in secondo luogo, le indicazioni operative.

Quanto al primo livello, correttamente si prende atto della necessità di *prevenire* il rifiuto, oltre che di riciclarlo. Inoltre, si dà atto di una situazione molto variabile a livello regionale. Si incorre nell'errore, tuttavia, di sovrastimare la collocazione dell'Italia nel panorama europeo: si parla di una situazione "sopra la media UE" che risulta dal 17,7% di "circolarizzazione" del rifiuto e al 49,2% di riciclo, per un totale del 66,9%. Tanto appare insufficiente in relazione a quella che è la terza economia europea, che dovrebbe guardare piuttosto al 78% complessivo della Germania – nel cui sistema economico-produttivo, si ribadisce, vi è una produzione di rifiuti consistentemente inferiore alla media europea.

Quanto alle indicazioni operative, esse sono contenute al paragrafo *M2C1*, dedicato espressamente al tema "*Economia circolare ed agricoltura sostenibile*". Ora, l'agricoltura è senz'altro uno dei settori strategici nel quale già da tempo si è ampliata l'estensione del sottoprodotto, tramite il riuso dei sottoprodotti agricoli e pratiche come la fertirrigazione[37]. Se sicuramente un ulteriore incremento della circolarizzazione dei rifiuti nel settore agricolo è apprezzabile, ancor di più lo sarebbe un'espansione delle medesime pratiche in ambito industriale.

---

[37] Cfr. L. RAMACCI, *Reati ambientali e tutela agroalimentare*, in A. GARGANI (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, Torino, 2021, p. 425 ss., in part. 431.

Alla luce delle considerazioni fin qui formulate, anche con riguardo al PNRR, sembra possibile formulare, per il futuro, una serie di auspici. In termini più ampi e generali, vi è la speranza di un costante, ulteriore sviluppo del sistema dell'economia circolare, che richiede sicuramente che la società si faccia carico di alcuni costi di breve periodo nell'ottica di un miglioramento della situazione sul medio-lungo periodo, con relativi investimenti culturali ed informativi sulla cittadinanza.

Quanto all'ordinamento italiano, l'augurio che si formula è quello di una decisa e non ulteriormente procrastinata introduzione dell'economia circolare nell'ordito della legislazione ambientale, sia amministrativa che penale, secondo le linee di sviluppo sinteticamente individuate nel presente lavoro e in quelle che, auspicabilmente, verranno enucleate nel corso di un dibattito ancora ben lungi dall'esaurirsi.

Abstract

FRANCESCO CAMPLANI, L'economia circolare nel sistema del diritto (penale) ambientale. Considerazioni introduttive e sviluppi attuali

L'economia circolare rappresenta un metodo innovativo di intendere e gestire i rifiuti. Il contributo si sofferma sugli aspetti inerenti alla sua introduzione nel sistema giuridico, in particolare nel diritto amministrativo e nel diritto penale, analizzando lo status quo di un ordinamento che ha già sperimentato il "diritto dell'economia circolare" – quello tedesco – e formulando ipotesi volte alla sua introduzione nell'ordinamento italiano.

Parole chiave: economia circolare, rifiuti, ambiente, gestione dei rifiuti, bene giuridico protetto, reati ambientali, *Kreislaufwirtschaft*.

FRANCESCO CAMPLANI, Circular Economy in the System of Environmental (Criminal) Law. Introductive Remarks and Observations

The circular economy represents an innovative method of understanding and managing garbage. The contribution focuses on the aspects inherent to its introduction into the legal system, in particular in administrative law and criminal law, analysing the current situation of a system that has already experimented with the "law of the circular economy" – the German one – and formulating hypotheses aimed at its introduction into the Italian legal system.

Key words: circular economy, garbage, environment, garbage management, legal good, environmental crime, *Kreislaufwirtschaft*.

SEZIONE APPROFONDIMENTI

ANTONIO CASCIANO
Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica
Università degli Studi di Salerno

COSCIENZA E VERITÀ. DAL REALISMO DELLA CONOSCENZA AL REALISMO GIURIDICO*

SOMMARIO: 1. La coscienza nella cultura giuridica contemporanea – 2. Tre concezioni della coscienza a confronto – 2.1. La coscienza e i suoi dati im-mediati: Henri Bergson – 2.2. La coscienza come via alla vita eterna: Jaques Maritain – 2.3. La coscienza e il senso ultimo dell'esistenza: Marta Nussbaum – 3. Coscienza e verità morali – 4. La coscienza nella modernità – 5. Coscienza ed ermeneutica dell'oggettività – 6. Coscienza dell'umana condizione di co-esistenzialità e realismo giuridico.

1. La coscienza nella cultura giuridica contemporanea

Nella riflessione che segue non sarà proposta alcuna disamina delle differenti modalità attraverso le quali gli ordinamenti giuridici hanno, nel tempo e nello spazio, positivizzato il cosiddetto *principio di laicità*. Ci si limiterà soltanto a osservare come la nuova sensibilità culturale e giuridica degli organismi nazionali e internazionali all'indomani della Seconda Guerra mondiale, puntando a realizzare una tutela immediatamente azionabile della dimensione individuale dei diritti, assunse, quale obiettivo precipuo dell'incipiente fase neo-costituzionale, la positivizzazione puntuale delle libertà fondamentali del singolo, sempre più univocamente *ancorate* al principio *pre-giuridico* del riconoscimento della *dignità inerente della persona umana*[1] e *pensate* come

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*.

[1] Il primo capoverso del Preambolo alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, così recita: «Considerato che il *riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti*, uguali ed inalienabili, *costituisce il fondamento della libertà*, della giustizia e della pace nel mondo; considerato che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di *credo* e della libertà dal timore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo; considerato che *è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche*, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione; considerato che è indispensabile promuovere lo sviluppo di rapporti amichevoli tra le Nazioni; considerato che *i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti umani fondamentali*, *nella dignità e nel valore della persona umana*, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà; considerato che gli Stati membri si sono impegnati a perseguire, in cooperazione con le

sostanziali invarianti degli ordinamenti costituzionali moderni. Questo ha progressivamente condotto, fra l'altro, alla definizione del diritto alla libertà religiosa come di un diritto *riconosciuto* all'individuo in quanto tale, senza diretto legame con la sua appartenenza all'una o all'altra confessione o comunità religiosa, immediata estensione concettuale e logico-fattuale della sua più ampia libertà in tema *coscienza*.

L'univoca ed incontestata realtà di questo dato preliminare consente di volgere l'attenzione alla descrizione della tesi che in questa sede si vuole dimostrare, quella cioè relativa al *diffuso stato di incertezza, imbarazzo, disagio, quasi, che la cultura giuridica contemporanea vive e subisce al cospetto della nozione stessa di coscienza*, per una serie complessa e articolata di concause che si vorrebbe in questa sede isolare ed esaminare. Il *nodo gordiano* da cui muovere lo sguardo, in vista della possibile disamina *eidetica* di una simile eziologia, risiede nella definizione stessa della nozione di *laicità*, qui concepita come quello spazio fondamentale di libertà che gli ordinamenti giuridici *riconoscono* ai consociati in ordine a quelle verità – morali, religiose, antropologiche – da essi credute e professate in coscienza. Questa definizione della nozione di laicità offre *in nuce* la triade concettuale a partire dalla quale sviluppare le riflessioni che seguiranno, ovvero: *coscienza*, *verità* e *diritto*. Come intendere queste unità semantiche fondamentali e quale relazione immaginare tra esse?

Iniziando proprio dalla nozione di coscienza, fa d'uopo domandarsi cosa sia la coscienza dell'uomo, e come essa vada esattamente intesa? Per rispondere a questa domanda, si prenderanno in considerazione le teorizzazioni offerte sul punto da tre grandi pensatori, ovvero, nell'ordine, da un convertito, da un credente e da un ateo, affinché la messa a punto di una possibile nozione di coscienza non appaia come direttamente dettata dall'adesione ai postulati morali di chi scrive, sia egli stesso un convertito, un credente o un ateo.

2. Tre concezioni della coscienza a confronto

2.1. La coscienza e i suoi dati im-mediati: Henri Bergson

Nazioni Unite, il rispetto e l'osservanza universale dei diritti umani e delle libertà fondamentali; considerato che una *concezione comune di questi diritti e di questa libertà* è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni; l'Assemblea Generale proclama la presente Dichiarazione Universale dei Diritti Umani». Nostri i corsivi.

Henri Bergson, nei suoi *Saggi sui dati immediati della coscienza*[2], muoveva dal teorizzare l'irriducibilità tra dimensione qualitativa e quantitativa, tra vita interiore e vita esteriore dell'essere umano. Ciò che è esterno – e che propriamente costituisce oggetto della conoscenza scientifica – si distingue per differenze quantitative appunto. Lo spazio fisico che noi abitiamo, cioè, attua, realizza, rende possibile, l'estensione degli oggetti e dunque l'esternità di ciascuno di essi rispetto a ogni altro. Gli stati che invece esistono all'interno della coscienza – pensieri, percezioni, intuizioni –, pur essendo molteplici e singolarmente irripetibili, non sono esterni in questo medesimo senso. Ciò che infatti permette e attua la molteplicità dei vissuti della coscienza, in assenza di una esternità squisitamente spaziale, è il tempo: non quello fisico però, oggetto delle misurazioni empiriche operate nell'ambito della scienza sperimentale, bensì un tempo inteso come *durata*.

Ciò consente d'intendere gli stati susseguentesi della coscienza come *qualitativamente* distinti, diversi, differenti: «*Quando seguo con gli occhi sul quadrante di un orologio il movimento della lancetta che corrisponde alle oscillazioni del pendolo, non misuro la durata, come potrebbe sembrare; mi limito a contare delle simultaneità, cosa molto diversa. Al di fuori di me, nello spazio, vi è un'unica posizione della lancetta e del pendolo, in quanto non resta nulla delle posizioni passate. Dentro di me, si svolge un processo di organizzazione o di mutua compenetrazione dei fatti di coscienza, che costituisce la vera durata. Mi rappresento ciò che io chiamo le oscillazioni passate del pendolo, nello stesso tempo in cui percepisco l'oscillazione attuale, proprio perché io duro in questo modo*»[3].

In tale concezione del tempo, inteso come durata, Bergson pensa e iscrive la libertà dell'uomo. Mentre infatti i deterministi tendono, secondo Bergson, semplicemente a dire che, una volta che un uomo ha compiuto una scelta, lo ha fatto obbedendo a una serie di circostante che contingentano e limitano fattualmente il suo agire, e dunque che in fondo si tratterebbe solo di capire *cosa* e non *chi* ha determinato quella scelta, chi invece crede nell'esistenza del libero arbitrio tende a sottolineare quello stato di indecisione, incertezza, esitazione che connotano abitualmente l'agire dell'uomo prima che questi

---

[2] H. BERGSON, *Saggio sui dati immediati della coscienza*, tr. it. a cura di F. SOSSI, Milano, 2002.
[3] *Ivi*, p. 71.

decida. Ciò proverebbe in maniera univoca come *prima* di scegliere l'individuo non abbia effettivamente ancora *scelto*: la libertà non è dunque altro che spontaneità.

Nella coscienza individuale, cioè, non esiste nulla di identico o di identicamente riproducibile e nulla di prevedibile, giacché tutto nascerebbe dall'esercizio effettivo, sovrano, imperscrutabile di una libertà, di una spontaneità singolarmente agita che declina l'operatività pratica del principio del libero arbitrio. *Questa è la concezione della coscienza come luogo di fenomeni intuibili, pensabili, percepibili, ma non descrivibili, sperimentabili, riproducibili fattualmente, perché parti di un flusso vitale che anima singolarissimamente l'interiorità di ogni uomo*.

2.2. La coscienza come via alla vita eterna: Jaques Maritain

Jaques Maritain, che fu allievo di Bergson, in un saggio intitolato *I diritti dell'uomo e la legge naturale*[4], faceva invece notare come la passività inerte della materia che esiste fuori di noi e abita lo spazio fisico in cui noi stessi esistiamo e l'usura che il tempo inesorabilmente esercita su di essa, siano condizioni di esistenza delle esternità oggettuali, le quali degradano le cose di questo mondo. Eppure, a fronte di tali inesorabilità, *le forze creatrici*, che sono proprie dello spirito/coscienza, oltre che della libertà degli esseri umani, elevano sempre di più la qualità delle energie degli stessi, e queste elevazioni vitali, di cui sono prove tangibili i perfezionamenti della tecnica, sono per loro natura "strumento dello spirito" e innervano i dinamismi di ciò che chiamiamo progresso. Questo genere di dinamismi, tuttavia presuppone la predisposizione strutturale di una serie di condizioni "esterne" al singolo individuo che rendono possibile un agire morale autenticamente libero perché obbediente ai dettami di una coscienza rettamente *in*-formata. Tali sono le condizioni scelte, poste e garantite dall'ordinamento giuridico.

Riferendosi ai diritti della persona umana come tale, Maritain enumera alcuni diritti fondamentali tra cui il diritto all'esistenza, alla libertà personale, al perseguimento della perfezione della vita umana razionale e morale e aggiunge, per quanto riguarda la libertà religiosa, trattarsi del *diritto al perseguimento della vita eterna secondo la via che la coscienza ha riconosciuta come la via tracciata da Dio direttamente*. Nell'illustrare in maniera particolareggiata i contenuti di tale diritto, osservava come il primo «*di questi*

---

[4] J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano, 1953.

diritti della persona umana è quello di andare verso il destino eterno nella strada che la sua coscienza ha riconosciuto come la strada tracciata da Dio. Di fronte a Dio e alla sua verità, essa non ha diritto di scegliere a suo gradimento una qualsiasi strada; deve scegliere il vero cammino per quanto sia in suo potere di conoscerlo. Ma di fronte allo Stato, alla comunità temporale e al potere temporale, essa è libera di scegliere la sua vita religiosa a suo rischio e pericolo; la sua libertà di coscienza è un diritto naturale inalienabile»[5]. Dunque, la persona umana, in ragione della sua dignità, trascende la società e la stessa istituzione statuale, la cui legge positiva può obbligare se e soltanto se intrinsecamente giusta e se al contempo promana da una autorità legittima.

Per conciliare il diritto positivo, nell'oggettività delle sue formulazioni esterne, sia nazionali che internazionali, con la libertà di coscienza nella sua soggettività personale, occorre fugare, secondo Maritain, i due errori, uguali ed opposti, dell'assolutismo e del relativismo: «*Da una parte l'errore degli assolutisti, che vogliono imporre la verità con la costrizione, deriva da fatto che essi trasferiscono dall'oggetto al soggetto i sentimenti che provano a buon diritto nei confronti dell'oggetto; essi pensano che, come l'errore non ha per sé diritti di sorta e deve essere bandito dallo spirito (con i mezzi dello spirito), così l'uomo quando è in errore non gode di diritti propri e deve essere bandito dal consorzio degli uomini (con i mezzi del potere umano). Dall'altra parte l'errore dei teorici che fanno del relativismo, dell'ignoranza e del dubbio, la condizione necessaria per la reciproca tolleranza deriva da fatto che essi trasferiscono dal soggetto all'oggetto i sentimenti che provano a buon diritto nei confronti del soggetto – che deve essere rispettato anche quando è in errore – e così privano l'uomo e l'intelletto umano di quell'atto, l'adesione alla verità, nel quale consistono ad un tempo la dignità dell'uomo e la sua ragione di vivere*»[6]. Non il dubbio iperbolico, radicale, sistematico, di cartesiana memoria, ma il giogo della verità rende gli uomini disponibili all'ascolto e all'accoglienza reciproca.

La democrazia dovrebbe dunque fondarsi non sul relativismo e sulla negazione della verità, ma sulla comprensione reciproca, su di una convinzione pratica comune riconosciuta come vera. *Questa è la concezione della coscienza come sede in cui abita ed*

---

[5] J. MARITAIN, *Oeuvres Complètes,* Parigi, 1984, p. 671.
[6] J. MARITAIN, *Tolleranza e verità*, in *Il Filosofo nella società*, Brescia, 1976, p. 65 ss.

opera una verità che trascende l'essere umano e che tuttavia questi può conoscere per mezzo dell'esercizio della ragione naturale e così conformarvisi.

2.3. La coscienza e il senso ultimo dell'esistenza: Marta Nussbaum

Marta Nussbaum, infine, assumeva un concetto di coscienza intesa come «*facoltà per mezzo della quale ciascuno è in grado di ricercare il senso ultimo dell'esistenza*». Tradotto in altri termini, si tratterebbe della capacità interna della ragione pratica, la quale rappresenterebbe di per sé «*un intrinseco valore, indipendentemente dal fatto che le persone ne facciano un buono o cattivo utilizzo*»[7]. Questa facoltà si identificherebbe in parte con le stesse modalità di estrinsecazione sue proprie (giudizio, ragionamento, ricerca e esperienza emozionale), in parte con l'oggetto verso essa cui essa tende, ovvero verosimilmente con questioni concernenti il senso ultimo della vita. Descrivendo in tal modo questa facoltà, veniva posto l'accento sul fatto che è la stessa *possibilità di esercizio di tale facoltà*, e non l'eventuale rilievo epistemico del suo possibile oggetto, a dover rappresentare oggetto di specifica tutela giuridica. *Questa è la nozione di coscienza intesa come capacità di ricercare* – poco importa cosa –, *capacità che ha di per sé una pregnanza assiologica e deontica indipendente dall'oggetto della ricerca stessa, e che delimita congruamente l'ambito di operatività del potere normativo statuale, così da garantire il rispetto della piena eguaglianza di ciascun essere in quanto umano*.

Mettendo insieme questi tre concezioni della coscienza, quella che ne fa la sede di fenomeni puramente qualitativi e dunque non quantificabili, calcolabili, misurabili con gli strumenti della scienza; quella che ne fa lo strumento cardine del riconoscimento della dignità personale dell'essere umano; quella, infine che rinvia al suo essere un atto puro di intenzionalità noetica e semantica valido di per sé, si ottiene la cifra, rispettivamente, dell'irriducibilità oggettiva, dell'infungibilità soggettiva, dell'inconculcabilità operativa, in una parola, della *dignità eminentemente personale* della coscienza individuale, in uno con le ragioni che fondano la necessità di una sua tutela in sede giuridica.

3. Coscienza e verità morali

---

[7] M. C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008, p. 169. Nostra la traduzione.

Le idee di coscienza, generate dagli apporti storici della ricerca filosofica, psicologica, scientifica, sono ovviamente innumerevoli, motivo per il quale non si tenterà in questa sede alcuna elencazione che abbia pretesa di esaustività. Dovrebbe tuttavia essere chiaro come solo riconoscendo la coscienza come *sede della libera azione e determinazione morale dell'uomo*, si può avere contezza dell'importanza che tale nozione riveste anche agli occhi del diritto, assurgendo anzi, proprio in questo specifico ambito, a presupposto ineludibile per l'esercizio di una serie di libertà ulteriori, parimenti fondamentali, quali, a titolo esemplificativo, la libertà di pensiero, di critica, di parola, di associazione, di voto; nessuna di queste libertà sarebbe infatti possibile o pensabile, né alcuna azione morale, frutto dell'esercizio personale e diretto di tali libertà, perseguibile, in assenza di una coscienza veramente libera e dunque in ultima analisi imputabile. *La coscienza è la sede in cui albergano le verità ultime cui fanno appello l'intelletto e la volontà di ciascun agente morale che sia in grado di determinarsi liberamente all'azione*.

Tante verità morali, dunque, quante sono le coscienze dei singoli? Parrebbe di sì e questo, peraltro, fonderebbe *in nuce* l'esigenza di laicità, di a-confessionalità, la condizione stessa di pre-moralità presupposta in ordine al moderno Stato di diritto. Eppure altro va ancora precisato, e si cercherà di farlo attingendo al pensiero di un autore da molti considerato pre-moderno, se non addirittura anti-moderno, come Tommaso d'Aquino. Proprio questi, infatti, *con accenti sorprendentemente moderni*, si spinse nella *Summa* a parlare delle molte verità che abitano il cuore dell'uomo: «*Se, dunque, parliamo della verità in quanto, secondo la propria nozione, è nell'intelletto, allora, dato che esistono molte intelligenze create, vi saranno anche molte verità; e anche in un solo e medesimo intelletto vi possono essere più verità, data la pluralità degli oggetti conosciuti*»[8]. In questo passo, parlando delle molte verità dell'intelletto umano, Tommaso non intende riferirsi alla verità in sé o alla verità delle cose così come sono in sé stesse, ma alle verità così come sono appunto nell'intelletto degli uomini, le quali, in quanto storiche, sono necessariamente figlie del tempo, dunque non *perenni*.

Qualsiasi conoscenza umana, dunque, in sé stessa considerata, sarebbe pur sempre vera, ma di una verità rigorosamente soggettiva. Perché vi sia *verità oggettiva* occorre, secondo Tommaso, che l'intelletto si lasci *misurare* dalle cose, e ciò perché ogni uomo è

---

[8] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica,* I, 16[6].

obbligato in coscienza ad accertarsi che le proprie verità soggettive abbiano anche un fondamento di validità oggettiva[9]. Per far ciò, l'uomo deve uscire dal proprio intelletto e confrontarsi con i suoi simili e con le cose, non cercando la verità in sé stesso, secondo la tradizione filosofica socratico-platonica del "*Conosci te stesso*", ma fuori di sé, a partire dalle cose appunto. E le cose non sono una materia amorfa, alla quale egli, come il demiurgo platonico, sarebbe libero di imprimere una forma concepita nella sua mente. La forma è già nelle cose che gli si offrono allo sguardo, le quali sono quello che sono indipendentemente dal fatto che l'uomo le pensi o le conosca. Esse osservano infatti determinate leggi, secondo una razionalità intrinseca alla loro stessa natura, che progressivamente penetra, per mezzo dell'osservazione, l'intelletto dell'uomo, il quale, dunque, lungi dall'essere misura delle cose, dalle cose al contrario finisce per farsi misurare[10].

