



L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 2-2024

Anno VII

Direttore

Mauro Ronco

Direttore responsabile

Mauro Ronco

Coordinamento della redazione

Daniela Bianchini

Comitato di redazione

Chiara Airoma, Domenico Airoma, Daniela Bovolenta, Walter Brunetti, Francesca Carloni, Francesco Cavallo, Lorenzo Jesurum, Stefano Nitoglia, Daniele Onori, Margherita Prandi, Roberto Respinti, Angelo Salvi.

Comitato scientifico

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
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, Magistrato dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione
Carlos Fernando Mathias De Souza, Ordinario di Storia del diritto – Università di Brasilia (UnB)
Giacomo Rocchi, Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Armando Tursi, Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

CRITERI REDAZIONALI

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

I contributi dovranno essere inviati al seguente indirizzo di posta elettronica: info@l-jus.it (in formato .doc), specificando nome e cognome dell'Autore, qualifica accademica e/o professionale, indirizzo di posta elettronica e recapito telefonico per eventuali comunicazioni.

Ciascun contributo dovrà recare il titolo sia in italiano che in inglese e dovrà essere completo di sommario, di un breve abstract (in italiano e inglese) e dell'indicazione di cinque parole chiave (in italiano e in inglese).

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

IN QUESTO NUMERO

Il fascicolo n. 2-2024 di L-JUS presenta in primo luogo due studi che, in continuità con l'insegnamento di Rosario Livatino, approfondiscono le tematiche sul rapporto tra i valori cristiani e il diritto sia nella storia dell'Europa che nell'esperienza contemporanea.

Il primo studio, del Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti, intitolato *L'influenza dei valori cristiani sulle regole giuridiche in Europa*, costituisce l'elaborazione di un intervento svolto vari anni addietro a un Convegno sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, diretto ad affermare il legame genetico tra la cultura cristiana e il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo come intrinsecamente a lui spettanti per essere persona e non per concessione del potere politico.

Il secondo scritto, del giovane magistrato Dino Tarquini, è una riflessione in ordine alla missione, umanamente quasi impossibile, di giudicare. Le proposte di Tarquini sono ispirate a quel principio di umiltà che così mirabilmente caratterizzò la vita intera e l'opera compiuta per la giustizia da Rosario Livatino.

In secondo luogo il fascicolo presenta quattro studi scientifici che affrontano temi giuridici di scottante attualità.

Francesco Farri, Professore Associato di Diritto finanziario nell'Università degli Studi di Genova, sviluppa uno studio organico, alla luce della concezione dello Stato di diritto di rilevanza europea, sui vari punti qualificanti della proposta di riforma costituzionale in materia di separazione delle carriere magistratuali.

Pietro Dubolino, Presidente emerito di Sezione della Corte di Cassazione, affronta con ampiezza informativa e con acutissime argomentazioni critiche l'arduo tema della «guerra giusta» e della «pace giusta».

Mario Midiri, Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università di Roma LUMSA, esamina la proposta di *referendum* sui requisiti per ottenere la cittadinanza, che la Corte costituzionale ha recentemente ammesso con la sentenza n. 11 del 2025, nonostante che la proposta contenga alcuni aspetti “manipolativi”, ritenuti comunque accettabili dal Giudice costituzionale.

Luigi Stefanucci, Assistente di studio nel Consiglio Superiore della Magistratura, delinea con ricchezza di informazioni e con argomentazioni condivisibili il ruolo delle istituzioni internazionali in tema di contrasto all'impiego di capitali illeciti.

Il fascicolo è chiuso da una interessante riflessione di carattere storico sul rapporto tra il diritto e la musica svolta da Antonio Tomaselli, Dottore di ricerca in Filosofia del diritto.

Ritengo opportuno aggiungere una postilla allo studio di Dubolino, in ragione dell'estrema importanza delle ricadute del suo discorso sul piano degli sforzi per raggiungere la pace ovvero per proseguire la guerra attualmente in corso tra la Repubblica dell'Ucraina – e i suoi *partner* occidentali – e la Federazione russa.

Per quanto in questi giorni vi sia una notevole confusione informativa che non consente una valutazione adeguata degli eventi, è possibile cogliere una difformità di vedute in ordine agli sviluppi futuri verso la pace o verso la protrazione della guerra tra la Presidenza degli Stati Uniti d'America e alcuni Governi europei, in particolare, quelli, ma non solo, della Gran Bretagna, della Francia, della Polonia e dei Paesi Baltici.

Il quadro presenta aspetti di pericolosità per la pace e per la sicurezza stessa del nostro Paese di incalcolabile portata che gli organi costituzionali e di governo debbono considerare con estrema prudenza alla luce dell'elemento giuridico di portata fondamentale, costituito dall'art. 11 della Costituzione, alla cui stregua l'Italia ripudia la guerra non soltanto quando essa costituisca “strumento di offesa alla libertà degli altri popoli”, ma anche “come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali”.

Pietro Dubolino nel suo scritto mette opportunamente in luce che la Carta delle Nazioni Unite detta principi sulla guerra e sulle iniziative militari per la soluzione di contrasti tra le nazioni che ripropongono il concetto, dimenticato per secoli, almeno dai Trattati di Westfalia del 1648, di «guerra giusta».

L'art. 11 della Costituzione si colloca sullo stesso terreno della Carta delle Nazioni Unite, proscrivendo ogni tipo di guerra se non quella strettamente difensiva e consentendo soltanto alle “limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni”.

Sarebbe pertanto assai grave se l'Italia fosse costretta o indotta ad agire in base ad accordi con altri Stati, che non passassero attraverso una decisione del Parlamento e una legge dello Stato promulgata dal Presidente della Repubblica, rispettosa in tutto e per tutto dei principi dell'art. 11. Interventi di carattere militare assunti con accordi di governo

con altri Stati sarebbero estranei al perimetro della «guerra giusta» e trarrebbero con sé la responsabilità dei massimi organi dello Stato per i fatti illeciti di tipo penale che si verificassero nel corso degli interventi militari.

Al riguardo non si può che apprezzare, nel quadro allarmante di dichiarazioni di alcuni *leaders* europei, che parlano di costituire “una coalizione di volenterosi” per intervenire militarmente in Ucraina, ciò che ha fatto trapelare la nota del Governo italiano secondo cui il nostro Paese «*intende continuare a lavorare con i partner europei e occidentali e con gli Stati Uniti per la definizione di garanzie di sicurezza credibili ed efficaci, ribadendo che non è invece prevista la partecipazione nazionale a una eventuale forza militare sul terreno*» (*Corriere della Sera*, 16 marzo 2025, p. 2).

Ciò è non soltanto il frutto di una prudenza ispirata a una doverosa saggezza nonché all’interesse nazionale, ma altresì e soprattutto la conseguenza di un obbligo di carattere costituzionale, che subordina ogni intervento di tipo militare a condizioni ben precise, che non affiorano in alcun modo dalle proclamazioni di alcuni *leaders* di altri Paesi europei.

Torino, 17 marzo 2025

Mauro Ronco

SEZIONE STUDI

LUIGI MARUOTTI
Presidente del Consiglio di Stato

L'INFLUENZA DEI VALORI CRISTIANI SULLE REGOLE GIURIDICHE IN EUROPA*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il periodo del “diritto romano cristiano”– 3. Il periodo del diritto comune: dal rinascimento giuridico alle prime codificazioni – 4. Il Giurisdizionalismo, l'Illuminismo e l'affermazione dei diritti fondamentali.

1. Premessa

In questo scritto si vuole evidenziare brevemente come, nel corso del tempo, i valori cristiani abbiano notevolmente influito in Europa sull'evoluzione delle regole giuridiche.

Una rapida panoramica di carattere storico consente di cogliere come tali valori siano stati una spinta propulsiva per la progressiva affermazione di principi universalmente accettati, divenuti il fondamento di molte regole delle Costituzioni degli Stati moderni dell'Europa occidentale, nonché delle Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. Per comodità di esposizione, distinguerei tre periodi:

- a) il periodo del ‘diritto romano cristiano’, seguito cronologicamente dal periodo romano-barbarico, nel corso dei quali i valori cristiani hanno cominciato ad avere un ruolo primario;
- b) il periodo del diritto comune, che va dal XII al XVIII secolo, dall'epoca del rinascimento giuridico sino a quella della Rivoluzione francese e dunque sino all'età delle prime codificazioni;
- c) il periodo successivo alla Rivoluzione francese, caratterizzato dal progressivo riconoscimento e dalla tutela nei sistemi giuridici dei diritti fondamentali, consacrati nelle Costituzioni nazionali e nelle Convenzioni internazionali.

2. Il periodo del “diritto romano cristiano”

* *Contributo accettato dal Direttore.* Il presente lavoro costituisce l'elaborazione dell'intervento svoltosi nel corso del convegno “*La Chiesa nel mondo contemporaneo: fede cristiana e valori condivisi nella società e nella cultura d'oggi*”, tenutosi a Sorrento il 7 maggio 2011, organizzato dal Sovrano ordine di Malta.

L'illustre romanista Biondo Biondi ha definito come periodo del “diritto romano cristiano” quello che comincia con l'imperatore Costantino e termina con l'imperatore Giustiniano.

Per Riccobono, in questo periodo vi è stato «*l'impatto della religione nel campo del diritto*».

Sino al terzo secolo dopo Cristo, infatti, il diritto romano ancora si ispirava – sia pure con sempre minore convinzione – alle tradizioni più antiche ed ai *mores maiorum*, ad esempio ai poteri del *pater familias*.

L'influsso del cristianesimo comportò l'affermazione dei nuovi valori che furono posti a base di riforme normative e dell'interpretazione dei giureconsulti.

L'*aequitas*, la *benignitas*, la *caritas*, l'*humanitas* divennero fondamentali canoni di riferimento, da applicare per la protezione dei più deboli, dei minori, dei malati, delle donne e anche degli schiavi.

Innovando rispetto alle regole tradizionali sul *mancipium* e sul *dominium*, per le quali il *pater familias* aveva un incontrollato potere sui sottoposti ed il *dominus* poteva liberamente punire o uccidere il suo schiavo, si affermarono regole limitative del potere del *pater* e protettive per i suoi sottoposti e si dispose che la pubblica autorità poteva sanzionare il *dominus* che avesse abusato del suo schiavo.

Erano le prime ipotesi di “abuso del diritto”, che nel diritto moderno costituisce una figura generale di illecito.

Le regole protettive degli schiavi indussero nel XVII secolo il francese Pothier a dare una definizione del diritto di proprietà che ha avuto poi una generale condivisione, proprio per il richiamo ai limiti connaturati al suo esercizio, attualmente previsti dall'articolo 843 del codice civile italiano e dall'articolo 42 della nostra Costituzione.

Anche nei settori delle obbligazioni e dei contratti, i valori cristiani indussero alla introduzione di regole protettive dei soggetti più deboli ed in particolare dei debitori.

Nel diritto romano più antico e nell'epoca classica, rilevavano due principi fondamentali:

a) le parti potevano concordare qualsiasi clausola anche se squilibrata, ad esempio la previsione di interessi molto elevati nel caso di mutuo o un prezzo particolarmente basso nel caso di vendita;

b) l'obbligazione doveva essere comunque adempiuta.