4. La coscienza nella modernità

Nella filosofia moderna, invece, a cominciare da Cartesio, si è sostenuta la tesi opposta, quella fatta propria due millenni prima da Protagora: l'intelletto dell'uomo è misura di tutte le cose; Kant dirà che l'intelletto dell'uomo è legislatore su tutte le cose[11]. L'intelletto speculativo teorizzato dalla modernità è in realtà un intelletto che dà alle cose le forme autonomamente concepite dentro di sé, proprio come l'artista dà forma a ciò che personalmente produce. In questo suo gesto, però, egli non è più limitato né misurato da alcunché. *Dal suo pensiero dipende e l'essere delle cose e i modi di essere delle cose*. Il

---

[9] «*L'intelletto dell'uomo, dunque, non fonda l'essere delle cose, non dà l'essere alle cose né ha il potere di legiferare intorno all'essere delle cose, le quali ricevono quell'essere e le leggi che lo governano da Dio. L'intelletto dell'uomo scopre l'essere delle cose, toglie il velo, che è sulle cose, per vederne l'intima struttura e le leggi, che le governano. Ed è questo appunto il significato etimologico del termine greco, corrispondente al nostro termine verità. La verità era per i greci* ajlhvqeia, *cioè* dis-velamento*, atto con cui l'intelletto toglie il velo, per vedere le cose come sono in se stesse. Questo fatto della conformità dell'intelletto dell'uomo alla realtà esistente al di fuori dell'intelletto è la prima condizione del fare filosofia. Tolta questa condizione, crolla tutta la filosofia tomistica. Tolta questa condizione, non è più possibile parlare di morale oggettiva e universale*», così F. FIORENTINO, *Verità, Bellezza e Scienza. Temi di filosofia aristotelico-tomistica/3*, Napoli, 2008, p. 28.

[10] Per una teorizzazione completa e chiara in materia di metodologia dell'ermeneutica oggettiva, si veda: F. FIORENTINO, *Attualità di San Tommaso d'Aquino. Temi di filosofia aristotelico-tomistica/3*, Napoli, 2018, p. 268 ss.

[11] Scrive a questo proposito Adorno: «*Nella filosofia kantiana è fondamentale il soggetto concepito come un principio libero che dà a se stesso le sue leggi, mentre viceversa tutto ciò che sta al di fuori della sua legge libera e autonoma, dunque anche Dio e l'immortalità, è eteronomo, o dogmatico, si potrebbe dire*», in T. W. ADORNO, *Terminologia filosofica*, tr. it. a cura di A. SOLMI, vol. II, Torino, p. 496 ss.

suo pensiero è onnipotente, è *legge* alle cose, le quali saranno nel loro essere e nei loro modi così come l'uomo ha deciso che siano nel suo pensiero. L'uomo, che col dubbio iperbolico ha perso l'essere delle cose, deve necessariamente rimettersi a rifare o, meglio a ricreare il mondo. Ed è così che egli si crea il suo mondo, come Dio, e sul quale governerà come re assoluto, sciolto da qualsiasi vincolo metafisico e morale. Perciò egli non ha nessun dovere verso nessun altro essere, dovendo obbedire ai comandamenti di una coscienza che ha sé stessa come suo unico riferimento ed orientamento[12].

L'uomo moderno, l'uomo del *cogito* ha preteso fondare la sua morale sulla propria ragione ed è quanto ha fatto Kant nella *Critica della Ragion pratica*, cercando in sé i fondamenti di quella morale, che, non provenendo più dall'essere delle cose, finiva necessariamente col trasformarsi in una *morale autonoma*. E invece, «*il filosofo dell'essere non dice mai: "La verità delle cose sta solo dentro di me". Dice invece: "La verità delle cose sta prima nelle cose, dopo che le ho conosciute sta anche dentro di me". E poiché avverte di essere un essere fra tanti esseri, egli al tempo stesso si accorge che la verità non sta soltanto in lui. Non è l'unico a possedere la verità, perché la verità sta ovunque c'è essere attualmente esistente o che è stato attualmente esistente in altri tempi*»[13], o che è stato esistente in altri tempi.

Dalla verità così definita deriva anche lo statuto della morale, la quale, poiché *proviene* al soggetto dall'essere, è per definizione *eteronoma*. Perciò l'attributo dell'eteronomia, che riconosciamo alla morale, è un attributo così essenziale che una morale non eteronoma non è più morale. Eppure, oggi viviamo nell'epoca del relativismo morale, nel quale ogni coscienza pretende di essere norma a sé stessa, svincolata da ogni normatività eteronoma che trovi fuori di sé, nella natura, un vincolo teleologico di obbligatorietà che sia uno ed uguale per tutti. In particolare, è proprio la nozione onto-antropologica di "natura umana"[14] ad essere principale oggetto di attacco nel tentativo di de-costruzione dell'*anthropos* in atto. Da spirito incarnato teso al trascendente, l'uomo diviene *tabula*

---

[12] «*Quando l'essere delle cose dipende dall'intelletto dell'uomo (e dalla sua volontà, che comanda all'intelletto), accade che ciò che in un luogo è uomo, in un altro non lo sia. Esempio vivente di questa contraddizione, che trova la sua giustificazione solo nel relativismo del pensiero soggettivizzato, è la condizione storica del negro, che nello stesso tempo ma in luoghi diversi o negli stessi luoghi ma in tempi diversi, è stato contraddittoriamente uomo e non-uomo*», F. FIORENTINO, *Verità, Bellezza e Scienza, op. cit.*, p. 39.
[13] *Ivi,* p. 42.
[14] Per la concezione teleologica della natura, si veda: F. FIORENTINO, *Etica, Bioetica e Politica. Temi di filosofia aristotelico-tomistica/2*, Napoli, 2009, p. 219 ss.

rasa, senza più un orizzonte di senso escatologico[15], sganciato dal rapporto col divino, ma anche dal limite e dalla precarietà che lo caratterizza. Ciò genera un ripiegamento narcisistico e autoreferenziale dell'individuo su se stesso[16]. Si tratta di un "antropo-decentrismo" che, al fine di scostare la persona dal privilegio ontologico che le pertiene, si presta ora al "superamento dell'incarnazione", a favore di una nuova identità liquida, nomade, interspecifica, ibrida.

Ebbene, dal momento che i diritti umani, tutti, indistintamente, sono stati detti *inerenti*, nel Preambolo alla Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo, a ciò che l'uomo *è*, ovvero alla sua condizione ontologica, così definendo un ordine morale e un ordine naturale che sono pre-*politici* e pre-*giuridici*, nel momento in cui la *verità sull'uomo* viene negata dalla coscienza ormai post-umana e post-umanista, la stessa distinzione identitaria di bene e male, in uno con il senso di giustizia che l'uomo è chiamato a scovare tramite l'esercizio della ragione, in armonia con la legge morale naturale, viene posta in discussione. In altre parole, negando la verità sull'uomo, ovvero affermando che non sussiste alcuna "natura data", l'intero complesso dei diritti umani cade in un *cortocircuito insostenibile* in cui i beni fondamentali tutelati arrivano a scontrarsi con la prassi[17]. Il diritto post-moderno, insomma, distrutto ogni fondamento metafisico e staccato quindi da ogni fondamento di legittimazione superiore, sta diventando sempre più la tecno-normazione di un percorso di autopoiesi dell'uomo secondo criteri immanenti alla sua volontà di potenza[18], che porterà inesorabilmente a scenari di prevaricazione sempre possibile, al rischio sempre reale *homo homini lupus* di hobbesiana memoria.

5. Coscienza ed ermeneutica dell'oggettività

Come arrestare questo processo di autarchia/anarchia nomopoietica della coscienza post-moderna? Occorre tornare ad un sano *realismo conoscitivo,* presupposto indispensabile del *realismo giuridico,* ad una rinnovata *concezione onto-normativa della*

---

[15] Cfr. E. VOEGELIN, *La nuova scienza politica*, Roma, 1968.
[16] Cfr. T. ANATRELLA, *Il regno di Narciso. Una società a rischio a fronte di una differenza sessuale negata*, Cinisello Balsamo, 2014.
[17] «*Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire*». Così scrisse Ernst-Wolfgang Böckenförde nel 1967 nel famoso saggio *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, 2006 (tit. orig. *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation und Utopie*, 1967).
[18] Cfr. S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Milano, 1975.

datità naturale. Ammettere un'ontologia della natura, come sostrato teleologico orientante normativamente l'agire umano, non è negare la libertà della coscienza, dacché la morale naturale non contraddice la libera determinazione del singolo, essendo piuttosto la pre-*condizione* necessaria – ecco il *dovere* etico – al suo pieno dispiegamento. Infatti obbedendo all'orientamento naturale verso il bene, iscritto nella coscienza di ognuno, 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.

Una corretta concezione filosofica della persona e della libertà della sua coscienza è dunque la chiave per impostare qualunque problematica di epistemologia della scienza giuridica. Non è un caso che per il Dottore Angelico la natura umana fosse l'essenza stessa in quanto principio di operazioni, e che ordine e finalità nella natura tendessero a unificarsi nella nozione di persona umana: «*La persona umana è primitiva; non si deduce da nulla e non si può ridurre a nulla. (...) Non solo la tecnica non può trasformare o alterare l'essenza della natura umana, ma neanche può ri-produrla artificialmente: non può produrre la persona. (...). La tecnica trova nella persona umana e nella natura umana non solo l'eternamente non-trasformabile (...), ma anche l'indisponibile moralmente (...). Ora, l'area dell'indisponibilità morale è più ampia di quella dell'impossibilità ontologica a trasformare [propria della tecnica], e ciò in base a una visione dignitaria, egualitaria e non utilitaristica*»[19], o funzionalisitica, ma appunto sostanziale della persona.

E tuttavia una disamina esaustiva della nozione di persona, impone un riferimento al carattere non solo *sostanziale*, ma anche *relazionale* della stessa. La persona è per sua natura in relazione con l'essere: «*Conviene dire dunque che il nome persona non significa né meramente una sostanza, né meramente una relazione, ma una relazione sostanziale, cioè una relazione che si trova nell'intrinseco ordine dell'essere di una sostanza*»[20]. Dunque se la prospettiva ontologica ha lasciato emergere lo statuto essenziale dell'essere personale, uno sguardo fenomenologico sull'esserci dell'essere, sulla declinazione esistenziale dell'ente, rivela una sua "seconda" natura, che gli è propria al pari della

---

[19] V. POSSENTI, *Biopolitica, Biodiritto e Nichilismo tecnologico*, in *Il nuovo meridionalismo*, Anno II - n. 2/Aprile 2016, p. 30.
[20] A. ROSMINI, *Antropologia in servigio della scienza morale*, Roma, 1981, p. 516.

prima, e che esattamente come quella lo qualifica identitariamente: si tratta appunto della natura *relazionale* della persona.

Tale operazione di *riduzione fenomenologica*, di husserliana memoria, operata a partire dalle "condizioni esistenzialmente proprie dell'uomo", sembra dunque aver svelato due dati essenziali: 1) la sua strutturale *difettività*, che lo spinge ad un agire ininterrotto all'interno dello spazio-ambiente che abita, ponendolo in relazione con i suoi simili; 2) la constatazione di un *con-esserci* nel mondo, la presa di coscienza cioè della necessaria condivisione degli ambienti vitali con soggetti aventi la medesima natura, i medesimi bisogni, la medesima dignità.

6. Coscienza dell'umana condizione di co-esistenzialità e realismo giuridico

La compresenza di pretese tutte soggettivamente vere e legittime, pone il soggetto dinanzi ad un bivio: fermarsi alla pura constatazione di un simile stato di cose e lasciare che le dinamiche intersoggettive siano disciplinate in ultima analisi dalla legge del più forte; oppure ricercare forme per una possibile *coesistenza* di tali pretese, muovendo da una dimensione veritativa che funga da criterio guida[21]. Le condizioni di *com-presenza* reclamano l'adesione a modelli di condotta che rispondano ad un "dover essere", o meglio ad un "dover di essere", il dovere di uniformare le esistenze dei singoli alla verità dell'essere dell'uomo, che "esige da" e nel contempo è "tenuto a". E in questa *struttura ontologico-relazionale* dell'umano già si scorge e si comprende il senso e il fondamento tanto della *eticità*, come della *giuridicità*: la *normatività* appare cioè iscritta nella "ontologica co-esistenzialità relazionale" dell'essere umano che, aprendosi dapprima all'alterità giunge ad una auto-comprensione riflessiva del sé e, poi, trascendendo la propria onticità fattuale e concependo la propria esistenza come com-possibilità, accetta la normatività come condizione di esercizio *eteronomo* della libertà[22].

Il criterio dunque unico per giustificare la legittimità di ogni legge è data dal suo essere strutturalmente funzionale alla co-essenza, co-esistenza, co-interessenza degli esseri umani: vanno obbedite quelle leggi che garantiscono una relazionalità universalmente obbligante. Disobbedire ad un precetto così strutturalmente e funzionalmente orientato,

---

[21] Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991.
[22] *Ivi,* p. 91.

significa in ultima analisi negare la *com-possibilità co-esistenziale* che è condizione del sussistere della umanità stessa.

Fare di tale funzionalizzazione il criterio per la giustificabilità, sul piano legislativo, di ogni precetto normativo significa reinterpretare in chiave essenzialmente dinamica il *giusnaturalismo*, adeguandolo alla complessità delle odierne società del pluralismo, etico e religioso, ed operando, a partire da esse, la difficile conciliazione politico-giuridica tra la stabilità onto-normativa della natura ed i mutevoli assetti sociali in cui si svolge la co-esistenzialità dell'uomo, che non smette mai di essere ente pensante e credente, capace di *autoriflessione* e di *autocoscienza* e in quanto tale, pur sempre bisognoso di spazi esteriori di libertà che presidino i margini di operatività di quelli interiori, nei quali esercitare propriamente i suoi diuturni atti di fede, di culto, religiosi e morali: «*Ciò che conferisce dignità all'uomo* – afferma Sergio Cotta – *è ciò che lo sovra-ordina agli enti naturalistici: la capacità riflessiva di auto-comprendersi nel trascendimento della propria onticità fattuale*»[23], e di far ciò, si aggiunga, nel tempio sacro della propria coscienza, i cui spazi preferenziali di azione vanno dunque protetti e tutelati, nel loro uniformarsi ad una verità superiore che la comprende e la possiede.

[23] *Ivi*, p. 90.

Abstract

ANTONIO CASCIANO, Coscienza e verità. Dal realismo della conoscenza al realismo giuridico

La riflessione che segue ha per oggetto la definizione di laicità, intesa come spazio fondamentale di libertà che gli ordinamenti giuridici riconoscono ai consociati in ordine a quelle verità – morali, religiose, antropologiche – da essi credute e professate in coscienza. Questa nozione di laicità offre *in nuce* la triade concettuale a partire dalla quale sviluppare le successive riflessioni su coscienza, verità e diritto. Come intendere queste unità semantiche fondamentali e quale relazione immaginare tra esse? Per rispondere a questa domanda, si prenderanno in considerazione le teorizzazioni offerte sul punto da tre grandi pensatori e poi si tenterà una sintesi che muova dal considerare l'esistenza di una Verità che precede la coscienza dell'uomo e che assurge a presupposto tanto di un'ermeneutica oggettiva quanto di un realismo giuridico.

Parole chiave: coscienza, laicità, diritto positivo, diritto naturale, realismo metafisico, personalismo giuridico.

ANTONIO CASCIANO, Conscience and truth. From the realism of knowledge to juridical realism

The object of the following reflection is the definition of secularity, conceived as a fundamental space of freedom that legal systems recognize to citizens in order to those truths – moral, religious, anthropological – that they believe and profess in conscience. This notion of secularity offers *in nuce* the conceptual triad from which to develop subsequent reflections on conscience, truth and law. How should we understand these fundamental semantic units and what relationship should we imagine between them? In order to answer this question, we will consider the theorizations offered on this point by three great thinkers and then we will attempt a synthesis that starts from the consideration of the existence of a Truth that precedes man's conscience and that becomes the presupposition of both an objective hermeneutics and a juridical realism.

Key words: conscience, secularity, positive law, natural law, metaphysical realism, legal personalism

DOMENICO MENORELLO
Avvocato in Padova e Dottore di ricerca in Filosofia del Diritto
Università degli Studi di Padova

PER UN DIRITTO ANTROPOLOGICAMENTE FONDATO, DI FRONTE AL "CAMBIO D'EPOCA" *

SOMMARIO: 1. Una soluzione di continuità nell'ordinamento italiano. Premessa e sintesi – 2. Il prolungato velo italiano sul "cambio d'epoca" – 3. Il bivio antropologico: Francesco o dell'*homo religiosus* – 4. Segue: il bivio antropologico: Prometeo o della *cultura dello scarto* – 5. Un "nuovo diritto" per imporre la scelta di Prometeo – 6. Nel 2014/2015, le leggi 162 e 55 allentano i legami familiari, derubricando il matrimonio a fatto privato – 7. Nel 2016, la legge 76 "Cirinnà" pretende una modifica ontologica della famiglia – 8. Nel 2017, la legge 219 sul "biotestamento" (DAT) spezza il nesso fra "vita" e "dignità", indirizzando il SSN verso la seconda – 9. Nel 2018/2019, la Corte costituzionale ordina al Parlamento che disciplini la morte assistita – 10. Nel 2020, la de-responsabilizzazione e la de-ospedalizzazione dell'aborto – 11. Ancora nel 2020, la Camera approva il tentativo di imporre per legge l'ideologia *gender* – 12. Nel 2021, per sentenza diviene possibile la "maternità surrogata" all'estero – 13. Ancora nel 2021, la Camera spinge il Paese nell'anticamera dell'eutanasia – 14. Il "cambio d'epoca" come privilegiata occasione di presenza, nell'unità.

1. Una soluzione di continuità nell'ordinamento italiano. Premessa e sintesi

L'ordinamento italiano sembra essere entrato in quel "*cambiamento d'epoca*" svelato da Papa Francesco nel 2015[1]. A lungo in Italia era sopravvissuto un sottile tratto, apparente e superficiale, di convinzioni sociali, che – seppur sempre più stancamente e retoricamente – affermavano la vita come valore assoluto in ogni circostanza. Da qualche anno, invece, anche gli echi di queste certezze sociali sono svaniti ed è sopravanzata quella crisi in cui si trova tutta la cultura europea e occidentale, che, secondo Benedetto XVI, «*prima ancora di essere politica, degli stati e delle sue istituzioni, è una crisi dell'uomo. La crisi è innanzitutto antropologica. Un uomo che ha perso ogni riferimento di fondo, che non sa più chi è*»[2]. Di qui lo smarrimento sociale, enfatizzato dalla pandemia, nel quale trova campo l'illusione del mito di una "autodeterminazione" che si

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*.

[1] PAPA FRANCESCO, *Incontro con i rappresentanti del V convegno nazionale della Chiesa italiana*, Firenze, 10 novembre 2015.
[2] BENEDETTO XVI, *Intervista a* Il Foglio, 26 ottobre 2019.

vorrebbe assoluta, "liberata" tanto dai legami umani, percepiti come limiti negativi, quanto dalla stessa realtà, ritenuta nichilisticamente recessiva rispetto alle pretese soggettive.

In particolare, per la prima volta nella storia repubblicana, da alcuni anni la legislazione e la giurisprudenza sono diventate strumenti branditi massicciamente per spingere direttamente il popolo verso una concezione prometeica di uomo/divo, unica misura di tutto, che non riconosce responsabilità e condizionamenti, al punto da legare il valore della propria vita al successo di sé. Quando, invece, sopravvengono la fragilità, la debolezza o il fallimento, allora la vita non è più considerata "dignitosa" e le istituzioni sono piegate contro l'esistenza del singolo, fino a scartarla. Così come intuito il 5 giugno 2013 dal Pontefice, l'antropologia "*del successo*" porta con sé "*la cultura dello scarto*"[3].

Se per quasi sessant'anni di Repubblica la "politica" e la conseguente legislazione si erano tenute mediamente lontane dalla diretta pretesa di voler incidere su questioni valoriali, salva qualche significativa e profetica eccezione – la più importante delle quali è stata la legge n. 194/1978 –, almeno dal 2014/2015 vi è una costante rottura nella concezione delle leve normative e il "diritto" è divenuto esplicito strumento per "liberare" l'uomo, imponendo l'evocato modello di Prometeo. La sequenza di un simile utilizzo del diritto è impressionante: nel 2014-2015 le leggi 162 e 55 hanno reso facilissima la risoluzione del legame matrimoniale, derubricandolo a fatto privato; nel 2016 la legge 76 ha costruito modelli familiari senza legami stabili, né responsabilità verso le persone coinvolte, né apertura alla vita; nel 2017 la legge 219 ha normativamente trasformato il diritto alla vita in diritto ad una "vita dignitosa", facendo ritenere "scartabili" dal SSN quelle non ritenute tali; nel 2018 e 2019, la Consulta ha "ordinato" al Parlamento di consentire per legge il suicidio medicalmente assistito; nel 2020 il Ministero della Salute ha avviato la "privatizzazione" dell'aborto e la Camera ha licenziato il DDL Zan, con il tentativo di imporre il soggettivismo e il relativismo più esasperati propri dell'ideologia "*gender*"; nel 2021 una sentenza di marzo ha aperto una breccia per la maternità surrogata, mentre nei mesi successivi si sta procedendo a marce forzate per introdurre l'eutanasia negli ospedali italiani.

---

[3] PAPA FRANCESCO, *Udienza generale*, Roma, 5 giugno 2013.

Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà, in premessa, sulla "sopravvivenza" sociale di certezze derivanti dalla tradizione (par. 2), al fine di cogliere la "rottura antropologica" rispetto al modello sotteso alla tradizione (par. 3) per una scelta – operata soprattutto tramite il diritto – a favore di una diversa e specifica matrice ideologica individualista, sul modello del mito di Prometeo (par. 4). Quindi, ai paragrafi ancora successivi, si incederà nel tratteggiare, per cenni concreti, tale parabola antropologica insita nella produzione legislativa e giuridica degli ultimi anni (paragrafi da 5 a 13), per interrogarsi, infine, su quali questioni strutturali ponga il mutato contesto ordinamentale rispetto a una presenza pubblica dei cattolici in Italia (par. 14).

2. Il prolungato velo italiano sul "cambio d'epoca"

Come accennato in premessa, nella società italiana vi è stato un lungo periodo, trascinatosi fino a pochi anni or sono, in cui a uno sguardo superficiale potevano sembrare ancora prevalenti i riflessi di una *koiné* ampiamente condivisa, incentrata sul ritenuto valore assoluto di ogni circostanza dell'esistenza. Fra i numerosi esempi di tale dato, ne basteranno due, uno politico e uno giuridico.

Quanto al primo, significativa della sopravvivenza di "certezze sociali" cui si è fatto riferimento è l'intervista del 24 gennaio 1995 a *Famiglia Cristiana* di Massimo D'Alema, quando l'allora segretario dei DS affermava sull'eutanasia, di «*essere contrario all'arresto deliberato di una vita*» o sulla coppia gay, che essa ha diritto «*a vivere senza persecuzioni, ma non può essere una famiglia*»[4].

Ancor più precisa, poi, la sentenza del 16 dicembre 2006 della Corte d'Appello di Milano, la quale, nel respingere il ricorso di Beppino Englaro, che voleva togliere alimentazione e idratazione assistite alla figlia Eluana, motivava il diniego «*poiché la medesima Corte non ha alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra «vite degne e non degne di essere vissute»* (…) *Il bilanciamento tra il bene giuridico della vita, da un lato, e quelli della dignità e dell'autodeterminazione della persona, dall'altro lato, non può che risolversi a favore del primo*». Si tenga ben presente l'endiadi individuata dalla Corte territoriale di Milano "*vita/dignità*", che può essere assunta a cartina tornasole di convinzioni in ordine alla gerarchia fra questi due valori, gerarchia che il "cambiamento

[4] Cfr. anche L. DI MAURO, *Bioetica e famiglia. Dialogo D'Alema-Casini*, in L'Unità, del 25 gennaio 1995.

d'epoca" di lì a pochi anni rovescerà rispetto all'equilibrio individuato nel 2006, il quale, per il vero, poggiava su consolidate basi giuridiche.

Esiste infatti una chiarissima giurisprudenza della Corte Costituzionale, derivata anche dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, nonché dall'esplicito art. 2 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* e dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che ha inscritto il diritto alla vita fra i diritti inviolabili dell'uomo ai sensi dell'art. 2 della Carta Costituzionale (cfr. sentenze Corte costituzionale n. 54 del 1979, n. 223 del 1996, n. 35 del 1997)[5] ovvero fra quei diritti che «*appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*» (Corte costituzionale n. 1146 del 1988), i quali «*impongono una garanzia assoluta*» (n. 223 del 1996, citata).

Vi è di più. La sentenza della Consulta n. 218 del 1994 stabiliva addirittura che il diritto a essere oggetto di tale *garanzia assoluta* «*impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possono appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto*» alla vita sancito come valore supremo (cfr. sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n. 252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998).

Nel 1954 parlando con i ragazzi che incontrava in treno la mattina, don Luigi Giussani si accorgeva che a quella diffusa superficie cristiana nei costumi e nelle prassi italiane non corrispondeva più una reale esperienza di umanità "centuplicata" nella fede. «*Si trattava in effetti di un falso equilibrio*» – osservava profeticamente nel 1976, ripercorrendo gli inizi del suo apostolato negli anni 1950 – «*sostenuto soltanto dal rispetto formale di leggi e consuetudini in cui non si credeva più, e che quindi ben presto sarebbero state abbandonate. Si trattava dunque di un equilibrio soltanto formale: e ciò era inequivocabilmente dimostrato dal suo esito a livello educativo. Una società realmente e fecondamente in equilibrio trova infatti nella generosa disposizione all'impegno dei suoi giovani la prima misura e la prima conferma della propria forza vitale. Nell'Italia degli anni 50, invece, la stragrande maggioranza di essi restava racchiusa nel modesto perimetro di piccole speranze e di piccoli progetti, individuali in quanto all'ambito e borghesi in quanto alla formulazione*»[6].

---

[5] Sul significato antropologico dell'art. 2 della Costituzione, cfr., *ex multis*, I. CACCIAVILLANI, *L'articolo due. Partecipazione e solidarismo nella Costituzione*, Padova, 2014.
[6] R. RONZA, *Comunione e Liberazione. Intervista a Luigi Giussani*, Milano, 1976.

La secolarizzazione erodeva dunque il terreno della cultura italiana carsicamente, così che apparentemente sarebbe ancora a lungo sopravvissuta nella società italiana una qualche forma di pensiero antropologico di matrice cristiana, secondo cui la persona avrebbe dovuto ricevere sempre un giudizio di valore assoluto, rappresentandola - magari inconsciamente - aperta alla vita, il che a sua volta significava riconoscere la famiglia ancora come l'alveo sociale ed educativo primario. Il "*non possiamo non dirci cristiani*"[7] è stata, insomma, davvero una cifra a lungo dominante della società italiana.

Così, se questa superficiale *koiné* appariva ancora condivisa nella società, si può comprendere quella ulteriore diffusa implicita convinzione fra i cattolici, secondo cui l'impegno pubblico non poteva che concentrarsi sulle "conseguenze" di tali "certezze" sociali, dunque sulla "politica" *tout court* e sulle forme partitiche di organizzazione della medesima in particolare. Un impegno politico, quest'ultimo, che, per il vero, nel tempo è apparso sempre più sganciato dagli ideali, via via concentrato in misura crescente sulla gestione del potere, senza accorgersi della mutazione genetica in corso nel corpo sociale. A riprova della caduta di coscienza rispetto agli ideali che avrebbero dovuto, in generale, sorreggere un impegno pubblico, basti ricordare come si sia smarrito persino il significato della primaria categoria politica della *moderazione*, benché ad essa si siano costantemente riferiti tutti i tentativi "centristi" censibili.

L'*essere politicamente moderato*, cioè, avrebbe dovuto significare una concezione dell'utilizzo delle leve politiche sussidiario rispetto al tessuto sociale, con il conseguente esercizio di una vigile e severa attenzione, affinché il potere non assumesse pretese di diretta imposizione culturale e antropologica sul popolo, preoccupazione da cui derivava persino il simbolo dello "scudo" proprio del principale partito della prima Repubblica. Un siffatto principio "moderato" si radicava a tal punto nella cultura italiana da far dichiarare, nel 1995, persino al segretario della principale forza di sinistra (storicamente discendente da concezioni della politica di tutt'altro segno) che sulle questioni attinenti la vita e la famiglia «*i partiti e la politica debbano fare un passo indietro per lasciare il posto al primato della coscienza*»[8]. Tale accezione dell'*essere moderati* si è però via via smarrita quanto al suo significato di criterio fondante il pensiero e l'azione politici, per assumere, invece, il significato diffuso di una postura sostanzialmente timida e restia a

---

[7] BENEDETTO CROCE, *Perché non possiamo non dirci cristiani*, Bari, 1943.
[8] L. DI MAURO, cit.

una chiarezza di posizioni, sempre disponibile a qualsiasi accomodamento sui contenuti specie per ottenere o mantenere potere.

In effetti, quel *falso equilibrio* sociale intuito da don Giussani, trascinatosi per decenni nella recente storia del nostro Paese, ha probabilmente ovattato e oscurato la coscienza della grande "questione antropologica", che in ogni caso giustificava e originava anche quell'assetto giuridico e istituzionale "prudente" quale era quello mediamente in essere in Italia fino a pochi anni or sono. Tuttavia, la questione antropologica permea sempre più – come si vedrà – la legislazione e la giurisprudenza nel recente decennio sui temi della vita, della morte, della libertà, del significato della realtà, e cioè l'idea stessa di uomo verso cui, legiferando, comunque si prende posizione di fronte alla società.

Sovviene, sul punto, la chiarezza con cui l'Aquinate fornisce il significato strutturale della "norma". Per San Tommaso una *legge* «*non è che una prescrizione della ragione, in ordine al bene comune, promulgata dal soggetto alla guida della comunità*»[9].

Pertanto, la norma e il diritto non possono essere trattati come meri fattori "dati", da manipolare astrattamente e tecnicamente solo sulla base dell'esplicitarsi formale degli stessi, secondo i dogmi del pensiero giuspositivista a lungo dominante nelle Università italiane, ma vanno finalmente percepiti come segni di una qualche precisa matrice culturale, da individuare, comprendere e giudicare. Non a caso nello stesso tempo in cui Papa Francesco vedeva che «*quella che stiamo vivendo non è semplicemente un'epoca di cambiamenti, ma è un cambiamento di epoca*»[10], il Presidente dei Vescovi italiani intuiva immediatamente il passo cui erano e sono chiamati tutti, ma in particolare i cattolici: «*Mai come oggi c'è un urgente bisogno di uomini e donne che sappiano usare un linguaggio di verità, senza nascondere le difficoltà, ma indicando una strada e una meta*»[11].

3. Il bivio antropologico: Francesco o dell'*homo religiosus*

L'opzione a favore della priorità della "vita" rispetto alla ritenuta "dignità" a lungo in qualche modo perdurata nell'ordinamento italiano, sintetizzata nel 2006 dalla Corte di Appello di Milano sul caso Englaro, non era certamente casuale, ma discendeva da un preciso sguardo sull'uomo. C'è stato, infatti, un Annuncio nella storia, secondo cui

---

[9] TOMMASO D'AQUINO, *Somma teologica*, I pars, q. 90, a. 4.
[10] PAPA FRANCESCO, *Incontro con i rappresentanti del V convegno nazionale della Chiesa italiana*, cit.
[11] GUALTIERO CARD. BASSETTI, Appello pubblicato sul quotidiano Avvenire, 30 maggio 2018.

"*anche i capelli del capo*" sono contati, secondo cui ogni istante, esaltante o doloroso che sia, è segno di un destino buono di ciascuno, cosicché ogni circostanza di vita è percepita sempre come un valore assoluto. Sempre "sacra", perché tutto diviene anelito a un significato da incontrare fuori di sé. È l'*homo religiosus*[12].

In questo sguardo sull'umano, la "piccolezza", la "debolezza" e la "fragilità", quali sono i tratti propri di un nascituro, di un malato o di un anziano, sono percepiti come valore assoluto, anzi proprio simili circostanze sono occasione per una accoglienza e una cura umane particolarmente intense. «*Credo che Francesco sia l'esempio per eccellenza della cura per ciò che è debole e di una ecologia integrale, vissuta con gioia e autenticità*» – afferma Papa Francesco nell'apertura della *Laudato si'*[13] – «*In lui si riscontra fino a che punto sono inseparabili la preoccupazione per la natura, la giustizia verso i poveri, l'impegno nella società e la pace interiore. Se noi ci accostiamo alla natura e all'ambiente senza questa apertura allo stupore e alla meraviglia, se non parliamo più il linguaggio della fraternità e della bellezza nella nostra relazione con il mondo, i nostri atteggiamenti saranno quelli del dominatore, del consumatore o del mero sfruttatore delle risorse naturali, incapace di porre un limite ai suoi interessi immediati. Viceversa, se noi ci sentiamo intimamente uniti a tutto ciò che esiste, la sobrietà e la cura scaturiranno in maniera spontanea. La povertà e l'austerità di san Francesco non erano un ascetismo solamente esteriore, ma qualcosa di più radicale: una rinuncia a fare della realtà un mero oggetto di uso e di dominio*».

In questa prospettiva antropologica, la "dignità" non muta di intensità sulla base dell'esito più o meno "positivo" delle circostanze dell'esistenza, ma appartiene comunque a ogni istante di vita, come "dato" riconosciuto, qualsiasi ne sia la condizione.

Alla radice di tale proposta vi è, dunque, un'idea di uomo che ha sempre un valore assoluto, perché ogni circostanza del reale si definisce come *relazione*, come "segno", anche accettando il limite per aprirsi all'Altro da sé. "*Quid animo satis*?" si domandava Francesco d'Assisi[14], cui fa eco ancora la Laudato Sì: "*L'apertura ad un «tu» in grado di conoscere, amare e dialogare continua ad essere la grande nobiltà della persona umana. Perciò, in ordine ad un'adeguata relazione con il creato, non c'è bisogno di sminuire la*

---

[12] Cfr. J. RIES, *L'uomo religioso e la sua esperienza del sacro*. In *Opera omnia,* vol.III. Milano, 2007, p. 9.
[13] PAPA FRANCESCO, *Lettera Enciclica "Laudato si'" sulla cura della casa comune*, par. 10, Città del Vaticano, 2015.
[14] SAN FRANCESCO D'ASSISI, *I Fioretti di Francesco*, Torino, 1991, VIII.

dimensione sociale dell'essere umano e neppure la sua dimensione trascendente, la sua apertura al «Tu» divino. Infatti, non si può proporre una relazione con l'ambiente a prescindere da quella con le altre persone e con Dio"[15].

4. Segue: il bivio antropologico: Prometeo o della *cultura dello scarto*

Il cambio di passo nell'utilizzo del diritto che, come si vedrà, sta incalzando la produzione normativa degli ultimi anni, sembra voler tracciare un modello umano sensibilmente differente da quello accennato al paragrafo precedente, in quanto è una considerazione dell'umano in cui il valore assoluto di ogni istante dell'esistenza non viene più riconosciuto, perché vi sarebbero situazioni di vita "*degne*" rispetto ad altre "*indegne*", nelle quali il valore dell'esistenza diviene recessivo. La concezione antropologica del "nuovo diritto" assume tratti peculiari desumibili da un certo concetto di "*libertà*", che si risolve nell'esaltazione del mito dell'"*autodeterminazione*" di un soggetto concepito come del tutto autoreferenziale e "solo".

«*La libertà, Sancho, è il più gran dono che Dio ha fatto all'uomo*»[16]. Anche l'uomo di questo "nuovo diritto" si afferma soprattutto "*libero*". Ma pretendendo *quale libertà*? Innanzitutto, una libertà dai legami umani e dai tratti oggettivi della realtà.

«*Una ragione senza interferenze, questo è il mito della pedagogia neutrale, della educazione senza educatore*», osserva il costituzionalista Andrea Simoncini[17]. «*È evidente*» – continua – «*che la nascita di un figlio disabile (o più semplicemente di un figlio diverso da come lo vorrei) cambia la vita e ti rende, in qualche modo dipendente da lui. Questo vuol dire che non sono più libero? Il diritto e la tecnica sono diventati gli strumenti fondamentali per "tagliare" questi legami. E per questo diritto e tecnica oggi sono i baluardi della libertà moderna*», concepita essenzialmente come l'affrancarsi dalle relazioni umane e più in generale dalla dipendenza dal reale.

Quindi, per affermare una simile concezione di "*libertà*" va – come vedremo effettivamente accadere – combattuta la "*responsabilità*", cosicché devono essere sciolti i legami umani e si procede a un progressivo disconoscimento della realtà come dato oggettivo. Una così costruita idea di *libertà*, che non vuole relazioni e rifiuta

---

[15] PAPA FRANCESCO, *Lettera Enciclica "Laudato si'"* cit., par. 119.
[16] M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte della Mancia*, Milano, 2012.
[17] A. SIMONCINI, *Intervista all'Osservatore Romano*, 30 maggio 2019.

responsabilità e *oggettività* del reale, implica e conduce al modello di un "*uomo solo*". La *solitudine*, infatti, è l'altra grande cifra antropologica sottesa alla nuova legislazione. Illuminante, sul punto, Stefano Zamagni: «*Noi viviamo l'epoca della seconda secolarizzazione. La prima era comportarsi* etsi deus non daretur. *Quello di cui non si tiene conto è che oggi siamo entrati nella seconda secolarizzazione di cui però nessuno vuol parlare. Questa seconda secolarizzazione è ben resa da quest'altro aforisma: bisogna comportarsi* etsi communitas non daretur, *come se la comunità non esistesse. Quindi questa seconda secolarizzazione è figlia del cosiddetto individualismo libertario. L'individualismo c'era anche prima, all'epoca della prima secolarizzazione, ma oggi si è accasato con il libertarismo il cui slogan è v*olo ergo sum, voglio dunque sono*, sono perché voglio*»[18].

L'intuizione di Zamagni illumina anche l'ulteriore essenziale tratto dell'antropologia pretesa dal "nuovo diritto": un uomo che non riconosce il reale, né i legami con altro da sé, non può che consistere in quel che "vuole". Di qui, come anticipato, l'esaltazione della *autodeterminazione*, che sta divenendo – come si vedrà *infra* – il criterio assoluto per misurare la *dignità* stessa della vita umana. Il "nuovo diritto", cioè, pone con forza «*la correlazione fra autodeterminazione e dignità umana*»[19]. Ma se esiste solo *ciò che voglio*, allora la *dignità* dell'uomo non è più assoluta, ma lo è nella misura in cui l'*autodeterminazione* si attua. Come per Prometeo.

In sintesi: il diritto alla vita non è più assoluto, ma degrada a *diritto a una vita dignitosa*. Questa disegnata antropologia, caratterizzata da una vita *libera* nel senso di essere priva di legami, in cui l'uomo non deve *dipendere* da altro che da sé per *autodeterminarsi*, assumendo la stessa *autodeterminazione* quale unica e suprema misura di tutte le cose, conduce a ulteriori conseguenze.

La *libertà*, concepita come proiezione soggettiva che non riconosce limite a sé, diviene presto un'iperbole indefinita di "nuovi diritti", che vengono pretesi dallo Stato, e perciò ci si aspetta che «*tutti i fattori della vita siano normati e protetti dalla politica*»[20].

---

[18] S. ZAMAGNI, *Intervista all'Osservatore Romano*, 22 maggio 2019.
[19] A. MANTOVANO, *"Diritto" o "condanna" a morire per "vite inutili"*? AA.VV., a cura del Comitato Polis Pro Persona, Siena, 2019.
[20] E. FRUGANTI, *in Vite inutili?,* cit.

Tuttavia, e paradossalmente, un uomo solo, senza appartenenza, in realtà finisce per "autodeterminarsi" secondo la mentalità dominante. Le iperboli soggettive in effetti mutuano i modelli dai canoni più radicati di un atteso "successo".

Così, la dignità finisce per diventare sinonimo di *efficienza*, di capacità di essere performanti, che diviene, in questa parabola, il parametro concreto della *dignità*. Chi non "riesce" o non ha più "successo" per fallimenti, inabilità, povertà, fragilità diviene uno *scarto*. Può essere scartato. Anzi, viene indotto a desiderare di essere scartato.

L'altra faccia dello *scarto* è la reificazione della persona. Chi è debole, piccolo, bisognoso è alla mercé del più forte, del più ricco. Si dà «*in mano a chi è più forte la vita di chi è più debole*»[21], che diviene "cosa", "merce" che si compra, come – lo vedremo – accade, violentemente, con l'utero in affitto.

Il crinale su cui si posizione questa idea ridotta di uomo è efficacemente scolpito ancora nella *Laudato si'*: «*Quando l'essere umano pone sé stesso al centro, finisce per dare priorità assoluta ai suoi interessi contingenti, e tutto il resto diventa relativo. Perciò non dovrebbe meravigliare il fatto che, insieme all'onnipresenza del paradigma tecnocratico e all'adorazione del potere umano senza limiti, si sviluppi nei soggetti questo relativismo, in cui tutto diventa irrilevante se non serve ai propri interessi immediati. Vi è in questo una logica che permette di comprendere come si alimentino a vicenda diversi atteggiamenti che provocano al tempo stesso il degrado ambientale e il degrado sociale*»[22].

5. Un "nuovo diritto" per imporre la scelta di Prometeo

Con quali strumenti viene promossa l'antropologia di Prometeo, così funzionale a chi detiene le leve della moda e della mentalità dominante? Certamente con i pervasivi sistemi di comunicazione sociale, specie di nuova generazione. Ma si è capito anche il valore educativo e orientativo della norma, riscoprendo gli insegnamenti di Tommaso d'Aquino[23].

Una norma, una legge sceglie sempre qualcosa ritenuto un *bene* per tutti, cioè un *bene comune*, e condiziona l'intera comunità civile verso quello stesso *valore*. Ce lo rivela il

---

[21] M. CAMISASCA, Vescovo di Reggio Emilia-Guastalla, *Intervista a LaVerità*, 13 dicembre 2021.
[22] PAPA FRANCESCO, *Lettera Enciclica "Laudato si'"*, par. 122, cit.
[23] Cfr. nota 9.

linguaggio, che usa l'aggettivo "legale" o "lecito" come sinonimo di "positivo", di "buono". Perciò, chi vuole imporre una nuova mentalità al popolo è diventato (…) *tomista* e, con buona pace del D'Alema versione 1995[24], ha capito che la nuova antropologia può essere direttamente imposta anche usando il potere pubblico, legislativo e giudiziale.

Se per decenni è stata percepita come una anomalia, o quanto meno come una eccezione, che il Legislatore prendesse diretta posizione su temi "etici", ormai da alcuni anni si assiste costantemente a una dinamica opposta.

Sembra non reggere più quella convinzione "moderata" a lungo perdurata in Italia, secondo cui la politica avrebbe dovuto principalmente occuparsi di leve ordinamentali, sociali, fiscali ed economiche, non invadendo direttamente il campo delle convinzioni ideali, antropologiche ed esistenziali dei singoli, secondo una concezione di laicità dello Stato propria tanto del Magistero sociale della Chiesa cattolica, quanto dei princìpi della prospettiva politica liberale.