Progressivamente, furono introdotte regole per la protezione dei più deboli.

Per quanto riguarda la fase della nascita dell'obbligazione, furono previsti strumenti di tutela per chi fosse in stato di bisogno e dunque fosse “disposto a tutto”, anche a concludere un contratto a condizioni particolarmente inique.

Questa tutela si indirizzò lungo tre direttrici (cui ancora si ispira il vigente codice civile italiano), in tema di mutuo, di patto commissorio e di contratti rescindibili per lesione *ultra dimidium*.

Innanzitutto, vi furono importanti riforme in tema di interessi, che i Romani chiamavano *usurae* (dovute quando, oltre ad esservi il *mutuum*, vi era la *stipulatio usurarum*).

Nel diritto classico, non erano mancate regole volte a limitare la libertà delle parti di concordare con la *stipulatio usurarum* altissimi tassi di interesse, ad esempio quella decemvirale del divieto dell'*usura ultra duplum* in un anno e quella introdotta da Cicerone del limite dell'uno per cento mensile.

La successiva legislazione romano-cristiana fu molto più stringente.

La Costituzione di Teodosio del 385 d.C. limitò il tasso degli interessi anche per il *foenus nauticum* (cioè per le operazioni economiche particolarmente rischiose, come il prestito per l'acquisto di merci trasportate per nave) e dispose l'infamia per chi avesse comunque violato i limiti sui tassi di interesse.

La *Generalis sanctio* di Giustiniano del 528 fissò nuove regole generali sui tassi di interesse, dimezzando il tasso ordinario al sei per cento annuo.

La *benignitas* posta a suo fondamento, unita alle discussioni dei Padri della Chiesa ed in particolare di San Girolamo e Sant'Agostino, indusse il diritto canonico a porre regole ancora più rigide per i cristiani che intendessero dare in prestito somme di denaro.

Sul presupposto che il tempo non può essere oggetto di speculazioni economiche, in quanto “appartiene a Dio”, il diritto canonico introdusse la regola del divieto di dare in prestito il denaro in cambio degli interessi, sul presupposto che il mutuo doveva consistere in un atto di solidarietà (*date mutuum, nihil inde sperantes*), con la conseguenza che i contratti di mutuo oneroso erano leciti solo se stipulati da chi non fosse di religione cristiana.

Tali principi rimasero fermi per molti secoli, dopo che l'imperatore Lotario impose in tutto il territorio dell'impero le regole del diritto canonico in tema di interessi, disponendo che solo i non cristiani potevano essere "mercanti del denaro".

Inoltre, va segnalata l'evoluzione della disciplina sul patto commissorio.

Sin dai tempi più antichi, in sede di conclusione della *stipulatio usurarum* garantita da un bene dato in pegno, le parti concordavano che nel caso di inadempimento il creditore diventasse proprietario del bene: la clausola così rovinosa per il debitore era tanto frequente, da essere diventata parte integrante della *stipulatio* e da essere definita *lex commissoria*.

La celeberrima Costituzione di Costantino del 324 d.C. non solo dispose per il futuro la nullità della *lex commissoria*, ma ne dispose retroattivamente la nullità, con la previsione della sua *damnatio memoriae*.

Il vigente articolo 2744 del codice civile ancora prevede il divieto del patto commissorio, esteso anche ai mutui ipotecari.

Va infine ricordata la normativa sulla rescissione del contratto, per lesione *ultra dimidium*.

Nel diritto romano-cristiano si perfezionò la regola affermatasi per *benignitas* a favore dell'alienante che, versando in stato di bisogno, avesse venduto per un prezzo molto basso un immobile a chi se ne fosse approfittato: si affermò che *humanus est* il tutelare la persona più debole dall'approfittamento altrui.

Per quanto riguarda la fase dell'adempimento dell'obbligazione, nel diritto romano classico era ancora vigente la rigorosa regola della legge delle XII tavole, per la quale il debitore inadempiente rispondeva con la morte ed i creditori si potevano dividere il suo corpo: l'inadempimento non poteva essere giustificato.

Questa regola andò ben presto in desuetudine, come rilevato dal giurista Favorino nel secondo secolo dopo Cristo, ma era indicativa del trattamento complessivo riservato ai debitori.

Nel periodo romano-cristiano, il debitore non fu più considerato responsabile nel caso di inadempimento "incolpevole".

Uno scritto del professore Francesco Paolo Casavola, sui Giuristi adrianei, ha molto bene posto in luce come il nuovo principio si affermò mediante un mutamento dell'interpretazione della parola *culpa*, contenuta nella legge delle XII tavole.

Nel significato più antico, essa era intesa come nesso di causalità.

Tenuto conto degli influssi greci, a loro volta ispirati ai valori cristiani della *benignitas* e dell'*aequitas*, la parola *culpa* venne intesa nel senso di rimproverabilità, sicché si cominciò ad escludere la responsabilità di quel contraente che non avesse adempiuto per caso fortuito o forza maggiore o che comunque avesse fatto tutto il possibile per adempiere.

Il diritto romano-cristiano incise anche sulla disciplina degli enti e delle persone giuridiche. Proprio la comunità cristiana costituì l'ente al quale i Padri della Chiesa ed i filosofi si riferirono, per identificare la nozione di ente morale: a partire da papa Innocenzo IV la Chiesa stessa fu identificata come un *corpus mysticum*, l'ente immateriale 'a vocazione universale', titolare di diritti e rappresentativa della comunità dei fedeli. Cominciarono a diffondersi le iniziative (*operae piae*), dovute anche ai frequenti lasciti ed alle donazioni in favore dei vescovi, volte a realizzare ricoveri per i più deboli (*ospitia*, gli orfanotrofi, *gerontocomia*, *manicomia*).

Le *operae piae* furono sempre più oggetto di specifiche normative del diritto canonico e del diritto imperiale e consentirono nel tempo il consolidamento delle strutture caritatevoli gestite dai *corpi morali* (nel linguaggio del diritto canonico), dagli *enti morali* (nel linguaggio del codice civile del 1865), dalle *istituzioni di assistenza e di beneficenza* (nel linguaggio della legge Crispi del 1890) e dalle fondazioni (nel linguaggio del codice civile del 1942).

Lo stesso attuale sistema del Servizio sanitario nazionale deve molto all'evoluzione che ha caratterizzato le *operae piae* e la relativa disciplina (anche in tema di rappresentanza), dal momento che molti enti morali privati ed enti ecclesiastici, che gestivano ospedali, orfanotrofi, manicomi, ecc., furono trasformati dapprima nel 1890 in istituti di assistenza e di beneficenza e poi nel 1968 in enti ospedalieri, prima di confluire con i loro patrimoni nelle Unità sanitarie locali e nelle Aziende sanitarie locali, a seguito della riforma avutasi con la legge n. 833 del 1978.

3. Il periodo del diritto comune: dal rinascimento giuridico alle prime codificazioni

Il diritto romano-cristiano ha continuato ad avere notevoli influssi nell'Europa occidentale, anche quando – dapprima con la caduta dell'Impero romano d'Occidente e

poi nel periodo successivo a Giustiniano – si è affermato il cd diritto romano-barbarico, con il progressivo e costante allontanamento dall'impero romano d'Oriente.

Il diritto romano-cristiano continuò ad avere rilevanza pure a seguito delle cd invasioni barbariche e comunque – come rilevato da Calasso e Pertile – vi fu la romanizzazione dei sistemi giuridici da esse introdotti.

Una convinta riaffermazione dei valori cristiani ebbe impulso nel periodo del diritto comune, che va dal cd rinascimento giuridico del XII secolo della scuola bolognese dei Glossatori sino all'epoca della Rivoluzione francese ed alle prime codificazioni.

In questo periodo, la scuola bolognese sul piano giuridico approfondì gli studi del *Corpus iuris* di Giustiniano, mirando all'enunciazione di interpretazioni 'giuste' delle regole più antiche, basate sui valori cristiani, contribuendo sul piano politico – in modo decisivo – a rafforzare la concezione teocratica del potere imperiale.

Per comodità di esposizione e per ragioni di sintesi, il periodo del diritto comune si può suddividere:

- a) nel periodo del 'rinascimento giuridico', in cui si affermarono la scuola bolognese dei Glossatori e la scuola dei Commentatori (con il rilievo del *mos italicum*);
- b) nel periodo del cd umanesimo giuridico (con il rilievo del *mos gallicum*);
- c) nel periodo delle prime "consolidazioni".

Il "rinascimento giuridico" coincise con la "riscoperta" del *Corpus iuris*.

A seguito del fortuito ritrovamento di una copia del *Corpus iuris*, considerato un *dono sceso dal cielo*, Irnerio, la *lucerna iuris*, Azzone, Odofredo cominciarono a darne con le loro glosse una interpretazione testuale, per darne una lettura coerente con i valori cristiani.

Va sottolineato come il *Corpus iuris* già costituiva un testo notevolmente cristianizzato dai compilatori bizantini.

I Glossatori verificarono come ogni regola in esso contenuta si fosse concretamente basata sull'*equitas*, sulla *benignitas*, sulla *caritas*, poiché intendevano rappresentare il medesimo *Corpus iuris* come la sintesi dei principi di giustizia ideale riferibile a Dio.

I Glossatori consideravano il *Corpus iuris* come il "contenitore" delle regole divine già affermatesi per secoli nel diritto civile romano, ne avevano una totale deferenza e con le loro continue interpolazioni adattarono ai valori cristiani i testi più antichi e quelli successivi.

In base a questo “metodo italiano della interpretazione”, definito proprio come *mos italicum*, sulla base del diritto divino era tratto da ogni parola del *Corpus iuris* ogni possibile significato, che valesse anche per il futuro.

Sotto il profilo “politico”, questa impostazione dei Glossatori fu senz’altro gradita ed anche sostenuta dagli imperatori, i quali miravano a dare un fondamento sostanzialmente teocratico alla loro autorità: essi si qualificarono come prosecutori della titolarità dell'*imperium* romano e come titolari del potere a suo tempo esercitato da Giustiniano, come espressione della volontà divina (*omnis potestas a Deo*).

In tal modo, il *Corpus iuris* divenne la base e il nucleo fondante del *diritto comune*, applicabile come diritto imperiale vigente, corrispondente all’insegnamento divino.

L’impostazione “politico-teocratica” dei Glossatori fu seguita anche dai Commentatori, tra i quali vanno menzionati Bartolo e Accursio, i quali – a differenza dei primi – non si limitarono ai commenti che costituivano corollari delle regole scritte, ma ricostruirono autonomamente singoli istituti giuridici (ad esempio, l’obbligazione, il dominio).

Malgrado le loro differenze, sia i Glossatori che i Commentatori aderirono in pieno al testo del *Corpus iuris* e ne diedero una lettura basata sui valori cristiani.

Inoltre, nel periodo del rinascimento giuridico si teorizzò e fu sostenuta dalle corti la sostanziale unicità del diritto comune, di cui furono considerati come componenti essenziali sia il *Corpus iuris*, basato sulla autorità imperiale, sia il diritto canonico, basato sulla autorità del Sommo Pontefice, oltre ai diritti locali.

Questa sostanziale unicità comportò una parziale osmosi degli ordinamenti, sicché alcune regole del diritto canonico divennero regole del diritto comune.

Di conseguenza, vi fu anche il superamento di regole tradizionali risalenti al diritto romano più antico. Si pensi alla tutela del possesso. Per il diritto romano, nel caso di spoglio vi era la possibilità di potersi fare giustizia da sé anche con la violenza: qualora non fosse stato in grado di recuperare il suo bene, lo spogliato poteva ottenere un *interdictum* del magistrato, il quale ordinava all’autore dello spoglio di non opporsi al recupero della cosa.

Invece, nel diritto canonico, nei casi in cui si discuteva chi dovesse essere il titolare di sedi vescovili, si affermò il principio *spoliatus ante omnia restituendus* (e cioè il vescovo

violentemente scacciato aveva titolo al suo reinsediamento, in attesa della definizione della lite).

Tale principio – mirante ad evitare l'uso della violenza – divenne di carattere generale e fu recepito dal diritto comune, con il superamento di quanto affermato nel *Corpus iuris*.

Ecco perché ora si afferma che la disciplina sulla tutela del possesso si giustifica per esigenze di ordine pubblico, *ne cives ad arma veniant*.

Successivamente al *mos italicum*, si diffuse il *mos gallicum* come metodo di interpretazione.

Con Alciato, considerato il fondatore del cd umanesimo giuridico e della 'scuola culta', ogni passo del testo del *Corpus iuris* fu sottoposto ad un esame critico, basato su considerazioni storicistiche: non poteva essere interpretato un testo, senza tenere conto della lontananza temporale della sua approvazione.

Cuiacio ed Otofredo cominciarono a dubitare della "importanza divina" del *Corpus iuris*, apprezzandone sì il valore come "monumento dell'antichità" utile, come punto di partenza delle discussioni, ma considerandolo anacronistico e superato.

Lorenzo Valla arrivò a definire Bartolo e Accursio come «*oche che avevano pasticciato sui testi*», come se questi fossero stati scritti "il giorno prima".

La scuola culta – con la sua impostazione "critica" dei testi – pose i fondamenti per adattare ai tempi il *Corpus iuris*, teorizzando l'importanza delle libere discussioni e del "dubbio" ed anche l'importanza della tolleranza per le posizioni altrui.

L'invito alla tolleranza fu molto importante nel complesso periodo in cui in Europa si diffusero le guerre di religione e, in particolare, gli atteggiamenti di intolleranza tra i cattolici ed i protestanti.

Superando la posizione per la quale la religione cristiana poteva essere imposta anche con la costrizione, i giuristi ed anche i teologi diffusero come valori cristiani anche quelli della libera discussione e della tolleranza.

Tra gli altri, menzionerei il Castellion, un autore dell'Alta Savoia, seguace di Erasmo da Rotterdam.

Nel suo lavoro del 1555 *De haereticis a civili magistratu non puniendis*, Castellion ritenne che il potere politico non doveva punire coloro che la pensavano diversamente e non seguivano le indicazioni della Chiesa di Roma ed osservò che «*Cristo non si avvale*

della spada e dei magistrati per affermare il suo verbo»: la tolleranza unisce e non divide; si trasmette il messaggio divino anche riconoscendo l'altrui libertà di coscienza.

In un altro suo lavoro del 1562, *De arte dubitandi*, Castellion ribadì che il “dubbio” e la tolleranza erano valori profondamente cristiani, basati sulla prudenza e sul rispetto del prossimo.

In quel periodo caratterizzato dalle guerre di religione, con l'invito al dialogo, alla tolleranza ed al rispetto delle posizioni altrui, si posero in Europa le solide basi per la pacificazione ed il superamento dei conflitti e, inoltre, si posero le basi per ulteriori passaggi, quali il diffondersi del Giurisdizionalismo, dell'Illuminismo e l'affermazione negli ordinamenti giuridici dei diritti fondamentali.

4. Il Giurisdizionalismo, l'Illuminismo e l'affermazione dei diritti fondamentali

Con il giurisdizionalismo, si cominciò a porre l'attenzione sui valori universali della persona e si posero le basi per l'affermazione del principio di uguaglianza.

Va sottolineata la diversità del Giusnaturalismo europeo, rispetto allo *ius gentium*, rilevante nel diritto romano e di cui aveva dato una definizione Gaio nel II secolo d.C.

Lo *ius gentium* aveva riguardato i rapporti del mondo romano con le altre civiltà e si era basato sugli istituti giuridici condivisi di quel tempo, tra i quali rientrava la schiavitù, che non era affatto percepita quale violazione dei diritti umani.

La scuola giurisdizionalista, del quale l'olandese Grozio è considerato il fondatore, mirò invece all'affermazione ontologica dei diritti dell'uomo, derivanti per il solo fatto che vi è stato il suo passaggio dallo “stato di natura” allo “stato civile”: tale impostazione fu ancor più decisiva per il superamento delle intolleranze religiose.

Con il suo richiamo al naturale *appetitus societatis* dell'uomo, cioè alla sua naturale vocazione di vivere organizzandosi in una collettività (ciò che avrebbe portato il Rousseau ad approfondire il fondamento del “contratto sociale”), il Giurisdizionalismo di Grozio diventò il fondamento filosofico ed etico di regole morali che – auspicabilmente – per ragioni di giustizia sostanziale sarebbero dovute diventare regole giuridiche.

Grozio basò il Giurisdizionalismo sui valori cristiani, considerati come “regole extralegali, ma evidenti di giustizia”, ed affermò che tali regole erano tanto giuste da dover essere giuridicamente rilevanti *anche se Dio non esistesse*.

Con il Giusnaturalismo, per il quale le regole giuridiche non dovevano necessariamente coincidere con quelle religiose, in vari ordinamenti cominciò ad attuarsi la laicizzazione del diritto, sia nel campo civile che in quello penale.

Nel suo scritto *De iure belli ac pacis* del 1624, Grozio distinse dal fenomeno religioso il “diritto laicizzato”, che a suo avviso in ogni ordinamento si sarebbe dovuto basare su soli tre “principi basilari”, comuni a qualunque società organizzata, cioè il non appropriarsi di ciò che è di altri, il rispettare i patti (*pacta sunt servanda*) e il risarcire i danni cagionati con colpa (*neminem laedere*): le altre regole si sarebbero potute ricavare sulla base di procedimenti deduttivi.

Il Giusnaturalismo influenzò profondamente il pensiero degli Illuministi, sia di quelli dell’area anglosassone, sia di quelli dell’area continentale.

Per Hobbes, teorico dell'assolutismo illuminato, è dovuta l’obbedienza al sovrano, perché questi – dovendo tutelare le libertà dei cittadini – ha il dovere di attenersi ai principi del diritto naturale ed a quelli della cristianità: Hobbes da un lato individuò il fondamento dello Stato di diritto con il primato della legislazione, dall’altro definì lo Stato come il “guardiano”, tenuto a tutelare le libertà.

Per Locke, teorico del liberismo inglese, è dovuta l’obbedienza al sovrano, perché questi – dovendo tutelare i diritti innati dell’uomo – deve positivizzare il diritto naturale sulla base dei principi etici e dei valori cristiani.

Nel Settecento, il pensiero di questi due autori ispirò in Inghilterra e anche negli Stati Uniti il costituzionalismo, per il quale i diritti innati devono essere garantiti dalle Costituzioni, che devono altresì disporre la supremazia del Parlamento rispetto al Governo.

Il costituzionalismo inglese e quello statunitense hanno dunque anch’essi attribuito rilievo ai valori etici ed a quelli cristiani, e non solo con le regole giuridiche, ma anche con significative modalità simboliche, come ad esempio con l’enunciazione sulle banconote degli Stati Uniti della frase «*In God we trust*».

Quanto ai Paesi continentali, vanno richiamati innanzitutto i giusnaturalisti tedeschi.

Per Pufendorf, gli ordinamenti devono mirare ad essere scienze esatte, con l’affermazione di tutti i corollari che si possono trarre dai tre principi fondamentali enunciati da Grozio.

Per Leibniz, per la loro importanza le Costituzioni avrebbero dovuto enunciare con assolutezza le “regole madri”, derivanti dal diritto naturale e poste a base della morale cristiana.

Per Wolf, le “regole madri” si sarebbero dovute enunciare sistematicamente nelle leggi con disposizioni generali e astratte, potendosi affermare in concreto e con chiarezza il principio di uguaglianza – il ‘primo’ dei principi – con la redazione di disposizioni normative contenenti il soggetto *chiunque*.

Vanno infine ricordati i francesi Domat e Pothier, considerati i padri del codice civile francese del 1804.

Nella sua opera “*Le leggi civili nel loro ordine naturale*”, Domat osservò che, mentre il diritto pubblico è mutevole in base alle continue contingenze storiche e politiche, il diritto civile è tendenzialmente stabile e deve necessariamente tenere conto del diritto romano, da considerare come un vero e proprio “deposito della sapienza”: il diritto romano, per come era stato modificato per l’influsso del diritto canonico, andava considerato come la principale fonte dei “principi universali” del diritto naturale.

Con Domat, vi fu dunque una mirabile sintesi tra il diritto romano, il diritto canonico e le aspirazioni del Giusnaturalismo, i quali dapprima furono oggetto di coordinamenti con le consolidazioni e poi divennero i “presupposti logico-giuridici delle codificazioni”.

Le “consolidazioni”, avutesi nel Seicento e nel Settecento in vari Paesi europei, avevano unicamente lo scopo di dare maggiore certezza al sempre più complesso quadro normativo e consistevano nella sostanziale redazione di *testi unici* aventi per oggetto determinate materie e contenevano – coordinate tra loro – le eterogenee disposizioni vigenti, tratte dal *Corpus iuris*, dalle disposizioni imperiali, dal diritto canonico, dalle consuetudini, dalle normative locali meritevoli di avere applicazione generale.

Con la Rivoluzione francese e l’affermazione del parlamentarismo, cominciò il periodo in cui si sentì il bisogno pressante di erigere nuovi sistemi normativi, basati sul principio di uguaglianza, e di fissare in codici “innovativi” le nuove regole.

Le *codificazioni*, a differenza delle *consolidazioni*, comportarono la progressiva perdita in Europa della rilevanza del diritto comune.

Una disposizione finale del Codice Napoleonico del 1804 stabilì che con la sua entrata in vigore avrebbe perso rilevanza il diritto comune e una simile disposizione era contenuta nel Codice tedesco del 1896.

Malgrado il “passaggio epocale” dell’epoca delle codificazioni, non vi è stata una riduzione della incidenza dei valori cristiani nelle legislazioni europee.

Con l’entrata in vigore dei codici, nei Paesi europei vi è stata una prima disciplina del principio di uguaglianza, con la conseguente tutela degli individui nei loro rapporti civili, secondo la logica prevalente dello “Stato guardiano” e del legislatore “illuminato” e “infallibile”.