Al contrario, i player culturali "di Prometeo" stanno pesantemente utilizzando – ammoniva Simoncini[25] – il *diritto* per spezzare più facilmente i legami umani, per allentare le responsabilità e assecondare la pretesa della volontà di liberarsi dai limiti del reale, potendo arrivare a chiedere al Servizio Sanitario Nazionale di uccidere, e così affermando quel modello antropologico individualista verso cui queste iniziative legislative vogliono condurre: un uomo assoluta misura del reale, padrone della vita e della morte, che ritiene di essere libero solo se può svincolarsi da qualsiasi dipendenza, cioè tanto da qualsiasi appartenenza comunitaria ed umana, quanto – e persino – dalle circostanze stesse del vivere reale, comprese quella della malattia e della morte o della differenza sessuale.

La vita vale solo se ha successo. Se asseconda il proprio "sogno", di solito indotto dai canoni di performanza e utilità sociale. Non è sacra sempre e in qualunque condizione.

Giova, allora, proporre un sintetico *excursus* in questi ultimi anni nei quali si è consumata una soluzione di continuità nella concezione stessa dell'ordinamento italiano, per fornire esemplificativi indizi della traiettoria antropologica che, con costante continuità e pervicacia, si tenta di imporre al popolo italiano attraverso le leve della produzione legislativa e della interpretazione normativa.

---

[24] Cfr. nota 8.
[25] Cfr. nota 17.

6. Nel 2014/2015, le leggi 162 e 55 allentano i legami familiari, derubricando il matrimonio a fatto privato

La legge 6 maggio 2015 n. 55 ha rivisto i termini per ottenere il divorzio. In simili casi, prima di tale riforma per la richiesta di cessazione definitiva del legame matrimoniale le separazioni si dovevano protrarre senza interruzione per almeno tre anni dall'avvenuta comparizione dei coniugi davanti al presidente del tribunale.

Con la legge n. 55/2015 in commento, invece, per la proposizione della domanda di divorzio è sufficiente un anno nella procedura di separazione personale e appena sei mesi nel caso di separazione consensuale (cfr. art. 1). Con il "nuovo diritto", dunque, è facilitata la "liberazione" dai legami, pretendendo di imporre quella idea di "libertà" come indipendenza dal nesso con gli altri e dalle relative responsabilità.

La novella citata è stata l'immediato seguito della precedente legge 10 novembre 2014 n. 162, di conversione del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, che all'art. 6 ha anche previsto nuovi modi per la separazione coniugale.

In particolare, attraverso lo strumento della *negoziazione assistita*, la legge in parola consente ai coniugi di recarsi da un avvocato per procedere in tal senso utilizzando una procedura non giudiziale di convenzione assistita.

Eliminando la necessità di un procedimento avanti a un giudice (rimasta solo nei residuali casi di cui all'ultimo periodo del co. 2 dell'art. 6), il "nuovo diritto" ha altresì derubricato il legame matrimoniale a *fatto privato*, togliendo o smorzando l'aspetto di "*responsabilità pubblica*" del matrimonio come assunzione di impegni verso terzi (la prole) e verso la comunità civile, sul presupposto per cui la dinamica educativa dei genitori verso i figli è elemento essenziale per l'esistenza stessa di una comunità pubblica.

Nella lettera a D'Alema del 1° febbraio 1995 Carlo Casini chiedeva al *leader* post-comunista di riconoscere che esiste un "*interesse pubblico alla tutela della società naturale che suppone la diversità sessuale, il matrimonio, la fedeltà*", ritenendo che un riconoscimento di tal fatta avrebbe potuto essere ampiamente condiviso da culture diverse. Venti anni dopo, è stata invece scelta la direzione diversa. Anzi opposta.

Le leggi 164/2014 e 55/2015 hanno stabilito che deve essere prioritariamente protetta piuttosto la volontà e l'autodeterminazione dell'uomo *solo*, negando responsabilità pubbliche e disincentivando legami stabili.

7. Nel 2016, la legge 76 "Cirinnà" pretende una modifica ontologica della famiglia

La legge 20 maggio 2016 n. 76, c.d *Legge Cirinnà*, ha introdotto le *unioni civili*, ripetendo nella disciplina dell'art. 1, specie ai commi 11, 12 e 13, ampi tratti degli articoli propri del matrimonio contenuti nel Codice civile, quali, *ex multis*, l'art. 143 (diritti e doveri dei coniugi, ripreso al comma 11 della legge 76/16), l'art. 144 (indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia, parafrasato al comma 12 della "Cirinnà") e l'art. 159 (del regime patrimoniale legale tra i coniugi, mutuato al comma 13 della stessa legge 76).

Da tale "emulazione familiare", la legge 76 espunge però con precisione gli obblighi di *fedeltà* e di *collaborazione*, coessenziali invece all'art. 143 cod. civ., nonché i doveri verso i figli di cui agli art. 147 e 148 cod. civ. Dunque, con questa legge viene sostanzialmente equiparata a una "*famiglia*" (le c.d. "*famiglie*") anche una "*convivenza civile*", che, all'opposto del vincolo familiare proprio della tradizione, si caratterizza per la mancanza di un impegno a un rapporto tendenzialmente stabile e duraturo, che faccia assumere a ciascun contraente formali responsabilità nei confronti dell'altro e dei figli. Così, rispetto alla definizione di "famiglia" icasticamente scolpita da Carlo Casini nel 1995 nel passo citato al paragrafo precedente (diversità sessuale e apertura ai figli, stabilità nell'impegno matrimoniale, responsabilità verso gli altri componenti il nucleo e fedeltà) si compie una pubblica mistificazione culturale, equiparando all'istituto familiare forme di convivenza che ne sono strutturalmente differenti, benché ovviamente del tutto lecite.

Anche in questo caso il nuovo diritto *libera* dai legami, per proteggere "ciò che si vuole", ovvero una *autodeterminazione* contrapposta alla *responsabilità*. Il nuovo istituto giuridico, inoltre, tutela la convivenza tra persone dello stesso sesso: in tal modo diviene un "modello familiare" un legame per sua natura non disponibile a "nuova vita", oltre che precario e senza responsabilità verso il *partner*. Per il "nuovo diritto" il "bene" legislativamente scelto non solo rifugge dai legami e dal servizio all'altro, ma rifiuta di considerare un tratto essenziale, che la realtà oggettiva impone ai fini dell'inscindibile nesso fra famiglia e generatività quale è la diversità sessuale. Se la realtà non coincide con la proiezione dei *desiderata* soggettivi dei singoli, essa può essere negata con la *voluntas legislatoris*.

8. Nel 2017, la legge 219 sul "biotestamento" (DAT) spezza il nesso fra "vita" e "dignità", indirizzando il SSN verso la seconda

Si è già avuto modo di osservare come, attorno alle vicende italiane relative al "fine vita", la questione antropologica si fosse posta in modo plastico già dal caso di Eluana Englaro attorno alla domanda: *cos'è la dignità dell'uomo?*. Nel 2006 la Corte d'Appello di Milano capiva la portata della scelta fra la "vita" in quanto tale e la "vita dignitosa", ma – come si è visto – non dubitava che l'ordinamento attribuisse priorità e tutela alla prima.

Il 16 ottobre 2007 la Corte di Cassazione, con sentenza n. 21748, riteneva invece che la *autodeterminazione* "presunta" del paziente dovesse essere "*il*" criterio dominante rispetto al bene della "vita" e che la ritenuta *dignità* del vivere non avesse connotati oggettivi, non rappresentando più un tratto di qualsiasi circostanza dell'esistenza. Con la legge 22 dicembre 2017, n. 219 – approvata sotto la spinta massmediatica del caso di Fabiano Antoniani, il c.d. d.j. Fabo – la frattura fra questi due concetti si radica definitivamente e si stabilisce che l'ordinamento e lo Stato sono funzionali alla "vita dignitosa", non alla "vita" in sé stessa: a dieci anni dalla morte di Eluana Englaro la legge sul c.d. "biotestamento" (n. 219/17) ha dunque ribaltato il rapporto "*vita/dignità*" descritto dalla Corte d'Appello del 2006, sancendo legislativamente la mutazione del diritto alla vita nel ben più ridotto diritto a una "*vita dignitosa*"[26]. Per l'art. 1 di tale legge la "vita" e la "dignità" non coincidono più, non sono una medesima realtà. La dignità è piuttosto assimilata all'autodeterminazione.

Se il primo tratto della sottesa antropologia all'art. 1 della legge n. 219/2017 appare essere all'evidenza a matrice individualista, una seconda caratteristica dell'uomo protagonista della legge sul biotestamento è la sua "astrattezza": il reale è tenuto lontano.

Nella disciplina delle DAT, cioè, la volontà della persona cui si dà prioritario rilievo si sgancia dalla realtà, emergendo, così, come si diceva, un modello di uomo *astratto*, avulso dalle circostanze storiche che attraversa giorno dopo giorno. Rileva in tal senso l'art. 4, che introduce le "*disposizioni anticipate di trattamento*", secondo cui ogni persona maggiorenne, capace di intendere e di volere, in previsione di una eventuale

---

[26] Cfr. per una riflessione ampia sulla legge n. 219/2017, AA.VV., a cura di P. BINETTI, *Servono ancora i cattolici in politica? Testimonianze del dibattito parlamentare sul valore della vita e sul testamento biologico*", Roma, 2018.

futura incapacità di autodeterminarsi può, attraverso le D.A.T., esprimere le proprie astratte convinzioni e preferenze in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto a scelte diagnostiche o terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari, comprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali. Tali volontà sono sempre senza una "data di scadenza", vengono fissate in un momento lontano dall'evento ipotizzato e varranno indefinitamente, anche a decenni di distanza.

L'altra cifra della legge n. 219/17 è l'immagine di un "uomo solo". Il ruolo dei familiari è grandemente attenuato, come se l'evenienza di una malattia non fosse accompagnata naturalmente dal desiderio, per colui a cui succede, di una ampia condivisione con i propri cari. Similmente, nella *relazione di cura* i familiari, di cui al comma 2 dell'art. 1, sono un fattore eventuale. E rimangono *eventuali* anche nel momento difficilissimo, descritto all'art. 5, in cui il medico è obbligato a spiegare l'evolversi di una malattia. Pure la "compagnia" del medico è allontanata. Per il comma 6 dell'art. 1 il medico ora «*è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo*». In tali casi non può più curarlo. Anzi, solo se vi sarà questo *rispetto* (peraltro ordinato a volontà magari lontane nel tempo, o non chiare, o variamente interpretabili) egli sarà «*esente da responsabilità civile o penale*». Non gli è più consentito svolgere la sua vocazione: dialogare, consigliare, attendere, accompagnare chi soffre.

La persona, dunque, viene lasciata "sola". Il legislatore del dicembre 2017 – antesignano di quello che avrebbe incardinato nel 2020 e nel 2021 le proposte di legge sulla c.d. "omofobia" e sul suicidio medicalmente assistito (cfr. *infra*) – ha mutato il ruolo dello Stato e del Servizio Sanitario Nazionale di fronte a situazioni di sofferenza, di disabilità, di apparente inutilità delle persone. Decidere se il Servizio Sanitario vada finalizzato a una operosa cura anche di un malato cronico o di un disabile o, diversamente, possa rallentare o fermare la propria attività curativa a fronte di fragilità strutturali, significa scegliere la direzione stessa della sanità italiana.

Oggetto della tutela del SSN non appare più il *diritto alla vita*, bensì il non coincidente *diritto a una vita dignitosa*. Nel rapporto fra i richiamati principi di *tutela della vita* e della *dignità* prevale ora il secondo. Lo Stato – come si diceva – con la legge n. 219/2017 intende proteggere una *vita dignitosa*, non più la vita in quanto tale. Questo, dunque, lo strappo culturale e istituzionale introdotto con la normativa in commento: *vita* e *dignità*

non coincidono più e la seconda prevale sulla prima, cosicché protagonista della "legalità" è diventato un uomo "a dignità variabile", che può essere lasciato morire se è malato o se diviene poco utile rispetto ai canoni della mentalità dominante, secondo un modulo culturale efficacemente fotografato da Chantal Borgonovo, moglie di Stefano Borgonovo: «*Non siamo più capaci di accettare la vita stessa che è fatta anche di cose difficili. La malattia fa parte della vita. Come la nascita e la morte. Noi allontaniamo tutto. È tutto rapportato al successo*»[27].

9. Nel 2018/2019, la Corte costituzionale ordina al Parlamento che disciplini la morte assistita

Nell'indifferenza dei più, il passo ulteriore è arrivato, puntuale, poco dopo. Sospinto, ancora una volta, dalla giurisprudenza, che ha consentito l'inserimento nel Servizio Sanitario Nazionale della procedura medicalizzata di aiuto al suicidio, completando quel percorso di morte avviato dal caso Eluana nel 2007 e dalla legge n. 219 sul biotestamento dieci anni dopo.

Ci si riferisce all'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 dell'ottobre 2018[28], cui ha poi fatto seguito la sentenza n. 242 del 22 novembre 2019, riguardanti la conformità alla Costituzione della norma di cui all'art. 580 del cod. pen., che sanziona come reato l'aiuto al suicidio, entrambe pronunciate sulla eccezione sollevata dalla Corte di assise di Milano nel processo a carico dell'on. Marco Cappato sul già citato caso del dj Fabo. Con tale ordinanza, con modalità inedite, la Consulta "ordinava" al Parlamento di varare una legge sui temi della "procurata morte" entro il 24 settembre 2019.

In sostanza, la Corte costituzionale ha posto una questione diretta, deducendola in linea logica dalla legge sul c.d. "biotestamento": se «*la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della* (…) *recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*» e se una simile «*scelta innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte*» per le «*sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitali*», «*in tal modo, si costringe il*

---

[27] C. BORGONOVO, *intervista al mensile Tracce*, aprile 2017, p. 33.
[28] Cfr. per una riflessione sull'intervento della Corte costituzionale, AA.VV. (a cura di D. MENORELLO), *"Diritto" o "condanna" a morire per vite inutili? - Il servizio sanitario verso la "cultura dello scarto" dopo l'ordinanza 207/18 della Corte costituzionale* pro eutanasia, Siena, 2019.

paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care», cosicché «*non vi [sarebbe] ragione*» per non dare allora anche «*accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*». Così, al § 10 dell'ordinanza in commento si pretendeva allora dal Parlamento: «*una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze … anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, (…)*»[29].

La filigrana dello "scarto" appare di tutta evidenza. La vita viene curata se "dignitosa" cioè performante. La sofferenza è un aspetto del reale rispetto al quale si oscurano, "per norma", la speranza di un significato e la possibilità di un "farsi prossimo" che la accenda: all'ombra del *moloch* dell'autodeterminazione, gli ospedali devono poter "scartare" chi è nella fragilità. Appena pochi mesi dopo, come si vedrà ai paragrafi successivi, alla Camera inizierà il cammino di un disegno di legge per introdurre il suicidio medicalmente assistito: chi non è più "utile", chi è malato, debole, va lasciato solo e "aiutato" ad andarsene.

10. Nel 2020, la de-responsabilizzazione e la de-ospedalizzazione dell'aborto

Il Decreto AIFA 8 ottobre 2020 ha eliminato la prescrizione medica per le minorenni per assumere la pillola antinidatoria Ellaone, il cui conclamato effetto è anche di impedire all'ovulo fecondato di impiantarsi nell'endometrio[30]. Ora una quindicenne può andare da sola a prendere questa "pillola dei cinque giorni dopo", e non saprà se ha davvero abortito o meno. Viene in buona sostanza del tutto eliminata la responsabilità di fronte alle proprie scelte.

La medesima logica di una simile non-antropologia nichilista emerge nel Decreto del Ministero della Sanità del 12 dicembre 2020, che ha privatizzato l'aborto farmacologico. La pillola RU 486 ora si può prendere, a certe condizioni, a casa: meglio, dunque, se la

---

[29] C. cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207.
[30] Cfr. CONSIGLIO SUPERIORE DI SANITÀ, parere del 10 marzo 2015.

donna rifiuta il proprio figlio standosene fra le pareti domestiche. Come nella legge n. 219/2017 e secondo lo schema inserito nel disegno di legge sul suicidio medicalmente assistito, anche in questo caso il Servizio Sanitario si ritrae e non si prende più cura della donna che abortisce, né traspare alcun interesse per il bambino che non nascerà. La donna è lasciata sola, con il suo dramma, così nessuno lo vedrà e si potrà dimenticare più in fretta.

Il nuovo diritto compie, così, il passo più grave: eliminare una vita, togliendo ogni coscienza dell'impatto che questo gesto ha verso sé stessi e per la società. Eliminare una vita non è più percepito come un fatto che ha anche profili rilevanti per la prospettiva pubblica, secondo una seppur residuale sensibilità presente nella ospedalizzazione necessitata che la 194 prevede per ogni IVG. L'*autodeterminazione* si impone piuttosto come l'unico criterio ritenuto rilevante, che non deve trovare alcun ostacolo di fronte a sé. E il "nuovo diritto" è più propriamente il "diritto dello scarto".

11. Ancora nel 2020, la Camera approva il tentativo di imporre per legge l'ideologia *gender*

Contra omophobiam. "Contro l'omofobia" è stato lo *slogan* con cui pressoché tutti i *media* per mesi e mesi hanno enfatizzato il c.d. ddl Zan, approvato dalla Camera dei deputati il 4 novembre. Ma se solo si legge integralmente il testo arrivato al Senato (A.S. 2005), si scopre che il vero scopo di tale proposta normativa non è affatto l'omofobia: è piuttosto l'imposizione al popolo italiano della dottrina dell'«indifferenza sessuale» (*gender*) con l'arma della delazione di massa alle Procure penali per nuovi reati di opinione che soffocheranno la libertà di pensiero di tutti[31].

Il testo del ddl Zan, modificando l'art. 604 *bis* cod. pen., prevede, infatti, nuovi reati con condanne fino a un anno e mezzo di reclusione per chi «*istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*» (art. 2 comma 1 lett. b). Ma se i comportamenti discriminatori ingiusti sono già penalmente perseguiti dall'ordinamento, che cosa potrà dunque essere questa nuova *istigazione ad atti di discriminazione*? Che confini avrà una simile norma che viene parametrata a nozioni totalmente soggettive come quelle inerenti al *gender*? Il

[31] Cfr. A. MANTOVANO, *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, Siena, 2021.

reato avrà un perimetro totalmente indeterminato, del tutto interpretabile soggettivamente. Peggio: la *istigazione alla discriminazione* potrà essere ritenuta presente *dopo* un determinato fatto negativo per un soggetto, così scatenando facili processi alle intenzioni. Siamo esattamente di fronte alla persecuzione penale di chi non aderisce alla teoria *gender* dell'indifferenza sessuale e lo manifesta apertamente, perché, per ammissione degli stessi proponenti[32], tale diverso pensiero potrebbe essere percepito come istigatorio di discriminazioni verso chi pretende detta ideologia. La libertà di espressione è radicalmente minata. Vengono anche vietate, con pene fino a sei anni, la partecipazione o la gestione di *associazioni o gruppi* che abbiano fra i propri scopi l'*incitamento alla discriminazione* per «*motivi fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*» (art. 2 comma 1 lett. c).

Sarà reato persino il partecipare ad *associazioni o gruppi* che abbiano fra i propri scopi un ritenuto e non meglio precisato «*incitamento alla discriminazione*» per «*motivi fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*» (art. 2 comma 1 lett. c). Ogni critica di merito su scopi associativi potrà condurre davanti al Giudice penale: per l'entità delle pene previste, i componenti di una associazione potranno essere preventivamente destinatari di intercettazioni telefoniche, e poi l'associazione potrà venire bloccata e i suoi membri mandati in Procura, così restringendo gravemente il diritto dei cittadini di "associarsi liberamente" voluto dell'art. 18 della Costituzione.

Non risultano precedenti, nella storia repubblicana, in cui il potere pubblico abbia voluto esplicitamente scegliere e indicare con la forza e gli effetti propri di un atto legislativo una fra le varie teorie filosofiche e antropologiche presenti nella società. Così invece avviene all'art. 1 dell'A.S. 2005, ove si indugia nel definire (lett. d), che «*per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione*».

La norma assume espressamente il pensiero c.d. *gender* o della «*identificazione percepita del proprio sesso*» (anche *self-id*), che propone una visione antropologica, secondo cui il *soggettivo* prevale totalmente sull'*oggettivo* e il dato reale non ha in sé stesso alcun valore, al punto da pervenire alla teoria dell'indifferenza sessuale. Il *gender*,

---

[32] A. MANTOVANO, *Legge omofobia. Perché non va*, cit. p. 31.

in altri termini, è il pregnante terminale di quella ideologia secondo cui la realtà non ha consistenza obbiettiva, perché esisterebbe solo la volontà dell'uomo, autoreferenziale misura di tutte le cose. È una concezione, questa, che, negando la differenza nel reale, nega perciò la possibilità di una "sostanza" della realtà, e dunque sembra certamente appartenere a un campo di pensiero a matrice nichilista.

Attualmente, il *gender* è l'estrema frontiera di una concezione dell'uomo opposta alla visione religiosa. Se, cioè, il senso religioso – scolpito nel d.n.a. umano e inestirpabile dal cuore dell'uomo – ci dice che in ogni circostanza cerchiamo un Altro che ci salvi, il *gender* è invece l'epigono di una antropologia che afferma l'uomo a tal punto unica misura di sé e del reale da disconoscere anche il dato più eclatante quale la differenza sessuale. Detto altrimenti, la natura viene negata per negare la necessità di quell'Altro da sé di cui tutto il reale "parla" (e di cui la differenza sessuale è traccia oggettiva). «*Oggi*» – ha riflettuto il Card. Pietro Parolin a ridosso del dibattito in parola – «*viviamo evidentemente in una società dove il riferimento al valore infinito della vita viene sempre meno*», proprio perché viene meno il riferimento «*anche a questa apertura al trascendente*» [33]. L'ideologia che intende affermare il modello di individuo quali Prometeo o Capaneo[34], presumendo l'uomo unica misura autoreferenziale, non può dunque tollerare il linguaggio "religioso" del reale, che è una sinfonia in cui ogni cosa è breccia di una apertura al diverso da sé, come avviene persino fisicamente nell'interrelazione fra i due generi.