Il codice francese del 1804 vietò ai giudici di darne una interpretazione difforme dal dato testuale (ispirandosi ad una analoga regola a suo tempo disposta da Giustiniano, che vietò di dare al *Corpus iuris* una interpretazione diversa dal suo dato testuale), proprio perché si era diffuso il “mito della saggezza del legislatore”.

Dall’esame della storia emerge un “eterno ritorno” al diritto naturale e ai valori cristiani.

Questo “eterno ritorno” è stato determinante anche per abbandonare il “mito della saggezza del legislatore”, per superare momenti particolari della storia mondiale e per creare un sistema di valori universalmente accettati.

Si pensi a quanto è accaduto nel corso del Novecento ed alle leggi che in vari Paesi avevano disconosciuto il principio di uguaglianza, introdotto discriminazioni, consentito di avere condotte lesive dei diritti umani.

I fatti della storia hanno fatto superare la visione fideistica per la quale la legge approvata da un Parlamento per definizione è “giusta”.

Con l’accordo di Londra ed i processi di Norimberga e di Tokyo, la comunità internazionale decise che si sarebbero dovuti sottoporre a processi penali coloro che – pur se formalmente si erano attenuti alle leggi vigenti nei loro Paesi – avevano commesso condotte ingiustificabili, sotto il profilo della morale e della giustizia sostanziale.

Il superamento del tradizionale mito dell’onnipotenza del legislatore si è concretizzato in quasi tutti gli Stati con la previsione espressa nelle Costituzioni delle “regole madri”, dei “principi” sui “diritti fondamentali” e con la contemporanea istituzione delle Corti Costituzionali, competenti a verificare se le leggi ordinarie si pongano in contrasto con tali principi.

Sul piano internazionale, è stata sempre più condivisa la necessità che i diritti fondamentali siano tutelati anche da convenzioni internazionali e da atti aventi rilevanza universale, come la dichiarazione dell’O.N.U. del 1948 sui diritti civili.

I valori cristiani sono dunque ben presenti nelle Costituzioni e nelle convenzioni internazionali e riguardano il “rispetto del prossimo”, non solo in un’ottica *statica* volta a “non ledere”, ma anche in un’ottica *dinamica* basata sulla solidarietà, che – come insegnò anche Leone XIII nella sua enciclica *Rerum novarum* – spinga ad avere anche comportamenti attivi di aiuto ed assistenza.

In sintesi, quest’ottica dinamica costituisce una potente spinta propulsiva per la società: la solidarietà, con la sua apertura verso il prossimo, consente anche di tendere ad un mondo migliore.

Abstract

LUIGI MARUOTTI, L'influenza dei valori cristiani sulle regole giuridiche in Europa

L'articolo inizia con una breve premessa in cui l'Autore mette in risalto come, nel corso del tempo, i valori cristiani abbiano notevolmente influito in Europa sull'evoluzione delle regole giuridiche. Nei paragrafi successivi l'Autore fa un'ampia panoramica storica, soffermandosi in particolare sul diritto romano cristiano, sul diritto comune, sul Giurisdizionalismo, sull'Illuminismo e sull'affermazione dei diritti fondamentali nel corso del Novecento.

Parole chiave: storia del diritto, valori cristiani, diritti fondamentali, giurisdizionalismo, Europa.

LUIGI MARUOTTI, The influence of Christian values on legal rules in Europe

The article begins with a brief foreword in which the author highlights how, over time, Christian values have greatly influenced the evolution of legal rules in Europe. In the following paragraphs, the author gives a broad historical overview, focusing in particular on Roman Christian law, common law, Jurisdictionalism, the Enlightenment and the affirmation of fundamental rights during the twentieth century.

Key words: history of law, Christian values, fundamental rights, jurisdictionalism, Europe.

DINO TARQUINI
*Magistrato ordinario in tirocinio e Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila*

**IL GIUDICE E LA GIUSTIZIA.
GLI INTERROGATIVI FONDAMENTALI DI UN NEO MAGISTRATO***

SOMMARIO: 1. La necessità di una risposta – 2. La tragicità della giurisdizione – 3. La soluzione dell'umiltà – 4. Diritto, etica e dignità umana.

1. La necessità di una risposta

Essere magistrato – e non solo *fare* il magistrato, come ricordava Rosario Livatino – oggi, nella complessa società in cui si vive, appare una responsabilità di non poco momento. Vi è sotteso l'impegno a dare una risposta, anche a sé stessi, sul proprio ruolo. Allo scopo, potrebbe esser fecondo il compimento di un passaggio logico, dal piano scientifico del diritto, a cui il giurista è solito guardare, imperniato sul carattere analitico della disamina ed avente ad oggetto il dato empirico normativo, al terreno giusfilosofico.

È in questa dimensione, forse troppo spesso trascurata dagli operatori pratici del diritto, infatti, che si può tentare di dare una risposta, così da risultare, nel senso pieno etimologico, responsabili, giacché ci si volge all'assolvimento della promessa fatta di dar conto del proprio ruolo sociale. È l'approccio filosofico, invero, che consente di porsi delle domande fondamentali, in ordine alla giustificazione ultima ed all'essenza del diritto, onde potersi interrogare sui connotati essenziali della figura del giudice¹.

Il tenore e lo spessore dei quesiti lasciano interdetti. Si percepisce plasticamente la gravità dell'interrogativo e la profonda difficoltà del rispondervi. Non esiste un solo concetto di diritto, e non vi è un solo campo da scrutinare per abbozzare i lineamenti del giudice. Numerosi sono gli ambiti disciplinari avvinti alle tematiche di interesse. Si pensi non solo alla filosofia del diritto, ma anche all'antropologia del diritto, che indaga sull'intima connessione del fenomeno giuridico con l'esperienza culturale della comunità

*Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Il salto di qualità compiuto dall'approccio giusfilosofico è ben testimoniato, tra l'altro, da F. D'AGOSTINO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2006; L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Torino, 2022.

umana, influenzata dalle coordinate spazio-temporali²; alla sociologia del diritto, che si occupa sia della “società nel diritto”, e quindi dell’atteggiarsi dei singoli e delle formazioni sociali circa la concreta osservanza dei canoni giuridici, sia del “diritto nella società”, e dunque del ruolo, in specie in chiave funzionale, delle regole giuridiche in seno al sistema sociale³; alla teologia del diritto, che si spinge sino a speculare sulle relazioni fra la giustizia ed il divino⁴; al movimento *law in literature*, vocato a cogliere dalla poesia, dal teatro e dalla prosa l’essenza della giustizia⁵; nonché anche agli illustri accostamenti fra diritto e musica, ambedue discipline performative, che esigono l’interpretazione⁶.

2. La tragicità della giurisdizione

Nondimeno, per tentare di tratteggiare un principio di risposta alle domande poste in apertura, a valere come mero stimolo all’approfondimento sul tema, sia consentito far ricorso alla “squisita relatività” dell’arte, citando il museologo Antonio Paolucci, che in questi termini si esprime, sull’onda dell’insegnamento tratto dalle “Vite” di Giorgio Vasari, ragionando sulla capacità dell’opera d’arte di inserirsi armoniosamente in un articolato sistema di relazioni, che racconta, tra l’altro, aspetti storici, sociali e finanche intimistici⁷.

Ebbene, nell’arco dei secoli ed attraverso diverse prospettive culturali, molteplici sono le rappresentazioni iconiche della giustizia.

In questo *mare magnum*, emerge pacificamente, tra i profili più significativi, la sacralità della giustizia. Seduta su uno scanno, coronata, impassibile ed austera, sovente munita di bilancia, simbolo di equilibrio ed imparzialità, e di spada, strumento di reazione sanzionatoria. Tale sacralità lega chi è chiamato ad inverare la giustizia, per mezzo della consacrazione, alla divinità. Ne deriva il carattere trascendente e pressoché sovrumano del giudicare. San Giacomo si rivolge direttamente a chi si arroga l’insostenibile peso, domandandogli retoricamente «*ma tu chi sei per giudicare il prossimo?*»⁸; San Paolo è

² *Ex multis*, R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

³ *Ex multis*, R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 2002.

⁴ *Ex multis*, V. DE PAOLIS, *Note di teologia del diritto*, Venezia, 2013.

⁵ *Ex multis*, M. P. MICHETTI, *Diritto e letteratura e Law and Humanities*, Torino, 2024.

⁶ *Ex multis*, E. PICOZZA, D. SICLARI (a cura di), *Scritti vari su musica e diritto*, Napoli, 2022.

⁷ A. PAOLUCCI, *Arte italiana. Mille anni di storia*, Firenze, 2022.

⁸ Gc 4, 13.

addirittura *tranchant*, ed afferma che colui che giudica è «inescusabile», «chiunque» egli «sia»⁹. Tanti altri ancora hanno speculato nello stesso senso.

Si prefigura, orbene, quel che l'insigne filosofo del diritto Francesco D'Agostino ha acutamente chiamato la «tragicità della giurisdizione»¹⁰. L'unico epilogo umanamente possibile sembra essere, allora, l'imperativo evangelico «non giudicate»¹¹.

3. La soluzione dell'umiltà

La via maestra per sciogliere il dilemma può essere scorta seguendo il prezioso insegnamento dello straordinario magistrato Rosario Livatino, il quale, nella piena consapevolezza che «*per giudicare occorre la luce e nessun uomo è luce assoluta*», risolve il travaglio interiore scaturente dall'alto ufficio ricoperto indossando «*l'abito delle virtù*», «*con umiltà*», dimettendo «*ogni vanità e soprattutto ogni superbia*». Il giudice, pertanto, può svolgere la propria nobile quanto delicata funzione, immergendosi nei drammi umani sottesi al giudizio, solo in seguito ad una «*contrizione costruttiva*»¹².

Chi giudica non possiede il diritto di farlo, bensì un potere marcatamente connotato da una cifra doverosa, così da pronunciarsi non in proprio nome, quanto piuttosto nel nome della giustizia. Chi volesse giudicare in guisa autoreferenziale sarebbe inevitabilmente destinato al fallimento. Rammenta Sofocle nell'*Antigone*, infatti, che all'interno di «*colui che ritiene di deliberare da solo*» non può che trovarsi «*il vuoto*»¹³.

In un'ottica assiologica, si impone, in definitiva, il valore del limite. Si ricorra ancora all'ausilio dell'arte. La celebre Giustizia di Ambrogio Lorenzetti, nella «*Allegoria del buon governo*» presso il Palazzo pubblico di Siena, vede la propria bilancia, strumento di esercizio del suo potere-dovere, retta dalla Sapienza divina, collocata sopra di lei. Tale effigie pare illuminante. Il giudice è infatti generalmente riguardato come latore di senno e discernimento. Tuttavia, è bene sottolineare come tale sapienza propria del giudicante abbia carattere tecnico-giuridico. I parametri del giudizio sono esogeni, essendo posti dal legislatore. Si verte su un limite precipuo, che tocca l'architettura istituzionale.

⁹ Rom. 2, 1.

¹⁰ F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Torino, p. 128.

¹¹ Mt 7, 1-2; Lc 6, 37.

¹² R. LIVATINO, *Fede e Diritto. Relazione svolta nella sala-conferenze dell'Istituto delle Suore Vocazioniste*, Canicattì, 30 aprile 1986.

¹³ SOFOCLE, *Antigone*, traduzione di M. Cacciari, Torino, 2007.

Nel disegno costituzionale italiano, il principio è sancito nel secondo comma dell'art. 101 della Carta fondamentale, ove si statuisce che «*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*». In queste poche parole è compendiato il limite e la forza della giurisdizione. Se è vero che il giudice deve formare la regola del caso concreto partendo dalla norma astratta contenuta nella disposizione legislativa, è pur vero che il giudice, nell'espletare siffatta funzione, è autonomo e indipendente, non soffrendo altra soggezione all'infuori di quella alla legge. Si registra qui il vigore dello Stato di diritto, in cui nessun potere è sottratto alla giustizia. A maggior ragione, il medesimo ragionamento valga per lo Stato costituzionale, in cui pure il legislatore trova il proprio giudice, chiamato a garantire una giustizia alta, avente la propria fonte nella legge fondamentale. Si discorre, in ultima analisi, della logica dei *checks and balances*, per cui trionfa, nella dialettica fra poteri, il valore del limite¹⁴.

Va rifuggita, dunque, ogni forma di tracotanza. Anche il costituente Piero Calamandrei ricordava come il giudice, per il potere che assume sulle sue spalle, è chiamato all'umiltà¹⁵. Questa virtù deve orientare il magistrato in ogni sua opera.

Quanto asserito vale nel processo, ove occorre rispettare le parti ed i loro difensori, valorizzando al massimo il principio per cui *audiatur et altera pars*. Si è già detto che il giudice che intende decidere in solitudine nella sua torre eburnea è destinato al fallimento della propria missione. Va coltivato invece il dubbio, stimolato il dialogo e favorita la dialettica, poiché il contraddittorio costituisce il vero statuto epistemologico della giurisdizione¹⁶. Anche su questo punto merita di essere riportata alla mente la straordinaria vicenda umana di Rosario Livatino, noto peraltro per il suo rigoroso rispetto dei vari attori del processo, nonché delle guarentigie poste a presidio delle prerogative dei medesimi¹⁷.

L'umiltà, intesa in special modo quale senso del limite, va declinata anche e soprattutto in relazione al diritto sostanziale. Si pone, quindi, l'immenso e annoso tema dell'interpretazione. Disparate sono le teorie, spesso raffinate ed affascinanti, sorte sul punto¹⁸. Oggi sono in molti a sostenere un ruolo particolarmente proattivo del giudice, quasi quale sensore sociale. Si parla di “*inventio*” per far riferimento all'opera del

¹⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 57 ss.

¹⁵ Si rinvia a P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999.

¹⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, p. 250 ss.

¹⁷ A. MANTOVANO, D. AIROMA, M. RONCO, *Un giudice come Dio comanda*, Milano, 2021, p. 82 ss.

¹⁸ Si rinvia a G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021.

giudicante di rinvenimento nel sentire sociale di nuove pretese meritevoli di protezione, anche prescindendo dal filtro della cristallizzazione positiva¹⁹. Di certo tali audaci ricostruzioni possono cogliere nel segno ove siano volte a conferire «*alla legge un'anima*», evocando ancora Rosario Livatino²⁰; pur tuttavia, non può tacersi il rischio che in tal modo la toga celi il ruolo di ingegnere sociale, peccando di quella *ubris* che si è a più riprese tacciata di essere il vero nemico del giudice. “*L'impressionismo giuridico*”, di cui si è parlato in dottrina²¹, può costituire un pregnante valore, se inteso come apertura al pluralismo dei canoni ermeneutici, quali, ad esempio, l'interpretazione storica, sociologica, comparatistica. Nondimeno, non va mai perso il senso dell'umiltà, quindi del limite, nell'equilibrio istituzionale fra i poteri statuali e sovra-statali, vero baluardo contro la “tragicità della giurisdizione”.

4. Diritto, etica e dignità umana

Già con queste brevi riflessioni si percepisce come sia dirimente, per comprendere il ruolo del giudice al cospetto del dato positivo, il concetto di diritto. Parimenti, dalle stesse sintetiche osservazioni emerge come vi siano forti contrasti sul punto. Plurime teorie del diritto si sono cimentate in sottili opere ricostruttive, che hanno condotto a porre l'accento su segmenti diversi del fenomeno giuridico. Si va, con una certa approssimazione, dal giusnaturalismo, che premia la dimensione etica, all'approccio empirico del giusrealismo, passando per il primato della dimensione formale nel giuspositivismo²².

Il beato Rosario Livatino traccia una strada anche in questo intricato campo. Egli ha dimostrato, con le sue parole e con la sua opera, di essere consapevole dell'esistenza di una bidimensionalità intrinseca nel problema giuridico, poiché accanto al c.d. *ius in civitate positum* rinviene un'idea di giustizia che precede e supera il diritto vigente. Si intravede allora il nesso inscindibile fra il diritto e la morale²³.

¹⁹ Si veda l'impostazione del Presidente emerito della Corte costituzionale Professor Paolo Grossi. Sul punto, per una compiuta ricostruzione, si rinvia a P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2022.

²⁰ R. LIVATINO, *Fede e Diritto. Relazione svolta nella sala-conferenze dell'Istituto delle Suore Vocazioniste*, Canicattì, 30 aprile 1986.

²¹ Si veda, tra l'altro, F. MARINELLI, *L'impressionismo giuridico. Artisti e giuristi nella Francia dell'Ottocento*, Pisa, 2022.

²² L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Torino, 2022.

²³ R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, Canicattì, 7 aprile 1984; R. LIVATINO, *Fede e Diritto. Relazione svolta nella sala-conferenze dell'Istituto delle Suore Vocazioniste*, Canicattì, 30 aprile 1986.

Il Professor Mauro Ronco, nell'esaminare il rapporto fra questi ultimi due poli in Livatino, rammenta come il diritto sia una partizione dell'etica, nella sua declinazione sociale. La relazione è, pertanto, di *species a genus*, in chiave di integrazione e, quindi, di solo parziale alterità. Il diritto trasfonde in norma giuridica quella porzione di morale sociale che, essendo tesa alla realizzazione del bene comune, risulta esigibile²⁴.

Quanto affermato non sta necessariamente a significare che il diritto consta di un corpo normativo fisso ed immutabile, insuscettibile di evoluzione nella sua fredda cristallizzazione. L'elasticità del diritto naturale nella versione più aperta ed eclettica, capace di cogliere il *quid* di ricchezza presente in altri orientamenti giusfilosofici, è ben messa in evidenza dalla Professoressa Laura Palazzani. Ella osserva come sia opportuna, in seno ad «una società complessa, secolarizzata e pluralistica», una «ritematizzazione del diritto naturale», al fine di fondarne la rinnovata vitalità in un «orizzonte veritativo» costituito da un criterio oggettivo, elemento non negoziabile, ovvero la dignità umana. Si è parlato così di diritto naturale dinamico, variabile, storico, vigente. Un giusnaturalismo non statico, ma ricettacolo assiologico del «sentimento di comunanza naturale, che rinsalda i legami relazionali». In quest'ottica è ben possibile valorizzare il dato empirico e sociale, segnando, tuttavia, anche al medesimo un limite invalicabile, rappresentato dalla dignità umana, quale «criterio strutturale» da porre a giustificazione del diritto stesso²⁵.

Se si accoglie questa impostazione che, seppur pronta ad incrociarsi con diverse letture, e, quindi, tendente all'eclettismo, si impernia sull'inscindibile nesso fra diritto e giustizia, allora diviene cruciale il ruolo del giudice. Costui, difatti, più di ogni altro operatore giuridico pratico, è a strettissimo contatto con il titolare della dignità, e cioè con la persona. Magistrali sono, sul tema, gli insegnamenti di Immanuel Kant, per il quale quest'ultima è il soggetto che reca con sé medesimo la propria ragion d'essere, «le cui azioni sono suscettibili di imputazione»²⁶. Ebbene, nella sfera dei comportamenti rilevanti per il bene comune, in quanto tali esigibili dal diritto e non ascrivibili solo all'etica sociale, la qualificazione delle azioni, con imputazione in capo ai soggetti e conseguente reazione di sistema, spetta, appunto, al giudice. È la giurisdizione a trovarsi dinanzi

²⁴ A. MANTOVANO, D. AIROMA, M. RONCO, *Un giudice come Dio comanda*, Milano, 2021, 119 ss.

²⁵ L. PALAZZANI, *Una introduzione filosofica al diritto*, Roma, 2011, p. 26 ss.

²⁶ G. SANS, *La dignità dell'uomo. Riflessioni alla luce del pensiero di I. Kant*, in *La civiltà cattolica*, vol. I, 2015, p. 440 ss.; F. SCIACCA, *Il concetto di persona in Kant*, Milano, 2000, p. 151 ss.; in generale, si rinvia a I. KANT, N. HINSKE, G. SADUN BORDONI (a cura di), *Lezioni diritto naturale*, Milano, 2016.

all'esercizio della libertà originaria della persona, fine ultimo nell' "escatologia" dell'ordinamento giuridico²⁷. È la giurisdizione chiamata, in definitiva, a fare del diritto giustizia. Non è un caso, allora, che nel mondo anglosassone si usi chiamare il giudice *Justice*. L'atto del giudicare, quindi, si colora di carità²⁸, poiché costituisce la manifestazione autoritativa più vicina alla – e nell'interesse della – persona, agente dotato di libero arbitrio e qualificato dalla dignità umana, unico valore assoluto.

Rosario Livatino testimonia, con la sua vita concreta, esattamente ciò. Papa Francesco lo ricorda, affermando che il giudice beato ha dimostrato «quanto la virtù naturale della giustizia esiga di essere esercitata con sapienza e con umiltà» ponendo costantemente al centro «la dignità trascendente dell'uomo», dotato di una «innata capacità di distinguere il bene dal male», grazie ad una «bussola inscritta nei nostri cuori e che Dio ha impresso nell'universo creato»²⁹.

Essere magistrato oggi, in conclusione, quantunque esponga al sublime peso della "tragicità della giurisdizione", consente di esercitare la propria sapienza giuridica, in senso etimologico, "assaporando" il servizio alla giustizia, e dunque alla dignità umana. È offerta così la preziosa occasione, per dirla con Kant, di riempire il proprio «*animo di ammirazione e venerazione sempre nuova e crescente*», in virtù della riflessione *sul cielo stellato sopra di sé e sulla legge morale dentro di sé*³⁰.

²⁷ Si rinvia, *inter alia*, per una lettura che collega inestricabilmente la dignità umana alla libertà, a F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2018.

²⁸ R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, Canicattì, 7 aprile 1984; R. LIVATINO, *Fede e Diritto. Relazione svolta nella sala-conferenze dell'Istituto delle Suore Vocazioniste*, Canicattì, 30 aprile 1986.

²⁹ FRANCESCO, *Discorso al Parlamento europeo: insegnamenti di Francesco*, vol. II, 2, 2014, p. 626.