Sotto un ulteriore profilo, il ddl Zan divelle e sradica anche la struttura dello Stato. Se infatti il legislatore "sceglie" una specifica visione antropologica ed etica (cfr. art. 1 co. 1 lettere 'c' e 'd' A.S. 2005), allora esso mina alle radici la attuale natura di "Stato laico" della Repubblica italiana, infrangendo il nucleo essenziale dei "diritti inviolabili" di cui all'art. 2 della Costituzione, che non possono tollerare una imposizione sulle convinzioni esistenziali di ciascuna persona. Qualora lo Stato occupi quello spazio tipicamente "pre" o "meta" politico, ove alberga il diritto inviolabile del singolo di riflettere e scegliere, anche mutevolmente, il senso e il valore attribuibili alla propria esistenza, tali diritti saranno "violati", e lo Stato non si atteggerà più in senso sempre rispettoso della sfera

---

[33] CARD. PIETRO PAROLIN, Intervista a Vatican news, 28 novembre 2021.

[34] Capaneo (gr. Καπανεύς) era uno dei sette mitici eroi che mossero contro Tebe, figlio di Ipponoo **e** di Astinome (o Laodice); gigantesco e tracotante, sfidò Zeus, dal quale fu fulminato mentre cercava di scalare le mura di Tebe.

esistenziale di ciascuno, ma perderebbe, per l'appunto, il fondamentale carattere della laicità delle proprie istituzioni. Così facendo, cioè, il legislatore provoca una sorta di graduazione e di "gerarchia" delle convinzioni ideali ed esistenziali, assegnando a una sola di esse un primato, il che fa divenire necessariamente recessive le culture diverse.

Oltre all'introduzione addirittura di reati di opinione per chi affermasse una concezione della differenza sessuale diversa da quella *gender*, l'intento etico-rieducativo diviene inequivoco anche all'art. 5, ove si prevede che in caso di condanna anche solo per «*istigazione alla discriminazione*» (*alias* dissenso…) vi possano essere sanzioni accessorie quali una inspiegabile interdizione all'attività politica per tre anni, nonostante il *favor* alla partecipazione democratica dell'art. 49 Cost., nonché l'inedito obbligo di prestare servizio nelle stesse associazioni LGBT la cui filosofia non era stata condivisa.

Il medesimo tono "etico" che si vuole imprimere allo Stato nel diffondere e nell'educare la società all'ideologia nichilista "gender" connota altresì l'art. 7, che, attraverso l'introduzione della giornata nazionale dedicata alla stessa renderebbe obbligatorio, in ogni scuola di ogni ordine e grado, l'insegnamento di tale ideologia anche ai più piccoli e indifesi e ciò contro il parere dei genitori, che sono gli unici ad avere il "diritto" all'educazione dei figli, riconosciuto dall'art. 30 Cost.

Durante il dibattitto parlamentare, il Presidente emerito della Corte costituzionale, prof. Antonio Baldassarre, ha magistralmente sintetizzato questo grave effetto: «*Affermare che la distinzione tra i sessi non è un dato naturale ma è un fatto culturale, significa esprimere una convinzione che tocca i valori morali e religiosi in cui credere: questa è una libertà fondamentale*». Se le convinzioni che ritengono che esiste la distinzione tra sessi diventano passibili di incriminazione penale e quelle opposte, inerenti al *gender*, sono oggetto di indottrinamento nelle scuole, siamo certamente di fronte alla trasformazione della Repubblica italiano in uno Stato etico.

Lo Stato assume così un ruolo attivo nel condizionamento del Paese verso una specifica ideologia, eludendo palesemente «*il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero*» sancito dall'art. 21 Cost. L'esito liberticida di un "diritto" rifondato per imporre una ideologia appare innegabile.

12. Nel 2021, per sentenza diviene possibile la "maternità surrogata" all'estero

Con la maternità surrogata la mercificazione del bambino e della donna sono macroscopicamente evidenti[35], al punto che è stata definita da alcuni autori un caso di «*schiavitù contemporanea*»[36]. In tal caso, l'autodeterminazione è portata a tal punto da eliminare il rispetto per altri esser umani se essi sono funzionali a dare soddisfazione da un "desiderio" del soggetto più forte. Le caratteristiche proprie della maternità, il legame oggettivo che si stabilisce fra la madre e il figlio, le esigenze oggettive del figlio non vengono riconosciute. In questa antropologia, la realtà non esiste. C'è solo la proiezione infinita del soggettivismo del più forte.

Per questo la maternità surrogata è condannata dal Parlamento Europeo con la risoluzione del 17 dicembre 2015, in quanto «*compromette la dignità della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce*», mentre secondo la Corte costituzionale «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*» (sentenza n. 272/ 2017, confermata dalla n. 33/2021). Ai sensi dell'art.12 comma 6 della L. 40 del 2004 in Italia la maternità surrogata è considerata un reato, punibile con la pena della reclusione da tre mesi a due anni e con pena pecuniaria da 600.000 a un milione di euro. La giurisprudenza ha ritenuto il contratto di maternità surrogata nullo, perché con oggetto illecito in quanto lesivo delle norme imperative e del principio di ordine pubblico, ovvero in quanto in frode alla normativa vigente in materia di adozione.

Ma lo scenario è da poco cambiato. La sentenza delle Sezioni Unite civili della Cassazione n. 9006/2021, depositata il 31 marzo 2021, rischia di aprire surrettiziamente la strada alla maternità surrogata, e più in generale alla compravendita della maternità, del corpo della donna e del neonato.

La motivazione formalmente – e significativamente – afferma il contrario, ma nella sostanza è evidente l'assenza di strumenti utili a contrastare questi delitti ovunque commessi. In particolare, le Sezioni Unite da un lato ritengono che, a determinate condizioni, vada trascritta all'anagrafe italiana l'adozione di un bimbo nato da maternità surrogata riconosciuta in un altro Stato, cosicché contro tale breccia normativa decine e

---

[35] Cfr. S. BALDASSARRE, *Il mondo di sotto. Donne sfruttate e bambini venduti*, s.i.p., 2021.
[36] G. LA ROCCA, *La genitorialità omoaffettiva tra artt. 2 e 29 cost.: la Corte costituzionale sollecita il parlamento su questioni sensibili non solo eticamente*, www.ilcaso.it, ottobre 2021.

decine di associazioni stanno chiedendo da mesi con urgenza l'intervento del Parlamento, affinché il c.d. "utero in affitto" sia previsto come reato internazionale.

Al netto delle larghe intenzioni dichiarate dalle rappresentanze parlamentari, l'*iter* dei due disegni di legge presentati a tale scopo prosegue con lentezza: e allo stato, questa frontiera estrema dell'individualismo – col drammatico corollario di bambini scelti, all'estero, per catalogo e "donatrici" che prestano il loro corpo a pagamento – è divenuta, purtroppo, reale anche in Italia.

13. Ancora nel 2021, la Camera spinge il Paese nell'anticamera dell'eutanasia

Il 9 dicembre 2021 le Commissioni riunite II e XII della Camera hanno licenziato per l'Aula il testo c.d. Bazoli (AC 2 e altri), contenente "*disposizioni di morte volontaria medicalmente assistita*". L'iniziativa viene rappresentata come necessario seguito alla sentenza n. 242/2019 C. cost., ma nulla formalmente impedisce di far seguire a tale sentenza una differente disciplina dell'art. 580 cod. pen. Non è tutto. Il testo proposto dalle Commissioni non è affatto la trasposizione in norma del pensiero della Consulta, ma ne dilata ulteriormente le già larghe maglie di essa, e comunque le supera ampiamente.

Si tratta di una proposta che ha in premessa la tutela della vita se "dignitosa", poiché quando essa ha di fronte una malattia soggettivamente ritenuta insopportabile, si reputa che si debba lasciar spazio a una "autodeterminazione" solitaria e senza speranza[37] precettando il Servizio Sanitario Nazionale di procurare la morte. «*Se il testo di legge trovasse accoglimento nelle aule parlamentari*» – osserva Alberto Gambino[38] – «*si giungerebbe ad un* vulnus *costituzionale* (…) *Ne sarebbe conseguenza il ribaltamento della missione istituzionale del SSN che è rivolta «alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio (art. 1, legge 833/78). Le conseguenze sarebbero pesantissime sia in termini culturali che sociali. Un coinvolgimento delle strutture sanitarie – dove per definizione si cura e si somministrano terapie e non farmaci letali –*

[37] Per una ampia disamina del testo, A. MANTOVANO (a cura di), *Eutanasia: le ragioni del NO*, Siena, novembre 2021.
[38] A. GAMBINO, *Ddl suicidio assistito: disattende le indicazioni della Consulta e può spingere i malati più fragili verso il baratro di scelte drammatiche*, Agensir, 13 dicembre 2021.

aprirebbe a veri e propri protocolli e prassi mediche di enorme impatto sulla percezione collettiva del ruolo della sanità e ne finirebbero per fare le spese proprio i pazienti più soli e fragili che, avendo anche tale possibilità esiziale, comporrebbero il campione più ricettivo della nuova prospettiva eutanasica. Anche perché, in un'ottica cinica e inconfessabile ma drammaticamente realistica, libererebbero posti letto e risorse economiche».

Dal tenore del testo Bazoli, persino situazioni colpite da una assai diffusa "condizione clinica irreversibile", come malati cronici o spastici o disabili, possono trovare un SSN disponibili ad ucciderli. Diventa dunque dominante la *cultura dello scarto*, perché, «*al fondo del tema eutanasico si staglia la grande questione antropologica* contem*poranea e la crescente imposizione per legge di postulati nichilistici, sotto la patina dei luoghi comuni del* politically correct. *La vita, soprattutto nella fragilità che prima o poi ciascuno manifesta anzitutto a sé stesso, è deprivata di valore assoluto: "i limiti" che la realtà impone non vengono letti come "*la possibilità di uno sviluppo umano e sociale più fecondo*", come emerge quando gli uomini hanno "*cura per ciò che è debole*": il rifiuto dello sguardo sull'umano e sulla sua intrinseca limitatezza viene accompagnato dall'affermazione del dogma derivante dal "*sogno prometeico di dominio sul mondo che ha provocato l'impressione che la cura*" del reale e dei più fragili "*sia cosa da deboli*"*[39]. *L'uomo vale se permane nel cono di tale* sogno*, se performa e ha successo e non ha bisogno di essere aiutato e curato, cioè amato. Se al contrario non può più* affermarsi *sul reale, se addirittura dipende eccessivamente da altro da sé, la sua vita non è* degna *e un nuovo* Stato etico *si attiva per porre fine a essa. Come la legge n. 219/2017, anche il t.u. Bazoli e la prospettiva referendaria tesa a permettere l'omicidio del consenziente vanno colte in un tale contesto in senso lato culturale, le cui declinazioni giuridiche puntano a diventare esponenziali ripetitori sociali*»[40].

14. Il "cambio d'epoca" come privilegiata occasione di presenza, nell'unità

Di fronte a scenari tanto nuovi rispetto anche al recente passato, in cui la società ha perduto le certezze che apparivano scontate fino a pochi anni fa e in cui ogni legame con

---

[39] PAPA FRANCESCO, *Laudato si'*, cit., par. 116.
[40] A. MANTOVANO, *idem*, p. 20.

l'antropologia cristiana sembra improvvisamente perduto e remoto, mentre ne sopravanza una diversa usando soprattutto le leve normative, giudiziarie e legislative, lo schema di gioco dei cristiani sensibili a un impegno pubblico sembra non aver cambiato passo. Anzi, forse per una incosciente inerzia, da dieci anni e più assistiamo a ogni più vario tentativo per riproporre una qualche forma di presenza "nel secolo", attraverso il solito modulo di ricostituzione di forme partitiche, sviluppando sforzi meramente organizzativi con pochissima attenzione ai contenuti. Il risultato è purtroppo una frammentazione che ha disperso il campo politico di micropartitini e sigle di ogni genere, capaci di raggranellare consensi che a poco servono se non a certificare l'irrilevanza.

In tale dispersione si è addirittura smarrito il significato principe di quella che, nel linguaggio, è rimasta la ritenuta nota comune di tutti i tentativi di riorganizzazione partitica, cioè quel considerarsi "moderati", che ha finito per apparire come sinonimo di una sorta di atarassica indifferenza a contenuti valoriali. Se, invece, il concetto di "moderazione" fosse stato correttamente abbinato alla ritenuta necessità che la politica non debba usare il potere per imporre modelli esistenziali e antropologici alla società, come accadde e accade per i regimi totalitari o per attuare pretese etiche sulla vita dei singoli, i politici "cristiani" avrebbero almeno dovuto insorgere nei confronti di un utilizzo delle leve normative con il diretto proposito di modificare le convinzioni ideali presenti nel popolo. Ma di questa "insurrezione" si sono viste tracce assai scarne.

È difficile negare l'urgenza di un passo diverso nel concepire l'impegno pubblico dei cattolici, che non può continuare a replicare schemi in uso prima della caduta di ogni simulacro di una comune *koiné* sociale. Nella "precedente epoca" il perdurare esterno di una (apparente) condivisione diffusa di un giudizio sul valore della vita dell'uomo induceva molti a considerare l'organizzazione in forme-partito la sola strada per una presenza pubblica dei cristiani nella società italiana. Ma la rottura anche dell'ultimo velo antropologico socialmente diffuso, nonché il prepotente uso del potere e delle leve legislative e giuridiche per condizionare la società italiana verso una antropologia dello scarto, chiama a sfide nuove e impone la ricerca di un metodo adeguato al mutato assetto socio-politico.

Il fatto e l'incontro cristiano hanno bisogno di una persona che attenda il "centuplo quaggiù e la vita eterna", mendicando una Compagnia che venga a salvarci. Se il nostro cuore arde per quella Presenza che si è chinata su di noi, può forse non addolorarci

l'azione menzognera con cui, sempre più prepotentemente, viene negata la natura religiosa della nostra umanità? Orientare il popolo con la forza del potere legislativo verso una concezione di uomo che si assume misura onnipotente del reale significa voler sia mistificare la verità della natura umana, che è ontologicamente segnata dal senso religioso, sia, con ciò, aumentare gli ostacoli per l'incontro con il Divino.

In un siffatto contesto, i cattolici sono chiamati innanzitutto a un giudizio pubblico che spieghi e renda chiara la sfida antropologica che è stata lanciata nell'ultimo decennio anche attraverso le leve della politica, della legislazione e del diritto. In tal senso, la prima urgenza, per l'intera società italiana, appare proprio che si comprenda e qualcuno dica pubblicamente – "sui tetti" come invita il Vangelo (Mt. 10,27) – quale nuova idea di uomo sia contenuta e promossa attraverso continue e incalzanti riforme legislative e giurisprudenziali, anche al fine di impedire che questa massiccia operazione di utilizzo del potere per scopi ideologici avvenga inconsapevolmente, coperta dalla retorica di *slogan* spesso del tutto fuorvianti rispetto alla vera posta in gioco.

«*Io credo*» – sono ancora le parole del Card Parolin – «*che i cristiani debbano insistere su quella che è la visione antropologica della fede, che viene dal Vangelo, che è condizione della salvaguardia della dignità di ogni persona, perché se noi difendiamo questi valori non è tanto per il gusto di difenderli in sé stessi, ma perché siamo convinti che siano condizione indispensabile per difendere, promuovere, tutelare e sviluppare la dignità concreta di ogni persona. Io insisto su questo: non la persona astratta, ma una persona concreta*»[41].

Peraltro, un giudizio antropologico pubblico diviene ancor più impellente nel contesto della pandemia, che ha messo a nudo la falsità del finto mito dell'autodeterminazione. Infatti, il tentativo – ancora una volta – di nascondere la realtà con l'ottimismo della propaganda dell'*andrà tutto bene* ha lasciato presto il passo alla *paura*. «*La circostanza inattesa della pandemia, che si sta prolungando più di ciò che immaginavamo, con tutte le sue pesanti conseguenze sanitarie, sociali, psicologiche e spirituali, mette allo scoperto la terribile fragilità di una certa visione dell'esistenza, tutta schiacciata sull'immediato, sul consumo, sull'accumulo di beni e il godimento di emozioni ed esperienze. È un momento in cui tornano a farsi largo le domande inestirpabili dell'uomo sul senso della*

[41] CARD. PIETRO PAROLIN, cit.

vita e della morte, sul significato dell'umano soffrire, su ciò che veramente vale e ha consistenza: chi è leale con la propria esperienza, riconosce l'evidenza del limite che ci costituisce come esseri umani – non siamo padroni della vita, né propria, né altrui – e al tempo stesso la forza inesauribile di un desiderio di vita, di pienezza, di positività che nulla riesce a cancellare»[42].

Le parole del Vescovo di Pavia riecheggiano e confermano l'intuizione di Papa Francesco quando, all'inizio del contagio, accogliendo il dolore di tutta la terra schiacciata dalla pandemia da Covid19, ha avuto il coraggio di chiamare la storia e il mondo intero a prendere coscienza che gli *standard* divenuti mentalità dominante e dilagante non sono affatto gli unici possibili, ma dipendono da scelte precise sul senso dell'umano. Parlando, solo, dal sagrato vuoto di piazza San Pietro, sotto la pioggia del 27 marzo 2020 – chi lo può dimenticare! –, collegato con un mondo mendicante di aiuto e di significato, le parole del Pontefice sono state una lama per ciascuno e per la società in quanto tale: «*La tempesta smaschera la nostra vulnerabilità e lascia scoperte quelle false e superflue sicurezze con cui abbiamo costruito le nostre agende, i nostri progetti, le nostre abitudini e priorità. Ci dimostra come abbiamo lasciato addormentato e abbandonato ciò che alimenta, sostiene e dà forza alla nostra vita e alla nostra comunità. La tempesta pone allo scoperto tutti i propositi di "imballare" e dimenticare ciò che ha nutrito l'anima dei nostri popoli; tutti quei tentativi di anestetizzare con abitudini apparentemente "salvatrici", incapaci di fare appello alle nostre radici e di evocare la memoria dei nostri anziani, privandoci così dell'immunità necessaria per far fronte all'avversità. Con la tempesta, è caduto il trucco di quegli stereotipi con cui mascheravamo i nostri "ego" sempre preoccupati della propria immagine*»[43].

Stiamo dunque vivendo un periodo storico che lascia intravvedere possibilità inaspettate per una ripartenza dell'umano. Come dimostrano le domande ultime che la pandemia sta acutizzando, il nichilismo dominante sembra offrire un paradosso, che lo supera. È uno spiraglio di speranza su cui invita a riflettere uno dei filosofi contemporanei più attenti come Costantino Esposito. Il pensatore barese da un lato ritiene che «*nel nostro tempo il nichilismo sembra aver completamente vinto*», ma dall'altro, con accenti davvero

---

[42] C. SANGUINETTI, Vescovo di Pavia, *Omelia nella solennità del Santo Patrono*, 9 dicembre 2021.
[43] PAPA FRANCESCO, Momento straordinario di preghiera in tempo di epidemia, Piazza San Pietro, 27 marzo 2020.

intriganti, invita ad *osservare meglio la scena*, sembrandogli che «*proprio in questi ultimi anni il nichilismo fosse tornato ad essere una questione aperta, perché le domande che esso, grazie alla sua critica degli idoli, aveva dichiarato ormai impossibili – come la domanda sul senso ultimo di sé e della realtà, sulla verità dell'io e della storia, sul nostro rapporto con l'infinito ecc.– tornano ad essere possibili, ragionevoli, brucianti*». «*Paradossalmente*» – prosegue – «*oggi il nichilismo non sembra più consistere – come nella sua forma classica – in una perdita di valori e di ideali, ma piuttosto nell'emergere di un bisogno irriducibile. Ci sono meno protezioni ideologiche: il bisogno è più nudo e quindi molto più impegnativo. Non ha più copertura: perciò il nichilismo del nostro tempo può essere paradossalmente una* chance *per la ricerca di un significato vero per la nostra esperienza nel mondo*»[44].

Non è affatto una visione immaginifica l'*intuizione* di Esposito. Ma una lettura della realtà sociale acuta e adeguata, che fa sovvenire immediatamente alla memoria molti esempi dello stesso segno. Come quando, nel 2017, in quella clinica svizzera dove Fabiano (il "dj Fabo") aveva scritto di aver scelto la morte perché la «*vita non ha più senso*» e non gli sembrava più *degna*, ma la sua compagna, qualche ora prima del suo "suicidio assistito", aveva lanciato un *tweet* che ancora strappa l'anima, nel quale confessava di sperare che quell'ultima notte con Fabiano non passasse mai! Quanto è potente il grido di infinito, di compagnia eterna, perché anche quando lo si rifiuta riemerga prepotente, acuto, umano! Similmente, durante le votazioni della legge sul biotestamento alcuni cristiani hanno potuto offrire a tutti, anche ai tanti deputati che stavano per votare la breccia verso l'eutanasia, la speranza di quel *bisogno irriducibile* scorto dal filosofo Esposito, affermando dagli scranni di Montecitorio che «*Il desiderio di significato, la domanda di verità, di bellezza, di giustizia che albergano e si accendono nel cuore di ogni uomo, anche e soprattutto nel dolore, sono il* proprium *dell'umano, ciò che lo rende grande, ciò che fa ritenere ugualmente "dignitosi" un sovrano e un mendicante, un olimpionico e un disabile*»[45].