³⁰ Si richiama il celebre epitaffio sulla tomba del filosofo di Königsberg, tratto dall'opera "*Critica della ragione pratica*".

Abstract

DINO TARQUINI, Il giudice e la giustizia. Gli interrogativi fondamentali di un neo magistrato

Il contributo tenta di dare una risposta agli interrogativi fondamentali che si stagliano innanzi a chi oggi è chiamato ad essere magistrato. Pertanto, attraverso un approccio giusfilosofico, si affronta il tema della “tragicità della giurisdizione”, scorgendo quale soluzione a tale nodo l’umiltà nel sapiente servizio alla giustizia e, in definitiva, alla dignità della persona umana.

Parole chiave: giudice, giustizia, Rosario Livatino, dignità umana, etica, umiltà.

DINO TARQUINI, The Judge and Justice. The Fundamental Questions of a new magistrate

This article attempts to provide an answer to the fundamental questions facing those who are called to be judges today. Therefore, through a jurisprudential-philosophical approach, it addresses the theme of the ‘tragic nature of jurisdiction’, seeing humility in the wise service to justice and, ultimately, to the dignity of the human person as the solution to this knot.

Key words: judge, justice, Rosario Livatino, human dignity, ethics, humility.

FRANCESCO FARRI

*Avvocato in Arezzo e Professore Associato di Diritto finanziario
Università degli Studi di Genova*

**“STATO DI DIRITTO” DI RILEVANZA EUROPEA
E PROPOSTA DI RIFORMA COSTITUZIONALE ITALIANA
IN MATERIA DI SEPARAZIONE DELLE CARRIERE MAGISTRATUALI ***

SOMMARIO: 1. Il perimetro definitorio dello “stato di diritto” come “valore comune” ai sensi dell’art. 2 del Trattato dell’Unione europea – 2. I conseguenti limiti intrinseci alla sindacabilità delle norme degli Stati membri da parte dell’Unione europea per violazioni dello “stato di diritto” – 3. Sindacabilità dello “stato di diritto” e rispetto del principio di attribuzione delle competenze all’Unione europea – 4. “Stato di diritto” e indipendenza della magistratura – 5. La piena conformità della proposta di legge costituzionale italiana in materia di riforma delle carriere magistratuali al valore comune europeo dello “stato di diritto” – 6. L’irrelevanza e infondatezza, ai fini del diritto europeo, delle possibili obiezioni sollevate – 6.1. Sorteggio dei membri dei Consigli Superiori – 6.2. Impugnabilità delle decisioni dell’Alta Corte disciplinare – 6.3. Separazione delle carriere dei pubblici ministeri.

1. Il perimetro definitorio dello “stato di diritto” come “valore comune” ai sensi dell’art. 2 del Trattato dell’Unione europea

L’analisi del disegno di legge costituzionale in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare (A.C. 1917 e collegati) nella prospettiva della tutela dello “stato di diritto” prevista dal Trattato sull’Unione europea richiede l’effettuazione di alcune precisazioni preliminari.

Riguardo al concetto di “stato di diritto”, credo possano darsi per unanimemente condivisi due dati: il primo, che nei suoi principi essenziali lo “stato di diritto” rappresenti un valore fondante essenziale di tutti gli Stati democratici moderni, a cominciare da quelli membri dell’Unione europea, nonché della stessa Unione europea; il secondo, che la declinazione dei principi essenziali dello “stato di diritto” in regole atte a disciplinare i

* *Contributo sottoposto a valutazione.* L’articolo trae spunto dalla relazione svolta dall’Autore al seminario di studi “Stato di diritto in Italia. Sfide e opportunità per il sistema giudiziario italiano derivanti dalle recenti proposte di riforma della giustizia”, organizzato dalla rappresentanza in Italia della Commissione Europea, Roma, 15 gennaio 2025.

dettagli dei rapporti fra poteri pubblici, nonché fra poteri pubblici e privati cittadini, sono diversificate da ordinamento e ordinamento.

Il dato appare recepito anche nei documenti ufficiali della Commissione. Ad esempio, nella Comunicazione COM(2019)343 del 17 luglio 2019, recante il programma d'azione per "Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione", si conviene fin dall'introduzione che *«lo Stato di diritto è un principio consolidato, ben definito nel suo significato essenziale»*, che è *«lo stesso in tutti gli Stati membri»*, mentre fuori da tale contenuto essenziale rimangono *«le diverse identità nazionali e i diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche che l'Unione è tenuta a rispettare»*.

Non può che esser dunque a questo contenuto essenziale dello "stato di diritto" che opera riferimento il secondo periodo dell'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea quando afferma che "questi valori sono comuni agli Stati membri".

Correlativamente, non può che esser questo contenuto essenziale a costituire valore fondativo dell'Unione ai sensi del primo periodo dell'art. 2: Unione che declinerà nel dettaglio il principio, in cui tale valore giuridicamente si traduce, negli atti normativi che è competente ad adottare secondo il principio di attribuzione (art. 5 TUE), a cominciare da quelli attinenti all'organizzazione delle proprie istituzioni.

Altrimenti opinando, del resto, e cioè a voler ritenere per ipotesi che il concetto di "stato di diritto" ai sensi dell'art. 2 del Trattato vada oltre rispetto ai contenuti essenziali di esso, dovrebbe ritenersi, ad esempio, che il primo periodo dell'art. 2 vincoli l'Unione, non già al rispetto del principio della separazione dei poteri o al principio di indipendenza e imparzialità della magistratura in quanto tali, ma a ispirarsi a specifici modelli statuali di declinazione in concreto di tali principi. Ciò che, all'evidenza, non può essere sostenuto.

2. I conseguenti limiti intrinseci alla sindacabilità delle norme degli Stati membri da parte dell'Unione europea per violazioni dello "stato di diritto"

Se tale premessa è condivisa, discende un corollario di cui appare necessario tener conto in sede di interpretazione degli articoli del Trattato volti ad assegnare all'Unione Europea competenze in materia di verifica del rispetto dello "stato di diritto", mediante procedura d'infrazione (art. 258 TFUE) oppure mediante la speciale procedura prevista dall'articolo 7 del TUE.

Un problema di rispetto dello “stato di diritto” si potrà porre solo per violazioni dei suoi principi fondativi, del suo “significato essenziale”.

Ciò è reso plasticamente evidente dalla formulazione utilizzata dall’art. 7 (che consente di intraprendere le procedure in esso previste solo in caso di “evidente rischio di violazione grave” da parte di uno Stato membro dei valori di cui all’articolo 2 ovvero di “violazione grave e persistente”), ma vale in generale anche ai fini delle procedure di infrazione ordinarie.

Tali principi appaiono presenti anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, nel momento in cui ha ritenuto di dover rendere effettivi i principi di cui all’art. 2 TUE, ha pur sempre sottolineato anche in sede di decisione su procedure di infrazione ai sensi dell’art. 258 TFUE la «discrezionalità» di ogni Stato membro *«per garantire l’attuazione dei principi dello Stato di diritto»*, secondo il consolidato principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri, conseguentemente confermando che il sindacato effettuabile a livello di Unione Europea riguarda sempre e soltanto il rispetto degli stessi principi essenziali e non anche le norme di dettaglio in cui essi si traducono nei singoli Stati (Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, 16 febbraio 2022, caso C-156/21, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, e caso C-157/21, Polonia c. Parlamento e Consiglio, parr. 283 e 327 di entrambe le sentenze).

Correlativamente, i dettagli applicativi di istituti giuridici che in qualche misura si colleghino ai principi dello “stato di diritto” esulano in generale dal perimetro di sindacabilità dell’Unione Europea, salvo naturalmente il caso in cui essi si pongano in condizione di frontale incompatibilità rispetto all’oggettivo perimetro dei principi stessi e, correlativamente, siano idonei a minarne quel nucleo essenziale costituente valore comune.

Del resto, se sono corrette le premesse di partenza, al di fuori di tale ambito dei principi di fondo dello “stato di diritto”, che possono dirsi condivisi fra gli Stati membri ai sensi dell’articolo 2 del Trattato, difetta il presupposto di una comune definizione dei contenuti che lo “stato di diritto” dovrebbe assumere, con la conseguenza che difetterebbe un parametro oggettivo per condurre il giudizio di verifica.

Un problema del genere, a ben vedere, si pone per la stessa individuazione dei principi giuridici in cui debba tradursi il valore dello “stato di diritto”, cioè nell’individuazione di quali siano esattamente quei principi giuridicamente rilevanti che scaturiscono dal

“valore” dello “stato di diritto”. Quando, tuttavia, dall’individuazione dei principi si scenda all’enucleazione dei dettagli, l’operazione rischia di divenire realmente arbitraria, posto che non esistono fonti normative giuridicamente vincolanti che consentano di individuare alcuni piuttosto che altri contenuti dei principi generali dello “stato di diritto” come parametro costitutivo della nozione europea di “stato di diritto”. Tale difetto di parametro normativo, come si è detto, non è frutto di una lacuna ordinamentale, ma del dato di fatto per cui realmente non esiste a livello di Stati membri una tradizione comune che si spinga fino all’individuazione dei contenuti specifici che il valore dello “stato di diritto” deve necessariamente e costantemente assumere per essere considerato tale. Conseguentemente, un’operazione in tal senso da parte delle istituzioni europee (Commissione o Corte di Giustizia, ma anche il Consiglio ai fini dell’art. 7) risulterebbe arbitraria e *ultra vires*.

Vi è di più. Quand’anche per ipotesi si registrasse di fatto una consonanza fra gli Stati anche sui dettagli attuativi di alcuni principi, essa non potrebbe comunque costituire parametro vincolante da cui gli Stati stessi non possano discostarsi e sarebbe, dunque, precluso un passaggio dall’“essere” al “dover essere”. Infatti, ancor prima che una conseguenza della diversa realtà fattuale, l’impossibilità di definire e incorporare nel perimetro di sindacato europeo gli elementi di dettaglio in cui devono tradursi i principi dello “stato di diritto” è una conseguenza giuridicamente necessaria di quel rispetto del principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri che la giurisprudenza della Corte da sempre riconosce.

3. Sindacabilità dello “stato di diritto” e rispetto del principio di attribuzione delle competenze all’Unione europea

Ciò chiarito in via preliminare e delineata l’interpretazione che deve darsi al concetto di “stato di diritto” ai sensi del Trattato, si pone la necessità ulteriore di individuare le materie in relazione alle quali le autorità europee possono svolgere il sindacato di rispetto dello “stato di diritto”, come sopra delineato. Se, cioè, le autorità europee possano utilizzare la lente dello “stato di diritto” per sindacare a tutto tondo ogni determinazione normativa degli Stati membri, oppure se possano farlo soltanto nelle materie assegnate alle competenze dell’Unione, secondo il principio di attribuzione di cui all’art. 5 del Trattato.

Il tenore dell’art. 5 del Trattato, in verità, appare chiaro: *«l’Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti»*.

Dovrebbe discenderne, in modo lineare, che il parametro dello “stato di diritto” permette alle istituzioni europee di valutare norme o comportamenti degli Stati membri soltanto con riferimento a materie attribuite alle competenze del diritto europeo: in altre parole, esso consentirebbe di inserire nel sindacato di verifica del diritto nazionale al diritto europeo, non soltanto la verifica di conformità di tali norme o comportamenti rispetto a specifiche norme dei Trattati o dei regolamenti o delle direttive, ma anche la verifica del rispetto dei contenuti essenziali dello “stato di diritto”, anche per ipotesi in assenza di vincoli specifici derivanti dall’integrazione positiva in materia.

Al contrario, materie estranee alle competenze attribuite dai Trattati all’Unione europea dovrebbero risultare estranee a ogni sindacato da parte dell’Unione, anche in termini di rispetto dei principi dello “stato di diritto”. Se è vero che è stato un principio fondativo dello “stato di diritto” comune a tutti gli Stati (ai sensi dell’art. 2 TUE) a esser stato violato da un certo Stato membro, quello Stato membro avrà certamente violato anzitutto i principi derivanti dalla propria Costituzione: sarà, conseguentemente, la Corte costituzionale di quello Stato a dover eventualmente dichiarare invalida la norma violativa dello “stato di diritto” adottata da uno Stato membro. Se non procede in tal senso, poiché non ritiene che la norma emanata dallo Stato sia contrario ai valori fondamentali dello “stato di diritto”, non potrà essere l’Unione europea a supplire, trattandosi in questa ipotesi di una materia di stretta competenza statale.

Sembrano porsi in questa prospettiva, se correttamente interpretate, anche le norme che istituiscono un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione. Il regolamento n. 2092/2020, che offre all’art. 2 una definizione di quale siano i principi giuridici ritraibili dal valore dello “stato di diritto” ai sensi dell’art. 2 del Trattato, prevede che le misure restrittive stabilite dal regolamento stesso possano applicarsi soltanto qualora le violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro “compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell’Unione o la tutela degli interessi finanziari dell’Unione”, quindi esclusivamente in materia attribuita dai Trattati alla competenza dell’Unione.

Tale profilo è risultato dirimente, agli occhi della Corte di Giustizia, per affermare la validità del regolamento stesso rispetto ai Trattati (Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, 16 febbraio 2022, caso C-156/21, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, e caso C-157/21, Polonia c. Parlamento e Consiglio): si è, al riguardo, icasticamente precisato che l'Unione deve essere in grado di difendere i valori di cui all'art. 2 del Trattato "nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati" (cfr. par. 145 di entrambe le sentenze).

4. "Stato di diritto" e indipendenza della magistratura

In disparte tale questione, e tornando al problema principale, ossia il contenuto della nozione di "stato di diritto" suscettibile di esser sindacata dalle istituzioni europee nei confronti degli Stati membri, il convegno richiede di declinare questo ragionamento con riguardo al concetto di «*indipendenza e imparzialità dei giudici*», per verificare se il disegno di legge costituzionale in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare (A.C. 1917 e collegati) lo rispetti.

Il denominatore comune del valore dello "stato di diritto" in materia di giurisdizione è ritenuto consistere nell'esistenza presso gli Stati membri di forme di tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali.

Tale contenuto trova riferimenti anche nei Trattati, segnatamente all'art. 19 del TUE, secondo cui «*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*», e all'art. 47 della Carta di Nizza, secondo cui «*ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge*». Norme che, come ben si vede, si applicano con esclusivo riferimento agli ambiti di competenza assegnati dai Trattati all'Unione (cfr. art. 6, par. 1 del TUE, secondo cui «*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*»).

Secondo la Corte di Giustizia (Grande Sezione, 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas, causa C-64/16), in particolare, la garanzia di indipendenza deve considerarsi «*intrinseca alla funzione giurisdizionale* (v., in tal senso, sentenze del 19 settembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 49; del

14 giugno 2017, Online Games e a., C-685/15, EU:C:2017:452, punto 60, nonché del 13 dicembre 2017, El Hassani, C-403/16, EU:C:2017:960, punto 40)» e costituisce interesse dell’Unione in quanto «è essenziale, in particolare, per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all’articolo 267 TFUE, in quanto ... tale meccanismo può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell’Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza».

Ancor più nel dettaglio, la Corte ha stabilito che *«la nozione di indipendenza presuppone, in particolare, che l’organo di cui trattasi eserciti le sue funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, e che esso sia quindi tutelato da interventi o pressioni dall’esterno idonei a compromettere l’indipendenza di giudizio dei suoi membri e ad influenzare le loro decisioni (v., in tal senso, sentenze del 19 settembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 51, nonché del 16 febbraio 2017, Margarit Panicello, C-503/15, EU:C:2017:126, punto 37 e giurisprudenza ivi citata)»*. La Corte ha altresì aggiunto che anche la *«inamovibilità dei membri dell’organo»* giudiziario e *«il fatto che questi ultimi percepiscano una retribuzione di livello adeguato all’importanza delle funzioni che esercitano costituisce una garanzia inerente all’indipendenza dei giudici»*.

Come noto, la giurisprudenza in materia di inamovibilità dei giudici ha trovato la propria più rilevante applicazione nella sentenza della Grande Sezione del 24 giugno 2019, C-619/18, Commissione c. Polonia (parr. 76-77), la quale ha altresì sottolineato l’inerenza all’art. 19 TUE del principio di imparzialità del giudice e ha ribadito (parr. 74, 108) che *«tali garanzie di indipendenza e di imparzialità presuppongono l’esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell’organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di rikusazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all’impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (sentenze del 19 settembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 53 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 25 luglio 2018, Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 66 e giurisprudenza ivi citata)»*.

Tali principi, come ben si vede, «concretizzano il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE» (CGUE, Grande Sezione, 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas, causa C-64/16), individuando quali devono considerarsi secondo la Corte di Giustizia i contenuti essenziali del valore dello “stato di diritto” relativamente al comparto giustizia, in quanto valori “comuni agli Stati membri” ai sensi dell'art. 2 TUE.

Si potrebbe osservare che già la Corte si è spinta talora effettivamente molto nel dettaglio nell'individuare tali contenuti essenziali, rischiando di sconfinare in elementi che, effettivamente, potrebbero essere disciplinati diversamente nella tradizione giuridica degli Stati e rientrare nel perimetro di autonomia procedurale degli Stati membri.

Ad esempio, il principio secondo cui sarebbe contenuto essenziale all'indipendenza della giurisdizione l'assenza di “vincoli gerarchici o di subordinazione”, se inteso in termini assoluti, precluderebbe ogni forma di rilevanza del precedente giurisprudenziale o ogni forma di funzione nomofilattica delle decisioni di corti di livello sovraordinato, poiché ciò indubbiamente costituisce un vincolo cui il magistrato deve soggiacere nell'assumere la propria decisione. Ciò, paradossalmente, renderebbe contrario ai principi dello “stato di diritto” lo stesso sistema di rinvio pregiudiziale previsto dai Trattati europei (art. 267 TFUE), poiché esso dà vita eccome a vincoli alla libertà decisoria dei giudici nazionali.

Interpretando in modo assolutizzante detti criteri, quindi, potrebbe risultare contraria ai principi dello “stato di diritto” la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia nel “braccio di ferro” intrapreso con la Corte Costituzionale della Romania (CGUE, Grande Sezione, 22 febbraio 2022, C-430/21, RS; CGUE, I sez., 26 settembre 2024, n. C-792/22, MG, parr. 65-66): tale giurisprudenza, infatti, ammette pur sempre un'eccezione (la subordinazione alle decisioni della Corte di Giustizia e al diritto dell'Unione) al divieto asseritamente costituente requisito essenziale di indipendenza dei giudici di comminare sanzioni disciplinari per non aver applicato decisioni di organi giudiziari sovraordinati che l'ordinamento di quello Stato ritiene vincolanti per i giudici sotto-ordinati. Se qualsiasi forma di vincolo alla decisione minasse l'indipendenza del giudice e, con essa, i valori fondativi dello “stato di diritto”, allora anche la subordinazione alle decisioni della Corte di Giustizia paradossalmente violerebbe lo “stato di diritto”. La stessa primazia del

diritto dell’Unione, infatti, non può che esercitarsi entro il perimetro dei valori fondamentali dell’Unione stessa.

Allo stesso modo, l’utilizzo del parametro del “dubbio” di possibili influenze esterne (parr. 74, 108 della sentenza C-619/18), delle “tentazioni” di “cedere a interventi esterni” (ibid., par. 112), paiono spostare il perimetro del sindacato ben oltre i limiti di competenza definiti dal Trattato, sovvertendo i principi di onere della prova dell’avvenuta violazione di una norma europea (art. 258 TFUE) e basando il giudizio su mere congetture. Tanto fa dubitare della legittimità delle conclusioni tratte dalla Corte di Giustizia ancora una volta sotto il profilo del rispetto del valore dello “stato di diritto”, nella sua specie di necessaria tutela della certezza del diritto, posta radicalmente in discussione da tecniche decisorie basate su dubbi, ipotesi, tentazioni e congetture.

5. La piena conformità della proposta di legge costituzionale italiana in materia di riforma delle carriere magistratuali al valore comune europeo dello “stato di diritto”

Di là da queste ultime considerazioni, e anche volendo per ipotesi assumere come parametro di confronto le conclusioni – già particolarmente penetranti – cui è giunta la Corte di Giustizia, appare evidente come la proposta di riforma costituzionale italiana non incida su alcuno dei profili che la Corte stessa ha considerato consustanziali rispetto al requisito di indipendenza della magistratura, a sua volta assunto in termini di contenuto essenziale scaturente dal valore dello “stato di diritto”.

Non sussiste pertanto alcun rischio, neppure remoto o indiretto, che la riforma costituzionale italiana possa arrecare pregiudizio al valore dello “stato di diritto” in Italia e in Europa.

Correlativamente, non dovrebbero essere rivolte a questa proposta di legge costituzionale particolari raccomandazioni in sede di “*Relazione sullo stato di diritto in Italia*”.

Come la stessa Commissione ha esattamente premesso nel programma d’azione per “*Rafforzare lo Stato di diritto nell’Unione*” COM(2019)343 del 17 luglio 2019, infatti, «*il ruolo delle istituzioni dell’UE*» in materia sia esclusivamente quello di «*evitare che i problemi possano raggiungere un punto in cui è richiesta una risposta formale nell’ambito del quadro sullo Stato di diritto, tramite procedure di infrazione o azioni ai sensi dell’articolo 7 del Trattato sull’Unione Europea*» (p. 10), con la conseguenza che

le relazioni sullo “stato di diritto” riguardanti i singoli Stati membri devono condurre un esame «*circoscritto a questioni di rilevanza diretta per lo Stato di diritto nell’UE*» (p. 12).

Nessuno di tali presupposti appare, all’evidenza, integrato rispetto alla proposta di riforma costituzionale italiana.