Ecco, dunque, una ulteriore ragione perché i cattolici *cambino epoca* nell'impegno pubblico. Il desiderio di capire per sé quale pretesa ridotta sulla concezione dell'essere umano venga sviluppata negli ultimi anni con un nuovo utilizzo delle decisioni politiche

---

[44] C. ESPOSITO, *Il nichilismo del nostro tempo. Una cronaca*, Roma, 2021.
[45] In AA.VV., (a cura di P. BINETTI), *Servono ancora i cattolici in politica?*, cit.

e della produzione normativa va, come raccomanda il Vangelo, portato *sui tetti* non solo perché tutti possano accorgersene, ma anche per riaccendere e incontrare quella misteriosa "irriducibilità" dell'umano che non viene mai meno e che sembra in questo tempo addirittura ridestata dal dramma della pandemia.

Forse proprio e soprattutto noi, che osiamo dirci "cattolici", siamo chiamati a dire a noi stessi e a ogni uomo che è non più rinviabile – specie nella prova della pandemia – il momento del giudizio sull'antropologia. Nelle norme imposte dal *politically correct*, quale idea di "uomo" è inconsciamente contenuta e pubblicamente proposta o, meglio, imposta? Un uomo "sacro", vocato al Mistero, al Destino, dunque assoluto e "sacro" in ogni suo istante, in ogni sua circostanza, anche e soprattutto se fragile, malata, fallita, debole, in crisi? O un "uomo" ridotto, a valore variabile, degno di attenzione solo se funzionale al sistema economico, performante secondo i parametri della mentalità dominante?

Ma quale delle due prospettive corrisponde di più al cuore di ognuno? Dobbiamo porre questa domanda a tutti, pubblicamente! Politicamente. Anche se siamo costretti a dire: "pre-politicamente", perché non si fraintenda il termine "politica" come mera organizzazione del potere, cifra predominante della politica e, purtroppo, anche dei "centristi" degli ultimi decenni!

In qualche modo soprattutto i cattolici sembrano chiamati, nelle attuali circostanze, a illuminare la scena sociale, facendo vedere di quale portata sia la sfida per tutti. E per affrontare l'antropologia triste, tragica, pretesa dall'individualismo del "nuovo diritto dello scarto" non serve una "morale". Men che meno un moralismo, ancora più grigio. Ma una bellezza umana, che commuove il cuore e dilata l'intelligenza. Quella bellezza che molti di noi possono vedere e incontrare in tanti luoghi in cui l'umano è sempre accolto con uno sguardo che corrisponde più pienamente all'umano. «*Credo*» – osserva acutamente il Card. Parolin – «*che oggi ci sia molta necessità di essere capaci di infondere speranza, ma di farlo in una maniera abbastanza concreta, non soltanto con degli appelli generici alla speranza, che lasciano un po' il tempo che trovano, ma dare piste concrete, operative, in cui si possano realizzare cammini e sentieri di speranza*»[46].

---

[46] CARD. PIETRO PAROLIN, cit.

Una simile sfida, di *realizzare cammini di speranza*, cui l'attualità sociopolitica ci chiama non può essere vissuta ciascuno per proprio conto. Non possiamo, infatti, non avvertire innanzitutto lo struggimento *ut unum sint* anche nella dimensione pubblica. Né possiamo peccare a tal punto di realismo da non riconoscere che solo una coralità, una "sinodalità" nell'indicare concretamente e motivatamente "dove" passi il tentativo di piegare la società italiana a una concezione dello *scarto* può attirare l'attenzione dei decisori e dei player culturali e politici italiani. E se i mille sforzi "partitico-organizzativi" si sono risolti in una ulteriore diaspora, possiamo forse cambiare passo soprattutto inventando e ricostruendo diversi luoghi pre-politici, in cui aiutarci a condividere primariamente un giudizio antropologico, illuminato nelle ragioni dalla fede, ragioni che sappiano ridire contenuti chiari, sappiano svelare e spiegare quale idea ridotta di uomo forgi tante norme e sentenze, per proporre di nuovo a noi stessi e a tutti quella "speranza" evocata dal Segretario di Stato di un uomo sempre sacro, sempre assoluto, e nella fragilità ugualmente "*utile al mondo*", come annunciava Madre Teresa.

«*Nelle attuali circostanze è assolutamente necessario che* (…) *sia rafforzata la forma di apostolato associata e organizzata, poiché solo la stretta unione delle forze è in grado di raggiungere pienamente tutte le finalità dell'apostolato odierno e di difenderne validamente i frutti. In questo campo è cosa particolarmente importante che l'apostolato incida anche sulla mentalità generale e sulle condizioni sociali di coloro ai quali si rivolge; altrimenti i laici saranno spesso impari a sostenere la pressione sia della pubblica opinione sia delle istituzioni*» (Paolo VI, *Apostolicam Actuositatem*, 1965).

Paolo VI ha dunque profeticamente intuito uno spazio non ancora convintamente esplorato, quello di un laicato che, associandosi, "*incida sulla mentalità generale*" con la forza e la bellezza della ragione. Noi cristiani potremo essere "nel mondo" durante e dopo la pandemia, se ritroveremo gusto nel cercare fra noi una comunione nella fede, che sappia generare luoghi tentativamente unitari anche nel pre-politico per condividere giudizi, ragioni e intelligenza che si accorgano della pretesa di piegare la nostra speranza a un orizzonte antropologico ridotto e che sappiano dialogare con tutti sulla maggior ragionevolezza dello sguardo sull'umano che abbiamo incontrato nel fatto cristiano.

Si apre, allora, specie durante la pandemia, una dimensione inedita e di grande fascino che può riaccendere nella società italiana, pubblicamente, un dialogo con tutti, di matrice pre-politico perché autenticamente "politico" sulla grande questione antropologica che

urge proprio “nella” politica. È una sfida cui si può rispondere - è bene insistere - solo assieme, tentando una unità fra i cattolici sul giudizio e sugli ideali, che non occorre avere fretta di mortificare in schemi organizzativi di un’epoca che non c’è più, nemmeno per noi.

Vi è una tensione in una parte del laicato cristiano, che desidera un lavoro condiviso e unitario di “ragioni” per giungere a cogliere, se possibile, la filigrana di quella antropologia dello scarto, che afferma Prometeo come modello, in questo modo potendo al tempo stesso anche riscoprire e ristupirsi di quella diversa possibilità di pensare l’uomo come Francesco d’Assisi, per cui, invece, ogni circostanza del reale – felice o sofferente, forte o fragile – ha un valore perché segno di un destino buono. È una sfida della “ragione”, in quanto tale desiderosa di un confronto senza confini! Certi che l’umanità svelata dalla fede in Gesù corrisponde maggiormente alle attese del cuore e della intelligenza di ogni uomo, che sempre domanda un senso per qualsiasi cosa incontri o accada. «*Sotto l’azzurro fitto / del cielo qualche uccello di mare se ne va; / né sosta mai: perché tutte le immagini portano scritto: / “più in là”!* (*Maestrale*, in *Ossi di Seppia*, 1925)». L’intuizione di Montale dimostra, dunque, la bontà della profezia di Paolo VI, perché la ragione illuminata dalla fede e la ragione propria di ogni uomo di fronte al reale coincidono e, proprio in questo tempo senza certezze pre-definite, possono – forse più di prima – parlare lo stesso linguaggio del cuore.

Abstract

DOMENICO MENORELLO, Per un diritto antropologicamente fondato, di fronte al "cambio d'epoca"

La società italiana è nel mezzo di quel "cambiamento d'epoca" svelato da Papa Francesco nel 2015. A lungo in Italia era sopravvissuto un sottile tratto, apparente e superficiale, di convinzioni sociali, che – se pur sempre più stancamente e retoricamente – affermavano la vita come valore assoluto in ogni circostanza.
Da qualche anno, invece, anche gli echi di queste certezze sociali sono svaniti, per lasciare il passo allo smarrimento, enfatizzato dalla pandemia, nel quale trova campo l'illusione del mito di una "autodeterminazione" che si vorrebbe assoluta, "liberata" tanto dai legami umani, percepiti come limiti negativi, quanto dalla stessa realtà, ritenuta nichilisticamente recessiva rispetto alle pretese soggettive. Per la prima volta nella storia repubblicana, la legislazione e la giurisprudenza sono diventate strumenti massicciamente branditi per spingere direttamente il popolo verso una concezione prometeica di uomo/divo, unica misura di tutto, che non riconosce responsabilità e condizionamenti, al punto da legare il valore della propria vita al successo di sé.
La sequenza di un simile utilizzo del diritto è impressionante e nel mutato contesto socio-politico, dominato dalla rottura anche dell'ultimo velo di certezze socialmente accettate, si avverte l'urgenza di un passo diverso per l'impegno pubblico dei cattolici, che non può continuare a replicare schemi in uso prima della definitiva caduta di una comune *koiné* sociale.

Parole chiave: cambio d'epoca, bivio antropologico, diritto e pretese ideologiche, ragioni e dialogo pubblico, mission prepolitica dei cattolici.

DOMENICO MENORELLO, For a right anthropologically based right, in front of the "change of the period"

The Italian human society is in the midst of that "epochal change" as unveiled by Pope Francis in 2015.
In Italy, life has been affirmed – and for a long time – as an absolute value whatever the circumstances, albeit in recent times this concept has been more of a thin thread, apparent and superficial, of social convictions increasingly tired and rhetorical.
But in recent years even the echoes of this social certainty have vanished in order to give way to a bewilderment, emphasized by the pandemic, in which there's room for the illusion of the myth of "self-determination".
A "self-determination" thought as absolute, "freed" from the natural human ties here perceived not just as negative borders, but also as far from the reality itself, considered nihilistically recessive in front of the single individual's claims.
For the first time in our republican history, both hard and soft laws have become tools massively and directly wielded to push people towards a conception of the man as Prometheus: a self centered star, the only measure of everything, a divinity which does not recognize responsibilities and conditioning, up to the point of binding the value of one's life to self success.
The sequence of such use of the law is impressive and in this changed socio-political environment, dominated by the breaking of even the last veil of socially accepted

certainties, there is the urgent need for a different approach to the public commitment of Catholics, which can not continue to replicate patterns in use before the definitive fall of the above common social "*koiné*".

Key words: change of epoch, anthropological crossroads, law and ideological claims, reasons and public dialogue, pre-political mission of Catholics.

ENZO MARANGIONE
Docente di Filosofia di scuola media superiore a riposo

FRATERNITÀ CRISTIANA E FRATELLANZA UNIVERSALE. A MARGINE DELLA ENCICLICA *FRATELLI TUTTI* *

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Lo sviluppo del concetto di fraternità nell'antico e nel nuovo testamento – 3. Il concetto illuministico e marxista di *fratellanza* – 4. Ebraismo e islamismo: fratellanza universale e nuova ermeneutica – 5. Edgar Morin: *La Fraternità, perché?* – 6. L'Enciclica *Fratelli tutti* e alcune reazioni critiche del mondo laico e religioso – 7. Considerazioni finali.

1. Introduzione

Il tema della fratellanza universale, come valore fondante la convivenza umana, è stato posto di recente all'attenzione del mondo intero da Papa Francesco con l'Enciclica *Fratelli tutti*, che a sua volta riprende il tema del documento firmato nel 2019 ad Abu Dhabi con il Grande Iman di Al Azhar. Ampi consensi del mondo laico e religioso non sono mancati, ma in alcuni casi la lettura dell'Enciclica è stata riduttiva e superficiale, se non capziosa, sconfinando perfino nell'accusa a Francesco di relativismo religioso, di proposta irrealistica, di utopia antimoderna.

La finalità del presente lavoro non è quello di scendere nell'agone delle polemiche, quasi sempre sterili e senza prospettive, o di commentare *Fratelli tutti,* ma di approfondire un tema, che percorre i sentieri della storia, e di confermare o meno la possibilità di approdare ad un *éthos* di *fratellanza universale*, che possa conciliare i differenti punti di vista iniziali con obiettivi comuni, salvaguardando la propria identità.

Nell'accezione comune il termine *fratellanza* indica un sentimento duraturo reciproco d'affetto secondo un vincolo di sangue. Per estensione indica anche quel sentimento di solidarietà che lega le persone tra loro come "*fratelli*" quando sono accomunati dagli stessi ideali e scopi.

Sebbene i due termini vengano usati comunemente in senso univoco, c'è *distinzione concettuale* tra il termine *fratellanza* nell'accezione propria delle concezioni filosofiche e scientifiche, affermatesi storicamente, e che fondano l'ideale del mutuo aiuto sul concetto di natura e di ambiente, e quello di *fraternità*, che le religioni monoteistiche

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

ascrivono a tutti coloro che riconoscono la paternità di Dio. L'idea di fratellanza, che ha trovato nell'illuminismo la sua maggiore connotazione, richiama un vincolo umano che viene dal basso, mentre la fraternità predicata dalle religioni monoteistiche viene dall'alto ed è il riconoscimento di un legame che ha il suo fondamento nella comune origine divina.

Un interrogativo di fondo sorge allorché si invoca la fratellanza universale: come sia possibile conciliare la "chiusura" di tutti coloro che condividono le stesse concezioni religiose, filosofiche o scientifiche con la necessità di apertura verso l'estraneo, il prossimo, nel momento in cui si voglia indagare una linea di confine che stabilisca ciò che unisce da ciò che separa. Un ulteriore interrogativo riguarda il dubbio sulla sua effettiva realizzazione storica senza risolverla in ideologia. Alle due domande ineludibili non ci si può sottrarre vista l'importanza della posta in gioco.

Nel parlare di fratellanza universale, il cardinale Ratzinger ha definito con chiarezza i termini del problema, distinguendo un é*thos interno* da un *éthos esterno*, differenziando cioè «*un'obbligazione etica verso l'interno, vigente entro la grande famiglia (...) diversa da quella che si ha verso l'esterno. In altre parole: l'idea ampliata di fratellanza crea necessariamente due diverse zone dell'ethos, un ethos verso l'interno (tra fratelli) e un éthos verso l'esterno. (...) qui viene a galla una tensione di fondo, che è insita nell'éthos umano in generale, ma si manifesta nella maniera più netta nel concetto di fratellanza, pure in senso cristiano*…»[1].

Del rapporto dialettico tra i due *éthos* e della loro possibile ricomposizione in un *éthos universale* si terrà conto analizzando i vari contesti presi in considerazione.

2. Lo sviluppo del concetto di fraternità nell'antico e nel nuovo testamento

Nell'antichità greca il termine fratellanza veniva applicato genericamente in senso traslato, come duratura appartenenza e unità di intenti al connazionale contrapposto allo straniero, il *barbaro,* ma non esiste una riflessione consapevole che abbia un riscontro documentale sul piano morale e giuridico. Nel linguaggio del Vecchio Testamento si trova, invece, una consolidata e chiara distinzione tra *fratello* e *prossimo*. Il fratello è colui che appartiene all'unico popolo eletto di Dio, il padre comune, nel cui nome sono

[1] J. RATZINGER, *La Fraternità cristiana*, Brescia, 2005 p. 12.

unificate l'identità religiosa e quella nazionale. È Dio stesso che ha stabilito il legame preferenziale con Israele e che da Dio stesso potrebbe essere rigettato in qualsiasi momento, così come ripetutamente minacciano i profeti di fronte alla ricaduta nell'idolatria degli ebrei. L'esclusività dell'elezione non esclude che il Dio nazionale non sia anche il Dio universale, di tutta l'umanità generata da un unico atto creativo, come si legge nella Genesi.

Se la paternità di Dio gioca a favore della comune origine, l'elezione esclusiva di Israele e dei padri dell'alleanza, Abramo, Isacco, e Giacobbe conferma la doppia zona, una distinzione che solo nel N.T. troverà una risposta conclusiva[2]. Nel tardo giudaismo per giustificare la libera predilezione per il popolo di Israele, si sviluppò l'idea che Iavhè avrebbe offerto a tutti i popoli la Legge, ma che solo Israele l'avrebbe accettata e scelto Iavhè come unico Dio. Ciò giustificherebbe la chiusura verso coloro che avevano rinunciato alla sua paternità e alla fratellanza universale, pur avendo in comune come padre prima Adamo e successivamente Noè (= in ebraico *Noach* o *Noah*) come progenitore della nuova umanità scaturita dopo il diluvio[3]. L'elezione di Israele, tuttavia, non è esclusiva: la sua storia si inquadra nella storia universale dell'unica umanità, derivante dall'unica azione creatrice di Dio[4].

Durante l'età ellenistica le nuove forme di comunità religiose, che prendono a prestito credenze e pratiche religiose orientali con carattere salvifico, si differenziano dalle religioni ufficiali per il loro carattere misterico. Sono gruppi ristretti che sottopongono a una specifica iniziazione coloro che desiderano farne parte e che diventavano così *fratelli,* come è attestato nel culto di Mitra. Il termine *fratelli* lo si trova anche presso la comunità degli Esseni, che Giuseppe Flavio annovera tra le sette filosofiche giudaiche. Questi erano «*legati da un mutuo amore più strettamente degli altri*», «*…essendo gli averi di ciascuno uniti insieme, tutti hanno un unico patrimonio come tanti fratelli*»[5].

Sempre in età ellenistica, con il neostoicismo si sviluppa una concezione cosmopolita che scopre l'unità del tutto, del mondo e degli uomini, fondando un *éthos* comune di fratellanza sul concetto di Dio. Con lo stoicismo la giustificazione ontologica delle

---

[2] J. RATZINGER, *op. cit*., pp.19-20.
[3] A. COHEN, *Il Talmud*, traduzione di A. Toaff, Roma-Bari 2011, pp. 91-93.
[4] *Idem*, p.16-17.
[5] G. FLAVIO, *Guerra giudaica* II, Milano, 1995, pp. 120-122.

differenze perde validità rispetto al connotato antropologico universalistico, rispetto cioè al naturale rapporto di fratellanza.

Il Cristianesimo, che riconosce la fratellanza umana sulla comune paternità di Dio, si distingue nettamente sia dalla fratellanza che unisce gli adepti delle sette misteriche uniti nella ricerca della purificazione e della rinascita, sia da quella stoica, che panteisticamente ha un concetto impersonale di Dio, inteso come *Logos*/*Ragione e Fato*. Il rapporto tra iniziati ed estranei non è ancora definito dialetticamente da un *éthos esterno*.

Nel Nuovo Testamento il concetto di fraternità si fa strada solo gradualmente. L'espressione inizialmente conserva il tradizionale significato ebraico per poi affrancarsi definitivamente, quando la comunità cristiana diventa chiesa autonoma. L'attribuzione di *fratello* a tutti coloro che fanno parte della nuova comunità è evidente in Matteo, negli Atti degli Apostoli, nelle lettere di Giacomo e di Giovanni[6].

Inizialmente anche Gesù, così come è presentato nei Vangeli, adotta il linguaggio della tradizione ebraica. Il superamento dell'elemento rabbinico lo ritroviamo in *Mt* 23,8 allorché Gesù raccomanda di non farsi chiamare *rabbi*, «*perché uno solo è il vostro maestro e voi siete tutti fratelli*». In Gesù c'è la consapevolezza di quello che i discepoli avrebbero significato in futuro. Scegliendo il numero 12, in parallelo con i 12 figli di Giacobbe, capostipiti delle tribù di Israele, si dava inizio al nuovo popolo di fratelli di cui essi erano i capostipiti spirituali.

La nuova fraternità è pienamente definita dalla risposta di Gesù alla domanda «C*hi è mia madre, chi sono i miei fratelli?*: *Ecco mia madre e i miei fratelli! Chi compie la volontà di Dio, costui è mio fratello, sorella e madre*» (*Mc* 3, 31-35). Alla parentela di

---

[6] Cfr. Matteo 5, 22.24 *(Ma io vi dico: chiunque si adira con il proprio fratello, sarà sottoposto a giudizio etc.. Perché osservi la pagliuzza nell'occhio di tuo fratello etc.);* 7, 3.4.5 - 18, 15. *(Se tuo fratello commette una colpa, va ed ammoniscilo etc); 21 (Signore quante volte devo perdonare mio fratello se pecca contro di me?).* 35 *(Così anche il mio padre celeste farà a ciascuno di voi, se non perdonerete di cuore al vostro fratello.*) Atti 2, 29 *(Fratelli, parliamoci francamente);* 7, 2 *(*Egli rispose: *Fratelli, e pari, ascoltate etc.);* 13, 15 *("Dopo la lettura della legge e dei profeti, i capi della sinagoga fecero dir loro: Fratelli se avete qualche parola d'esortazione per il popolo, parlate etc.); 22, 5 (Da loro – gli anziani- ricevetti lettere per i fratelli etc.);* Giacomo (1, 9 *Considerate perfetta letizia, miei fratelli, quando subite ogni sorta di prove..*etc.); 2, 15 *(Fratelli miei, non mescolate a favoritismi personale la vostra fede nel signore nostro Gesù Cristo, Signore della gloria);* 4, 11 *(Non sparlate gli uni gli altri, fratelli. Chi sparla del fratello o giudica il fratello, parla contro la legge e giudica la legge*); Giovanni (1 Gv 2, 9.10 *Chi dice di essere nella luce e odia suo fratello è ancora nelle tenebre);* 3, 10. *(Da questo si distinguono i figli di Dio dai figli del diavolo chi non pratica la giustizia non è da Dio, né lo è chi non ama suo fratello);* 16.17 *(Egli ha dato la sua vita per noi, quindi anche noi dobbiamo dare la vita per i fratelli… etc.);* 5, 16 *(Se uno vede il proprio fratello commettere un peccato che non conduce alla morte, preghi, e Dio gli darà la vita); 3Gv* 3, 5 *(Carissimo, ti comporti fedelmente in tutto ciò che fai in favore dei fratelli benché forestieri.).*

sangue Gesù sostituisce la parentela spirituale. Nel Vangelo di Matteo la *fratellanza* si allarga a coloro che sono nel bisogno, nella miseria, nella meschinità. Il contesto è certamente nuovo in quanto il messaggio si apre universalmente a tutti coloro che non condividono la stessa fede. In una prospettiva escatologica il termine viene esteso non solo a coloro che hanno accolto il messaggio di Gesù ma ai più bisognosi: «*In verità vi dico: ogni volta che avete fatto queste cose a uno solo di questi miei fratelli più piccoli, l'avete fatto a me*» (*Mt.* 25, 40).

Da questo momento in poi il prossimo non si identificherà solo con il connazionale e con il correligionario, sarà una fratellanza che cancella i confini, grazie al legame spirituale in Cristo. Dal punto di vista teologico San Paolo supera il concetto ebraico della paternità divina riconducendolo alla dimensione trinitaria: è solo attraverso la figliolanza divina di Cristo e alla sua mediazione che noi diventiamo figli e fratelli nello Spirito, dal momento che è lo Spirito a farci chiamare Dio *Abba, Padre* (*Rm* 8, 15).

Se in Adamo la fratellanza era nel peccato, c'era una comunione nel male, la nuova fraternità in Cristo porta ad una unità salvifica tendenzialmente universale. Tutti, infatti, possono e devono diventare fratelli in Cristo. «*Ogni uomo può diventare cristiano, ma solo chi lo diventa realmente è "fratello"*». In tal modo il confine non è illimitato: al confine nazionale subentra il confine spirituale tra fede e mancanza di fede. L'apertura verso il prossimo, dunque, è la missione che Gesù ha affidato alla Chiesa. La dualità che si configura nel cristianesimo di Chiesa e non di Chiesa, pertanto, non la contraddice perché l'opera del suo fondatore «*non mira propriamente alla parte, bensì al tutto, all'unità dell'umanità. Solo che questa salvezza del tutto avviene, secondo il disegno di Dio, nel contesto dialettico tra i pochi e i molti, dove i pochi sono il punto di partenza, mediante cui Dio vuole salvare i molti*»[7].

Anche se la *philadelphìa* (*l'amore fraterno)* si deve praticare verso il fratello nella fede («*operiamo il bene verso tutti, soprattutto verso i fratelli nella fede*» - *Gal. 6,10*), l'*agàpe* (*amore*) deve allargarsi, dunque, verso tutti. La parabola del figlio prodigo per la Chiesa assume un valore paradigmatico, nel senso che la contrapposizione tra i due fratelli è sempre relativa: pur nella contrapposizione rimangono sempre fratelli, e il riprovato non perde il diritto alla figliolanza. Questa diritto è estensibile anche a chi non crede in Gesù

---

[7] J. RATZINGER, *op. cit*., pp. 94-95.

a ragione della figliolanza divina di tutta l'umanità. Eletti e riprovati, vicini e lontani, stanno gli uni accanto agli altri e sono gli uni per gli altri, perciò la Chiesa in qualità di comunità eletta non si può isolare e separare dal non-popolo: la sua elezione si identifica con un ineludibile mandato missionario. Il suo compito non consiste nel condannare il fratello errante, ma nel salvarlo, per essere veramente fratello. Il destino del fratello errante è affidato al primo fratello[8].

3. Il concetto illuministico e marxista di *fratellanza*

Con l'illuminismo il concetto tradizionale di fratellanza originata dalla comune paternità di Dio viene accantonato definitivamente e sostituito dall'uguaglianza naturale di tutti gli uomini, in quanto partecipi di un destino storico di progresso, percepito e vissuto come comune. Con la rivoluzione francese il concetto di fratellanza universale divenne il principio ispiratore di un vero e proprio programma politico racchiuso nel celebre motto *Liberté*, *égalité*, *fraternité*. Nel segno della fratellanza sono inclusi tutti i popoli accomunati nell'opera di riscatto dalla tirannia e dall'arbitrio.

Con l'abbattimento radicale di tutti gli steccati il problema del rapporto dialettico tra il vicino e il lontano, si risolve con l'unificazione completa dell'*éthos interno* e dell'*éthos esterno* in un *éthos universale*. Il concetto di un'inclusione generalizzata, tuttavia, perde concretezza e significato proprio nella sua ingenua genericità: «*In questa decisa eliminazione dei confini c'è indubbiamente qualcosa di grandioso, che però viene acquisito a un caro prezzo: la fraternità troppo estesa diventa irrealistica e priva di significato*»[9]. La rivoluzione smentì il programma illuministico proprio nella sua realizzazione con la distinzione cruenta tra la cerchia fraterna interna dei rivoluzionari e la cerchia esterna dei non rivoluzionari. I limiti ideologici che accompagnarono l'esportazione europea della Rivoluzione sono noti, ma l'ideale di fraternità politica sopravvive e viene ripreso oggi nell'idea di *cittadinanza inclusiva* orientata a un ordinamento cosmopolitico.

Nella concezione marxista il valore della fraternità universale non si appoggia sull'idea della paternità comune di un dio, ma sulla comunanza nella lotta contro il comune

---

[8] *Idem*, p. 99.
[9] J. RATZINGER, *op. cit*., pp. 25-26.

nemico; lotta che costituisce l'essenza della storia secondo l'ideale dell'emancipazione socialista. L'umanità si divide in due gruppi antitetici, dialetticamente contrapposti: da una parte i padroni, i capitalisti sfruttatori, i "nemici" per antonomasia, dall'altra gli schiavi, i servi, i proletari, cioè gli sfruttati, che nella lotta per riscatto umano e sociale si definiscono *compagni* e non *fratelli*.

La prospettiva rivoluzionaria è quella di instaurare una società senza classi che affrancherà dallo sfruttamento alienante dell'individuo, recuperando la propria natura. Diversamente dall'illuminismo che faceva appello ad una fratellanza universale c'è un ritorno, dunque, alle due zone etiche. Non c'è più nulla della fratellanza paritaria di tutti gli uomini! Secondo Marx è la divisione sociale che inizialmente fornisce all'uomo la legge della sua azione e dalla quale non può sottrarsi. La lotta dell'umanità così dipartita è proiettata verso una riunificazione escatologica, verso uno stato permanente di società senza classi. Il superamento di tale alienazione storica, il ritorno alla natura pura, non si realizza attraverso il richiamo indeterminato ad una fraternità universale proprio dell'illuminismo, bensì adottando la lotta armata. Il fine utopico è certamente la fratellanza senza distinzioni di tutti gli uomini, ma la via indicata è l'ammissione di una umanità bipartita e contrapposta.

4. Ebraismo e islamismo: fratellanza universale e nuova ermeneutica

4.1. *L'Ebraismo.* La paternità di Dio che abbraccia l'umanità intera come creatore caratterizza anche la comunanza di visioni della religione ebraica e di quella islamica.

Nel commentare l'Enciclica *Fratelli tutti*, Massimo Giuliani, docente del pensiero ebraico nelle università di Trento e di Urbino e di Filosofia ebraica nei corsi di studi ebraici dell'Ucei, scorge in essa, «*alla luce dell'idea di "amicizia sociale" (...), più di una convergenza tra sensibilità cattolica e visione ebraica sui valori etico-religiosi della vita, della solidarietà, del dovere di alleviare le sofferenze del prossimo, di promuovere la riconciliazione sociale e la vera giustizia*»[10].

Secondo Giuliani, pur non essendo facile parlare di fratellanza nel mondo delle religioni monoteistiche, con riferimento all'unico padre, quando nel corso dei secoli gli

[10] M. GIULIANI, *Fratellanza e amicizia in prospettiva ebraica*, in FRANCESCO, *Fratelli tutti – Sulla fraternità e l'amicizia sociale*, Brescia, 2020, Commenti p.183.

avversari nella fede sono stati visti come nemici, come *fratelli* in competizione, non si può negare che di recente, stando a una più corretta e profonda ermeneutica, è cambiato l'approccio rabbinico. Se l'antico precetto «*amerai il tuo prossimo come te stesso*» (Lv 19,18) era riferito ai connazionali e corregionali, con il giudaismo sviluppatosi fuori della terra di Israele la fratellanza ha allargato i suoi confini secondo il precetto di «*Non fare a nessuno ciò che non piace a te*» (*Tb* 4,15).

Solo riconoscendo la diversità tra le religioni abramitiche è possibile riscrivere una storia di lotte che non precluda una riconciliazione futura. «*L'elezione degli uni non significa mai il rifiuto o la maledizione degli altri, rivela piuttosto vocazioni diversificate, persino rivelazioni/alleanze diverse con linguaggi diversi per popoli diversi da parte dell'unico Dio*»[11]. Il convincimento pieno che tutti i popoli sono fratelli è una conquista recente che trova nel Deuteronomio e nei precetti di Noè (*Noach*)[12] un precedente etico nel dovere di «*Non disprezzare l'Edomita, perché egli è tuo fratello. Non disprezzare l'Egiziano, perché sei stato straniero nella sua terra*» (*Deuteronomio* 23,7).

«*È il Talmud che formula i precetti noachidi, a sancire e fondare i doveri dei non ebrei, e di converso il diritto, ossia i loro diritti, non solo etici ma anche sociali e politici dal punto di vista ebraico*»[13]. Pertanto, l'espressione *amerai il tuo prossimo* rabbinicamente richiama il dovere verso i propri simili che Dio ha creato prima di te e ti ha posto accanto. Il principio fondamentale di amare prossimo di un amore universale «*è proclamato non solamente come l'ideale sostenuto dalla Torah, ma come la sola e vera norma regolatrice delle relazioni umane*»[14].

4.2. *L'Islam.* L'enciclica *Fratelli tutti* è stata apprezzata anche da quel mondo islamico moderato, che si riconosce nel Documento sulla fratellanza umana firmato nel

---

[11] *Idem*, p. 185.
[12] Il Talmud insegna che la Torah, essendo stata donata soltanto a Israele come nazione separata dalle altre, ha l'obbligo di osservare i suoi 613 precetti. L'umanità tutta, invece, deve obbedire ai 7 principi che stanno alla base dei principi della moralità universale, nella tradizione rabbinica noti come "*precetti noachidi*" o come le "*leggi dei figli di Noach*", precetti confermati dal Patto che, dopo il diluvio, Dio stabilì appunto con Noach e i suoi figli: "*Quanto a me, ecco io stabilisco il mio Patto con voi e con la vostra discendenza dopo di voi"*» (*Genesi* 9, 8-9). I precetti proibiscono di adorare degli idoli, di bestemmiare e profanare il Nome di Dio, di mangiare la carne di un animale vivo, di commettere adulterio, di uccidere un essere umano, di rubare. Impegnano, poi, a istituire tribunali per amministrare la giustizia secondo le leggi universali. Cfr. il già citato A. COHEN, *Il Talmud*, pp. 91-93.
[13] *Idem*, p. 186.
[14] A. COHEN, *Il Talmud*, *op. cit.*, pp. 258-259.

2019 ad Abu Dhabi, con la convinzione che l'appello del Papa e del Grande Iman favorirà il dialogo tra persone di diverse religioni, etnie e culture e potrà dare un ampio sostegno alla libertà religiosa.

Massimo Campanini, islamista e storico della filosofia islamica, concorda con Francesco «*perché il documento pone una prospettiva agli esseri umani, indipendentemente dal loro credo religioso o politico, (...) li ha chiamati a convivere come fratelli. Questo è uno dei mattoni per la costruzione di un solido rapporto di amicizia anche con il mondo islamico*»[15].

Campanini mette in evidenza come il versetto del Corano 49,13 sia il passo decisivo sul tema della fratellanza universale. Tutti gli uomini appartengono ad un'unica specie e c'è un'assoluta somiglianza tra uomini e donne da cui è scaturita tutta l'umanità: «*O uomini! In verità vi abbiamo creati da un maschio e da una femmina e vi abbiamo costituiti in popoli e tribù perché vi conosciate a vicenda*»[16].

Il legame di fraternità prima biologica e poi culturale si fonda, dunque, sull'unica matrice stabilità da Dio. Se Dio non ha costituito un'unica comunità umana è perché vuole che gli uomini gareggino nel bene e si distinguano sull'entità del bene compiuto: «*Se Dio avesse voluto, avrebbe fatto di voi una sola nazione: non lo ha fatto per provarvi mediante ciò che vi ha dato. Gareggiate dunque in opere buone!*»[17].

Per Campanini l'Islàm rifiuta qualsiasi concetto di supremazia razziale, nazionale, etnica, sociale. L'unico criterio con il quale stabilire una gerarchia di merito tra gli uomini è il timore di Allah. «*È questa secondo il Corano la dimensione autentica della pietas, che non deve essere agita puramente sul piano cultuale, ma in primo luogo sul piano dell'interazione sociale*»[18]. L'*ethos* coranico, tuttavia, distingue nettamente i credenti, come appartenenti alla comunità, dai non credenti.

All'origine della predicazione di Maometto ascoltavano e forse condividevano il messaggio anche numerosi fedeli cristiani, chiamati giudei e nazareni (nel Corano Gesù

---

[15] M. CAMPANINI, *Fratellanza e appartenenza religiosa nel Corano*, in FRANCESCO, *Fratelli tutti*, *op. cit.*, p.191. L'Autore è venuto a mancare lo scorso ottobre 2020.
[16] *Il Corano,* introduzione, traduzione e commento di C. M. GUZZETTI, Torino, 1989, pp. 296/97 – La sura corretta non è la 42,13 indicata nel testo, ma la 49,13.
[17] *Idem*, Q. 5, 48, p.77.
[18] M. CAMPANINI, *Fratellanza etc.*, *op. cit.*, p.193.

non è riconosciuto come Cristo), mentre l'ostilità successiva può essere spiegata solo per ragioni di interessi economici e politici[19].

Campanini concorda con la distinzione tra credenti e musulmani fatta dal pensatore sudanese Muhammad Mahmud Taha, condannato a morte dal governo sudanese per eresia, secondo il quale il primo messaggio di Maometto era rivolto ai credenti, mentre il secondo si rivolgeva ai musulmani, a tutti coloro che anche in un futuro utopico avrebbero professato il monoteismo, il solo destinato a realizzare la fratellanza umana universale.

Il monoteismo ha il suo fondamento nella stessa natura umana. L'Islam per Taha non è una religione storica ma naturale: pertanto, tutte le religioni monoteiste hanno in comune la stessa radice naturale e chi è nato nella religione naturale con diritto si può chiamare *musulmano*. È la parentela a farne un ebreo o un cristiano[20].

Come giustificare, allora, la guerra santa? Secondo Taha e Campanini le sure medinesi, le più politiche del Corano, si giustificano storicamente col fatto che dopo la conquista di Mecca e Medina alcuni ebrei e nazareni non volevano riconoscere l'autorità di Maometto sottoponendosi alla legge islamica.

Il pagamento del testatico, perciò, non avendo un carattere chiaramente religioso, ma politico, compensava il dissenso. Nel versetto Q, 9,29 si dice che bisogna *combattere* coloro che non credono in Dio e i seguaci del Libro, finché non versino il testatico che rende soggetti protetti.

È importante annotare, a tale proposito, che nel Corano per indicare il *combattimento* viene declinato il verbo *qatala* e non il termine ambiguo *jihad* (*sforzo, impegno, lotta al limite sulla via di Dio*) usato solo successivamente nell'accezione di guerra santa[21]. Purtroppo, la difficoltà di riconoscersi in una naturale fratellanza è condizionata da contrasti di natura geopolitica che coinvolgono le religioni monoteistiche.

Pur tuttavia rimane fermo il fatto che la fratellanza umana è universale in quanto tutti gli uomini e donne sono figli di Adamo e *musulmani*.

---

[19] *Idem*, p. 194.

[20] *Idem*, p. 195. Il 5 gennaio 1985 Taha fu arrestato e condannato alla pena capitale per eresia. L'accusa di apostasia si basava sulle affermazioni di Taha, secondo cui era necessaria la separazione tra religione e Stato, oltre al fatto che le sure medinesi, le più politiche e aggressive del Corano, corrispondevano ai quadri mentali e psicologici di una società operante nel VII secolo e, per questo, modificabili in funzione delle dinamiche storiche: tesi questa condivisa d'altronde da vari autorevoli studiosi, anche musulmani.

[21] M. CAMPANINI, *Maometto l'Inviato di Dio*, Roma, 2020, p.107.

5. Edgar Morin: *La Fraternità, perché?*

Il filosofo e sociologo francese Edgar Morin recentemente si è chiesto, in nome di una religione laica, perché oggi abbiamo bisogno della *fraternità*[22]. La sua risposta è chiara. Di fronte a una crisi globale, insieme ecologica, sociale, politica e spirituale si sente l'urgenza di un *umanesimo planetario* come antidoto alla catastrofe che ci sovrasta.

Con riferimento ai tre ideali della Rivoluzione francese *libertà, uguaglianza, fraternità*, Morin sostiene che i tre termini non si integrano automaticamente perché «*la libertà, soprattutto economica, tende a distruggere l'uguaglianza* (*...) Al tempo stesso, imporre l'uguaglianza mette a rischio la libertà. Il problema è, allora, quello di saperle combinare. Ma se si possono scrivere norme che assicurano la libertà o che impongono l'uguaglianza, non è possibile imporre la fraternità tramite la legge*»[23]. E chiarisce. Se nessuno può imporre la fraternità dall'esterno è necessario ricercarne la fonte originaria, che può essere solo dentro ciascuno di noi. «*Le fonti del sentimento che ci portano verso l'altro, collettivamente (noi) o personalmente (tu) sono le fonti della fraternità*»[24].

La fraternità per Morin non è solo un buon sentimento, ma un modello di vita che ha una dimensione politica e genera società vivibili, cioè società aperte, dove il *patriottismo* – valore costruttivo tanto quanto il nazionalismo è distruttivo – permette «*una fraternità aperta, particolarmente quando riconosce piena umanità allo straniero, al rifugiato, al migrante*». È nei momenti drammatici, come il recente *lockdown*, che si risveglia quel bisogno «*del noi e del tu che riconosce te come soggetto analogo a sé e vicino affettivamente a sé pur essendo altro*»[25].

La fraternità ha basi biologiche e antropologiche, prosegue; esiste nelle persone, nella società e nella natura, dove si trovano moltissime forme di *mutuo appoggio* e perfino di simbiosi. Morin fa sua la tesi fondamentale del pensatore libertario, studioso anche dell'evoluzione, Petr Kropotkin (1842-1921), tenace avversario delle tesi di Darwin e

---

[22] È nota da tempo l'amicizia e la sintonia di vedute tra Papa Francesco e Edgar Morin, tanto che sembra quasi sovrapponibile la riflessione del filosofo sul tema della fraternità, sul degrado ambientale e sui rimedi da adottare con quella di Francesco in *Fratelli tutti*. Per entrambi si rende necessario un cambio di rotta per intraprendere una *nuova via politica-ecologica-economica-sociale*, sebbene modificare l'attuale paradigma della globalizzazione tecno-economica sarà lungo e faticoso.
[23] E. MORIN, *La Fraternità perché' Resistere alla crudeltà del mondo*, Roma, 2020, p. 56.
[24] *Idem*, p. 13.
[25] *Idem*, p. 15.

della giustificazione pseudo-scientifica del darwinismo sociale di Thomas H. Huxley. Per K. la legge scientifica del mutuo appoggio (*altruismo, cooperazione*) costituisce la spinta evolutiva dietro ogni forma di via sociale, dai microorganismi all'uomo. Non si può negare che in natura come nella società la fraternità convive con la competizione e la volontà di sopraffazione: da sempre la vita e la morte si rincorrono e si intrecciano. Ma coltivare la fraternità conviene perché nessun individuo può realizzarsi da solo: l'io ha bisogno di un "tu" per confrontarsi e svilupparsi, ha bisogno vitale di relazioni[26].

Per resistere alla crudeltà del mondo, come cita il sottotitolo del libro di Morin, la fraternità deve diventare lo scopo costante, il nostro cammino, *il cammino dell'avventura umana, una scelta politica.* La fraternità va coltivata e va continuamente rigenerata, superando la tentazione di chiuderci in noi, escludendo gli altri in un nazionalismo disumano, e di aprirci a una fraternità allargata che riconosce *piena umanità allo straniero, al rifugiato, al migrante*. La comunità comune diventa la nostra Patria, il nostro destino.

Eppure la fraternità esiste e la ritroviamo nelle *oasi* dove si coltivano relazioni, dove ci si disintossica del consumismo e dall'individualismo, dove si sperimentano economie solidali. Dovremmo ricominciare da queste oasi per rigenerare la fraternità e farla diventare un valore fondante della nostra convivenza sociale. All'impegno per far fronte alla catastrofe incombente di un mondo pieno di rancore e di odio, si accompagna anche la salvaguardia della nostra casa comune, la terra: «*Ripetiamolo: la presa di coscienza della comunità di destino terrestre dovrebbe essere l'evento chiave del nostro secolo. (...) Siamo solidali in e con questo pianeta. Siamo esseri antropo-bio-fisici, figli della terra. La nostra Terra-Patria*»[27]. Cambiamo strada. Non ci si salva da soli.

6. L'Enciclica *Fratelli tutti* e alcune reazioni critiche del mondo laico e religioso

---

[26] P. KROPOTKIN, *Il mutuo appoggio un fattore dell'evoluzione*, Milano, 2020. Kropotkin sostiene che le abitudini socievoli «*hanno dato agli uomini, oltre a questi vantaggi, la possibilità di creare le istituzioni che hanno consentito all'umanità di sopravvivere nella sua lotta con la natura e di progredire nonostante tutte le vicissitudini della sua storia*» p. 45; «*Ma è soprattutto nella sfera dell'etica che la cruciale importanza del principio del mutuo appoggio appare chiara*» p. 344; «*L'uomo è chiamato a farsi guidare nei suoi atti non solo dall'amore, che è sempre individuale, o nel caso migliore tribale, ma dalla percezione del suo essere una cosa sola con tutti gli altri esseri umani*» p. 345.
[27] E. MORIN, *Cambiamo strada – Le 15 lezioni del Coronavirus*, Milano, 2020, p.115.

Con la pubblicazione dell'Enciclica pastorale *Fratelli tutti* Papa Francesco rende sistematico tutto il suo magistero precedente all'insegna della fraternità e dell'amicizia sociale, riproponendo l'appello alla pace, alla giustizia, alla fraternità con cui si apre il Documento sulla fratellanza umana firmato nel 2019 ad Abu Dhabi con il Grande Iman di Al Azhar. È la complessa e problematica realtà in cui viviamo, scrive il Papa, che esige una presa di coscienza dell'urgenza di fraternizzare per non sprofondare nel baratro dell'apocalisse, perché non ci si può salvare da soli.

Il punto di partenza è la consapevolezza del paradosso della nostra epoca: alla crescente globalizzazione corrisponde la frammentazione e l'isolamento che hanno reso difficile risolvere i gravi problemi che affliggono il mondo intero e che la pandemia Covid 19 ha reso ancora più evidenti. Si sta imponendo, peraltro, un modello economico unico mondiale che favorisce i mercati e declina il destino dei popoli solo nel loro ruolo di consumatori. Il globalismo favorisce i più forti, ma rende più vulnerabili e dipendenti i paesi più poveri. Benedetto XVI constatava, infatti, che «*La società sempre più globalizzataci rende vicini, ma non ci rende fratelli*» (Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, n. 19).

La reazione opposta, ma analogamente distruttiva, è una nuova esplosione di rivendicazioni particolari, che riaccendono conflitti anacronistici e spingono verso *nazionalismi chiusi, esasperati, risentiti e aggressivi*. Le «*nuove forme di egoismo e di perdita del senso sociale mascherate da una presunta difesa degli interessi nazionali*» (n.11) danno nuova linfa alla cultura dello scarto. Per Papa Francesco solo la dinamica dell'amore, alla maniera del Buon Samaritano, rappresenta la chiave di volta per affrontare e risolvere la crisi che colpisce l'umanità e la terra che la abita. Il riconoscimento del valore di ogni persona umana è determinante ed essenziale per costruire la fraternità universale e l'amicizia sociale. Per questo un ruolo importante spetta alle diverse religioni, che «*basate sul rispetto per ogni persona umana come creatura chiamata ad essere figlia di Dio, contribuiscono in modo significativo alla costruzione della fraternità e alla difesa della giustizia nella società*» (n. 271).

Nel rivolgere un invito pressante a tutte le istituzioni sociali, politiche ed economiche internazionali a promuovere e attuare il rispetto per il valore di ogni essere umano, il Papa attribuisce all'ONU il compito di «*dare concretezza al concetto di "famiglia di nazioni"*» lavorando per il bene comune, lo sradicamento della povertà e la tutela dei diritti umani.

(n. 173). Sebbene l'Enciclica abbia avuto una risonanza mondiale, com'era prevedibile, e l'appello del Papa sia stato accolto con adesioni convinte, un duro attacco è venuto da alcuni settori del mondo laico e cattolico.

Molti laici, purtroppo, continuano ancora a utilizzare categorie politiche e/o sociologiche come chiave di lettura dei Documenti del magistero cattolico, contraddicendo un'analisi, che cammina più propriamente sul binario della teologia morale. Sul versante cattolico, invece, le critiche severe hanno comportato solo disorientamento e divisione soprattutto per il tono animoso che ha oltrepassato il campo della verità e della carità.

Registro qui solo alcune voci critiche da entrambe le posizioni, che richiederebbero una risposta più articolata in un contesto diverso.

Loris Zanatta, professore di Storia dell'America Latina all'Università di Bologna ed esperto di storia argentina, ha contestato al Papa l'utopia antimoderna di *Fratelli Tutti,* che considera un manifesto ideologico in nome dei populismi latini sudamericani, e che invece di criticare il Capitalismo lo condanna senza sconto come unica causa di tutti i mali recenti e passati, a differenza dei suoi predecessori. Per Zanatta l'enciclica non è altro che una sequela di accuse ai valori liberali come causa di *disgregazione*[28].

Salvatore Natoli, ordinario di Filosofia teoretica alla Facoltà di scienze della formazione dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, nel commentare *l'Enciclica*, pur apprezzando da laico l'invito alla fraternità come libera disposizione dell'animo senza contropartita, riconosce che «*a caratterizzare il cristianesimo è sempre di più la dimensione della 'caritas' e sempre meno quello della Trascendenza: Fratelli tutti mi pare che lo testimoni con coerenza (...) La Trascendenza non è negata, ma sempre meno nominata. Ma non c'è bisogno di una negazione esplicita se la cosa diventa irrilevante*»[29].

Nell'ambito della Chiesa le riserve e le critiche provenienti da alcuni settori, etichettati *tout court* come antibergogliani, hanno acuito le divisioni e creato disorientamento tra i fedeli. Le accuse più ricorrenti, elencate sotto, sollecitano in questo caso una replica, sebbene non circostanziata, che si affida a un criterio di lettura del Documento,

---

[28] L. ZANATTA, *Una critica a "Fratelli tutti" e la voce di un altro Papa – Manifesto populista*, *Il Foglio* inserto del 17 ottobre 2020, pp. 1-6.
[29] S. NATOLI, *Cristianesimo come etica universale?* in PAPA FRANCESCO, *Fratelli tutti*, *op. cit*., p. 228.

formalmente corretto, che riconduca, aldilà delle molteplici e legittime riserve, alla dimensione autentica con cui è stato scritto, cioè quella pastorale, che non rende marginale la Dottrina.

- In *Fratelli tutti* è stato intravisto un palpabile relativismo religioso in assenza di una dimensione soprannaturale: l'enciclica, si sostiene, non contiene escatologia, la sua prospettiva di questo mondo è priva di speranza. Sotto l'aspetto antropologico la condizione incompiuta dell'umanità non è ritenuta conseguenza del peccato originale e questo ridimensiona e rende debole la strategia pastorale di Francesco. Anche se si accenna al Vangelo quale sorgente di fraternità, sembra che la fratellanza possa realizzarsi solo per il fatto di appartenere all'umanità. Francesco «*ripropone un tentativo di unificazione, da cui come tale anche la Framassoneria è nata*»[30].
- Il richiamo del Papa alla *fraternità universale* annulla tutte le distinzioni religiose e culturali, c'è solo l'uomo che affratella naturalmente agli altri uomini sulla mera base di istanze sociali o di un amore non ben precisato. L'invito alla fraternità e alla socialità «*non può da solo guidare le anime a un recupero di senso e di profondità*»[31].
- La proposta del Papa è "*irrealistica*". Per il cristiano la fraternità nasce da una convinzione dell'animo, ancorata alla missione salda e credibile di Gesù Cristo e non per una generica appartenenza ad un comune Padre creatore. L'accenno al Vangelo come sorgente di fraternità (*Fratelli Tutti* n. 277) non risolve il problema se Gesù è ridotto ad un modello di moralità, nella «*convinzione che il suo insegnamento e il suo esempio sarebbero in fondamentale accordo con l'insegnamento morale delle altre religioni* (…). *La paternità di Dio, invece, fondata sul suo essere creatore di tutti gli esseri umani, non è adeguata per gli obiettivi che Francesco desidera raggiungere all'interno della società globale*»[32].
- È destinato a un declino inesorabile un cristianesimo rinunciatario, che non diffonde la visione della fraternità di Gesù Cristo come vero Figlio di Dio, senza la quale non è possibile neppure un agire etico di lunga durata.

Per non fraintendere l'appello del Papa e non incorrere in errori di valutazione è necessario rileggere integralmente il suo magistero. Si avrà la conferma che Francesco ha

---

[30] N. BUX, *La fraternità cristiana non è la massoneria*, in *La Nuova Bussola*, 22.10.2020.
[31] P. DE MARCO, *Tenerezza per gli "ultimi uomini"*, in *Settimo cielo - L'espresso*, 29 ottobre 2020.
[32] P. T. G. WEINANDY, *Fratelli tutti and the Preaching of the Good News* – The Catholic Worrld – Report, 23 october 2020.

il cuore aperto al mondo intero senza cedimenti dottrinali. Se le obiezioni sono sempre legittime in un quadro di approfondimento critico, non è del tutto ragionevole pretendere, in un documento non dottrinario ma pastorale, una lezione di cristologia o di dogmatica mentre suona l'allarme di una catastrofe imminente.

Se la narrazione, dal tono quasi familiare non dottrinale, di Bergoglio in *Fratelli tutti* si discosta dalla scrittura stringente e impersonale dei suoi predecessori, la ragione vera, non compresa, è che il Documento è rivolto a tutte le istituzioni laiche e religiose del mondo non esclusivamente alla Chiesa cattolica. Pertanto, perché rimarcare la peculiarità cattolica, che apparirebbe divisiva, se le differenze di natura teologica o socio-politica degli interlocutori sono reali, incontrovertibili e noti? Verrebbe meno il principio ispiratore di *Fratelli tutti* all'armonia sociale e Francesco contraddirebbe se stesso e il suo impegno al dialogo interreligioso.

Per Francesco l'urgenza di far fronte alle sfide della globalizzazione e del destino della terra non lasciano spazio a distinguo e a ulteriori richiami dottrinali, che rimangono, come ha più volte ripetuto fin dall'inizio del suo pontificato, ben definiti dal Magistero pontificio, dal Catechismo della Chiesa cattolica e dalla Dottrina sociale della Chiesa. Valga per tutti i credenti, dunque, l'esortazione di San Paolo di esaminare sempre ogni cosa e di tenere ciò che è buono (*1Ts,* 5,21), perché Dio è testimone e provvede alla sua Chiesa, che non saremo noi a salvare.

7. Considerazioni finali

Due sono gli interrogativi che si pongono alla fine di questo *exursus* e che richiedono risposte più avvedute.

Il primo, riguardante il rapporto dialettico tra un *èthos interno* e un *éthos esterno*, trova una risposta pertinente e positiva, almeno teoricamente, nelle ragioni filosofiche, scientifiche e religiose di coloro che attribuiscono a Dio, all'ambiente o alla natura umana il fondamento di un *éthos universale* di fratellanza. La risposta ha, infatti, una validità oggettiva nella diversità delle convinzioni, che giustificano *il perché della fratellanza* senza venir meno alla propria identità. Le ragioni storiche la rendono spesso stringente, ma nulla di più.

È meno ovvio rispondere alla seconda domanda di come perseguire l'ideale della fratellanza. Rispetto alle idee di libertà e uguaglianza, l'idea di fratellanza non è oggetto

di prescrizione in termini di norma positiva o di codificazione giuridica: non si può imporre la fratellanza con la forza. Può avere solo uno statuto di vincolo morale e religioso, che può ispirare la formulazione delle norme giuridiche. C'è, pertanto, una forte discrepanza tra l'ideale nobile di fratellanza e la sua realizzazione storica.

Il compito educativo, il ruolo delle religioni, la cultura del dialogo, la cooperazione tra le istituzioni e gli uomini di buona volontà, la conoscenza reciproca tra i popoli restano certamente metodi e strumenti consoni per perseguire il bene comune, purché si accompagnino a un saldo realismo, che tenga conto della complessità dei problemi, dei limiti della volontà umana e dei pericoli di una possibile deriva ideologica. Non è il *sonno della ragione* a generare i mostri, ma il *sogno della ragione*, l'utopia, che spesso li può generare.

Qualche dubbio sorge sulla proposta del Papa in *Fratelli tutti* di affidare la *governance* politica globale per costruire la casa comune a un organismo internazionale come l'Organizzazione delle Nazioni Unite, privo ormai di autorevolezza, e della possibilità di modificare il sistema economico e finanziario internazionale, che in maniera incontrollata decide del destino dei popoli.

Se si considera che l'esperienza delle Nazioni Unite sia stata finora spesso fallimentare quanto alla soluzione dei conflitti e alla tutela dei diritti, e che con troppa frequenza articolazioni dell'ONU hanno promosso "diritti" in opposizione a una corretta antropologia – si pensi all'appoggio finanziario o condizionante delle politiche antinatalistiche e alla identificazione del "diritto" all'aborto –, quello del Pontefice andrebbe letto come un auspicio, o comunque come un non facile obiettivo da perseguire, più che come un incoraggiamento a continuare un percorso assai discutibile, anche nei presupposti ideologici. Infatti al n. 173 di *Fratelli tutti* ricorda «*che è necessaria una riforma*» sia dell'Onu che dell'architettura economica e finanziaria internazionale.

Queste considerazioni non precludono il dovere etico di operare incessantemente in nome del mutuo soccorso da parte di tutti. È un bisogno umano di giustizia e di pace insopprimibile. La Chiesa è consapevole che la missione a essa affidata da Gesù è quella di annunciare la sua parola e che la lotta contro il male e il peccato cesserà alla fine dei tempi. Pertanto non ha la presunzione di confidare solo nelle sue forze e in quelle dei suoi simili, con i quali si è sempre sforzata di realizzare storicamente una società riaffratellata.

Per il credente la fraternità può essere annunciata e praticata solo come profezia escatologica, come annuncio fecondo, nutrito di speranza, non come utopia.

Abstract

ENZO MARANGIONE, Fraternità cristiana e fratellanza universale. A margine della Enciclica *Fratelli tutti*

L'appello alla fratellanza universale, come valore fondante la convivenza umana, è il tema trattato da Papa Francesco nell'Enciclica *Fratelli tutti*. I termini *fraternità* e *fratellanza*, tuttavia, usati comunemente in senso univoco, non sono concettualmente sovrapponibili. L'articolo mette a confronto i due termini secondo le accezioni che storicamente la religione, la filosofia e la scienza hanno fatto proprie, rispondendo all'interrogativo se sia possibile conciliare l'*éthos* interno di tutti coloro che condividono lo stesso pensiero con la inderogabile apertura verso l'estraneo e far convergere tutte le posizioni in un *éthos* universale. Un ulteriore interrogativo riguarda il dubbio sulla effettiva realizzazione storica della fratellanza universale.

Parole chiave: ethos universale, fraternità cristiana, Fratelli tutti, umanesimo planetario, utopia.

ENZO MARANGIONE, Christian brotherhood and universal brotherhood. On the sidelines of the Encyclical *Fratelli tutti*

The call for universal brotherhood, as the founding value of human coexistence, is the theme addressed by Pope Francis in the Encyclical *Fratelli Tutti*. The terms fraternity and brotherhood, however, commonly used in a univocal sense, are not conceptually superimposable. The article compares the two terms according to the meanings that historically religion, philosophy and science have made their own, answering the question of whether it is possible to reconcile the internal *éthos* of all those who share the same thought with the imperative openness to the stranger and converge all positions in a universal *éthos*. A further question concerns the doubt about the actual historical realization of universal brotherhood.

Key words: Universal éthos, christian fraternity, All brothers, planetary humanism, utopia.

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, Avvocato in Torino e Professore emerito di Diritto Penale all'Università degli Studi di Padova

PIETRO DUBOLINO, Presidente emerito di sezione della Corte di Cassazione

FRANCESCO FARRI, Avvocato in Arezzo e Professore associato di Diritto Tributario all'Università degli Studi di Genova

FRANCESCO CAVALLO, Avvocato in Lecce e Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato all'Università del Salento

DOMENICO AIROMA, Procuratore della Repubblica di Avellino

MAURIZIO ASCIONE, Sostituto Procuratore della Repubblica di Milano

FRANCESCO CAMPLANI, Dottore di ricerca in Diritto Penale all'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

ANTONIO CASCIANO, Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica all'Università degli Studi di Salerno

DOMENICO MENORELLO, Avvocato in Padova e Dottore di ricerca in Filosofia del Diritto dell'Università degli Studi di Padova

ENZO MARANGIONE, Docente di Filosofia di scuola media superiore a riposo

SOMMARIO

Fascicolo 2-2021

Pag.

In questo numero 3
di Alfredo Mantovano

Sezione Studi 5

Essere 'patriota', ossia la verità della Patria 6
di Mauro Ronco

1. Le virtù di religione e di pietas – 2. Il dinamismo della Patria – 3. La custodia della Patria – 4. Gli idoli che vanno abbattuti – 5. Conclusione.

In Italia 18

Ddl Zan, reati di opinione e 'rieducazione' del condannato 19
di Pietro Dubolino

1. Obiettivo dell'intervento – 2. Che cos'è il 'reato di opinione'– 3. I 'reati di opinione' nell'ordinamento italiano – 4. La 'rieducazione' di cui all'art. 27 Cost. e la sua estraneità rispetto al fine di far mutare i convincimenti – 5. Ddl Zan, rieducazione e libertà di coscienza – 6. Il tratto liberticida dell'art. 5 del ddl Zan.

Le leggi con clausola di invarianza finanziaria: tra giurisprudenza contabile, giurisprudenza costituzionale e prassi del Quirinale 33
di Francesco Farri

1. Il problema delle leggi con clausola di invarianza finanziaria – 2. Il caso dell'A.S. 2005 – 3. I rilievi della Ragioneria Generale dello Stato – 4. La giurisprudenza contabile e costituzionale – 5. La prassi del Quirinale in sede di rinvio delle leggi al Parlamento – 6. La valenza sostanziale dell'art. 81 Cost. e il principio di pareggio di bilancio.

Spiagge, dalla proroga *ex lege* alla proroga *ex sententia* 47
di Francesco Cavallo

1. I principi affermati – 2. Il quadro di riferimento – 3. L'incompatibilità comunitaria della disciplina nazionale delle proroghe – 4. Le ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia – 5. Disapplicare la legge italiana in favore di quella comunitaria – 6. Perché non è stata sollevata questione di legittimità costituzionale – 7. Perché i rinnovi delle proroghe già rilasciati sono inefficaci – 8. La eccentrica proroga "giudiziale" delle concessioni al 31.12.2023 – 9. I principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare – 10. Conclusioni.

Transizione ecologica 70

Transizione ecologica o ideologica? 71
di Domenico Airoma

1. Le origini della "transizione". Il "Club di Roma" – 2. Dallo "sviluppo sostenibile" alla "transizione ecologica" – 3. Il dirigismo normativo come strumento per la realizzazione della transizione ecologica e in particolare il ruolo dell'Unione Europea – 4. *Friday without future*.

Emergenza ambientale 80
di Maurizio Ascione

1. Il valore costituzionale dell'ambiente – 2. I principi della normativa primaria – 3. La ricerca delle responsabilità

L'economia circolare nel sistema del diritto (penale) ambientale. Considerazioni introduttive e sviluppi attuali 89
di Francesco Camplani

1. Che cosa è l'economia circolare – 2. L'economia circolare nel diritto positivo. La legislazione federale tedesca e le Direttive dell'Unione Europea – 3. Il modello gestionale, fra superamento e persistenza – 4. I tratti salienti del "diritto dell'economia circolare": istanze sociali, attori… – 5. (segue) … e distinzione fra rifiuti per la valorizzazione e per lo smaltimento – 6. L'attuazione dei principi dell'economia circolare e la gerarchia delle azioni di trattamento – 7. L'influsso dell'economia circolare sul sistema del diritto penale dell'ambiente – 7.1. L'economia circolare come bene giuridico intermedio – 7.2. L'economia circolare e la sottrazione di materia alla gestione criminale dei rifiuti – 7.3. L'economia circolare e la conformazione delle singole fattispecie – 8. Lo stato dell'arte dell'economia circolare in Italia – 9. Economia circolare e Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Sezione Approfondimenti 115

Coscienza e verità. Dal realismo della conoscenza al realismo giuridico 116
di Antonio Casciano

1. La coscienza nella cultura giuridica contemporanea. 2. Tre concezioni della coscienza a confronto. 2.1. La coscienza e i suoi dati im-mediati: Henri Bergson. 2.2. La coscienza come via alla vita eterna: Jaques Maritain. 2.3. La coscienza e il senso ultimo dell'esistenza: Marta Nussbaum. 3. Coscienza e verità morali. 4. La coscienza nella modernità. 5. Coscienza ed ermeneutica dell'oggettività. 6. Coscienza dell'umana condizione di co-esistenzialità e realismo giuridico.

Per un diritto antropologicamente fondato, di fronte al "cambio d'epoca" 130
di Domenico Menorello

1. Una soluzione di continuità nell'ordinamento italiano – Premessa e sintesi; 2. Il prolungato velo italiano sul "cambio d'epoca"; 3. Il bivio antropologico: Francesco o dell'*homo religiosus*; 4. segue: il bivio antropologico: Prometeo o della cultura dello scarto; 5. Un "nuovo diritto" per imporre la scelta di Prometeo; 6. Nel 2014/2015, le leggi 162 e 55 allentano i legami familiari, derubricando il matrimonio a fatto privato; 7. Nel 2016, la legge 76 "Cirinnà" pretende una modifica ontologica della famiglia; 8. Nel 2017, la legge 219 sul "biotestamento" (DAT) spezza il nesso fra "vita" e "dignità", indirizzando il SSN verso la seconda; 9. Nel 2018/2019, la Corte costituzionale ordina al Parlamento che disciplini la morte assistita; 10. Nel 2020, la de-responsabilizzazione e la de-ospedalizzazione dell'aborto; 11. Ancora nel 2020, la Camera approva il tentativo di imporre per legge l'ideologia *gender*; 12. Nel 2021, per sentenza diviene possibile la "maternità surrogata" all'estero; 13. Ancora nel 2021, la Camera spinge il Paese nell'anticamera dell'eutanasia; 14. Il "cambio d'epoca" come privilegiata occasione di presenza, nell'unità.

Fraternità cristiana e fratellanza universale. A margine della Enciclica *Fratelli tutti* 163
di Enzo Marangione

1. Introduzione – 2. Lo sviluppo del concetto di fraternità nell'antico e nel nuovo testamento – 3. Il concetto illuministico e marxista di Fratellanza – 4. Ebraismo e islamismo: fratellanza universale e nuova ermeneutica – 5. Edgar Morin: *La Fraternità, perché?* – 6. L'Enciclica *Fratelli tutti* e alcune reazioni critiche del mondo laico e religioso – 7. Considerazioni finali.

Comitato di valutazione 181

Autori 182

ISSN 2611-5476