6. L’irrilevanza e infondatezza, ai fini del diritto europeo, delle possibili obiezioni sollevate

Del resto, la “*Relazione sullo stato di diritto 2024*”, SWD(2024)812 del 24 luglio 2024, con riferimento al tema della riforma delle carriere magistratuali si è limitata a porre in evidenza alcuni punti che rientrano tipicamente nell’ambito dell’autonomia procedurale degli Stati membri e appaiono, pertanto, sostanzialmente estranei rispetto a quel nucleo essenziale dei contenuti fondativi dello “stato di diritto” che, come si è visto, danno vita al valore preso in considerazione dall’art. 2 del Trattato.

6.1. Sorteggio dei membri dei Consigli Superiori

Quanto alle modalità di elezione dei membri togati dei Consigli Superiori della magistratura giudicante e della magistratura requirente, da parte degli stessi membri dell’ordine magistratuale, esse oggettivamente non si prestano a incidere sull’indipendenza dei singoli magistrati e dell’ordine magistratuale nel suo complesso. Che i membri togati dei Consigli Superiori siano scelti dai magistrati mediante elezione o mediante sorteggio, in altre parole, non cambiano le garanzie di indipendenza dei magistrati stessi: tali garanzie, infatti, non sono correlate a forme di rappresentanza delle diverse correnti della magistratura, ma alla autonomia della magistratura e dei magistrati rispetto a interventi esterni. In ambito europeo, la giurisprudenza riportata sopra nel par. 4, a cominciare dalla pronuncia della Grande Sezione, 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas, causa C-64/16, è chiarissima nel delineare in questi termini il contenuto del principio di indipendenza della magistratura costituente valore comune di “stato di diritto” europeo.

Del resto, sulle modalità di composizione dei consigli delle magistrature non può dirsi sussistente un “valore comune” a livello di Stati membri, con la conseguenza che le norme al riguardo sembrano attenere tipicamente a uno di quegli aspetti di puro dettaglio

normativo che esulano dal perimetro dello “stato di diritto” rilevante in sede europea e che rientrano, plasticamente, nell’autonomia procedurale degli Stati membri.

Anzi, con specifico riferimento al contesto italiano, alla luce delle gravi disfunzioni che ha comportato il sistema elettivo attualmente vigente, si dovrebbe convenire che l’introduzione di un sistema di sorteggio volto a scongiurare le derive correntizie verificatesi in passato si presta a favorire, anziché a diminuire, l’effettiva indipendenza dei magistrati. Indipendenza, infatti, significa anche libertà del magistrato di prescindere da logiche associative interne a cui, nella vicenda italiana, si è dimostrata finora essere subordinata l’operatività del CSM e, con essa, la decisione sulle carriere dei magistrati.

Spetterà poi naturalmente alla legge ordinaria, come chiarito dalla proposta di legge costituzionale, definire in modo appropriato le modalità di svolgimento del sorteggio.

La Relazione per il 2024, inoltre, appare fuorviante laddove a pag. 7 sembra prospettare l’esistenza di «*norme europee*» secondo cui «*almeno la metà dei membri dei Consigli di giustizia dovrebbe essere magistrati scelti dai loro pari*».

Il documento cui la relazione opera riferimento, infatti, è la Raccomandazione CM/Rec(2010)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: si tratta, quindi, di un documento estraneo all’ordinamento giuridico dell’Unione Europea, proveniente da un organo – il Consiglio d’Europa – di cui l’Unione europea non fa parte (tale non potendosi considerare, ovviamente, neppure a motivo del memorandum d’intesa del 2007), e comunque non vincolante per i singoli Stati membri dell’Unione. Esso non può dunque essere assunto come parametro normativo vincolante ai fini delle valutazioni in questione.

A ogni buon conto, leggendo il documento, appare evidente come il Cap. IV di esso sia volto a offrire indicazioni circa le funzioni e la composizione dei “*councils for the judiciary*”, non già circa i criteri elettivi dei loro membri. In questa prospettiva, il par. 27 ritiene utile raccomandare che tali organi siano composti almeno per metà di magistrati, cosa che i Consigli Superiori previsti dalla riforma garantiscono ampiamente, modulando la stessa percentuale di componenti magistrati (2/3) prevista dall’attuale art. 104 Cost. Quello stesso par. 27, in altre parole, utilizza all’evidenza il concetto di “scelta” in senso ampio e generico, non in senso di elezione, ben potendo dunque esservi ricompreso anche il sorteggio, purché sia garantito il risultato finale della composizione almeno per metà di magistrati.

Ciò restando fermo, in ogni caso, che il principio del risultato (che informa tutto il diritto europeo) richiede di declinare il principio di indipendenza della magistratura, non già secondo un modello astratto e teorico, bensì secondo un modello concretamente funzionale rispetto all'ordinamento al quale si riferisce. E in questa prospettiva, come si è sopra ricordato, appare evidente che il modello dell'elezione dei consiglieri non ha alla prova dei fatti dato buona prova di sé nell'ordinamento italiano. La riforma, pertanto, pone le basi per un sensibile miglioramento della garanzia di indipendenza della magistratura italiana.

6.2. Impugnabilità delle decisioni dell'Alta Corte disciplinare

Quanto alla circostanza che le decisioni dell'Alta Corte disciplinare, che la proposta di modifica costituzionale mira a introdurre per svolgere la funzione di giudice disciplinare su giudici e pubblici ministeri, siano *«impugnabili, anche per motivi di merito, soltanto dinanzi alla stessa Alta Corte, che giudica senza la partecipazione dei componenti che hanno concorso a pronunciare la decisione impugnata»*, la Relazione della Commissione per il 2024 dà conto di un dubbio dell'Associazione Nazionale Magistrati sul fatto che ciò comprometterebbe l'indipendenza della magistratura, in quanto la stessa Corte giudicherebbe sia in prima che in seconda istanza e non sarebbe più possibile impugnare le sentenze di fronte alla Corte di Cassazione.

Al riguardo, si deve anzitutto osservare che la disciplina delle modalità di impugnazione delle decisioni giudiziarie degli Stati membri è profilo esulante dalle competenze attribuite all'Unione europea e tipicamente rientrante nell'autonomia procedurale degli Stati membri. Si tratta di un profilo di dettaglio, sul quale non può certamente dirsi sussistente un livello di condivisione delle scelte normative fra gli Stati membri, tale da poter dar vita a un contenuto essenziale dello "stato di diritto" ai sensi dell'art. 2 del Trattato.

Anche la Corte di Giustizia, del resto, può giudicare in unico grado nei casi di sanzioni comminate dalla Commissione alle imprese (art. 261) e in altri delicati casi e regolarmente giudica in unico grado in sede di rinvii pregiudiziali, senza che ciò sia mai stato considerato contrastante con i principi dello "stato di diritto".

A ogni buon conto, non si può mancare di osservare come la nuova formulazione proposta per l'art. 105 della Costituzione italiana risulti anche sul piano delle

impugnazioni ben più garantista, per il magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, rispetto alla formulazione attuale.

Mentre attualmente non è prevista dall'art. 105 alcuna possibilità di impugnazione delle decisioni del Consiglio Superiore della Magistratura, con la nuova formulazione sarà espressamente prevista questa possibilità: anche l'opposizione di fronte allo stesso organo, infatti, riveste a tutti gli effetti carattere di impugnazione, essendo garantito dalla norma stessa che la decisione sull'opposizione deve essere assunta da un collegio diverso da quello che ha giudicato in prima istanza. Insieme all'elevata qualificazione giuridica dei giudici dell'Alta Corte, ciò consente di ritenere a tutti gli effetti integrato un autorevolissimo doppio grado di giudizio disciplinare.

Va considerato, inoltre, che l'impugnazione prevista dal nuovo art. 105 viene configurata come impugnazione “a critica libera”, cioè, estesa anche al merito della decisione, mentre attualmente la legge prevede per le decisioni disciplinari del Consiglio Superiore della Magistratura soltanto una forma di impugnazione “a critica vincolata”, come è il ricorso per cassazione (art. 24 del d.lgs. n. 109/2006 e art. 606 cod. proc. pen.), che, come noto, non può essere proposto per motivi di merito, ma unicamente di legittimità.

Fermo restando che, come detto, il profilo rientra nell'autonomia procedurale degli Stati ed esula da quello che può considerarsi il perimetro di sindacabilità dello “stato di diritto” ai sensi del Trattato, l'assetto configurato dalla proposta di riforma risulta dunque finanche più garantista rispetto a quello attualmente vigente.

6.3. Separazione delle carriere dei pubblici ministeri

Quanto alla discussione, richiamata dalla Relazione, sul fatto che la prevista separazione delle carriere dei pubblici ministeri rispetto a quelle dei giudici possa minare l'indipendenza dei pubblici ministeri, devono in primo luogo svolgersi due considerazioni di carattere preliminare e assorbente.

Anzitutto, appare del tutto evidente come non esista, a livello europeo, un modello comune e condiviso di come debba essere regolata nel dettaglio l'indipendenza del pubblico ministero.

Esistono Stati fondatori della UE, come la Francia, in cui l'ufficio del pubblico ministero non gode di garanzia di indipendenza costituzionalmente garantita (*Conseil*

Constitutionnel, décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017) ed è addirittura sottoposto all'autorità gerarchica del Ministro della Giustizia (art. 5 *Ordonnance* n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

Ancor più penetrante è la sottoposizione del pubblico ministero all'esecutivo in Germania, dove il pubblico ministero federale è sottoposto al potere di controllo del Ministro della Giustizia e i pubblici ministeri dei Länder sono sottoposti al controllo dei dipartimenti di giustizia dei Länder stessi (art. 147 GVG, *Gerichtsverfassungsgesetz*), con addirittura il potere di nomina governativa dei p.m. federali (art. 149).

Ne consegue che non sussistono contenuti essenziali del valore dello "stato di diritto" "comuni agli Stati membri" in questa materia.

Ciò, del resto, è riconosciuto anche dal documento che la Relazione richiama a corredo dell'osservazione, ossia "*The Rule of Law Checklist*" della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa. Fermo restando quando già sopra osservato circa la valenza non vincolante dei documenti del Consiglio d'Europa ai fini della definizione del perimetro dello "stato di diritto" rilevante ai fini dell'art. 2 del Trattato dell'Unione europea, si osserva come lo stesso documento dia atto che "*there is no common standard on the organisation of the prosecution service*" (par. 91).

Né, naturalmente, potrebbe essere assunto come paradigma assoluto il modello adottato dall'Unione europea per la costituzione di EPPO ed Eurojust. Anche nelle Federazioni rientra nella competenza degli Stati "federati" l'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero Statale senza necessario vincolo di conformarsi al modello della procura federale. *A fortiori*, dunque, il modello di EPPO ed Eurojust non può costituire parametro vincolante di "stato di diritto" per l'organizzazione degli uffici dei pubblici ministeri degli Stati membri dell'Unione Europea che, come noto, Stato federale non è.

In secondo luogo, si deve osservare che il principio di indipendenza deve necessariamente essere declinato, per i pubblici ministeri, in maniera diversa rispetto a quella delineata dalla Corte di Giustizia per i giudici nella giurisprudenza sopra richiamata. Tale giurisprudenza, infatti, si riferisce propriamente all'indipendenza dei magistrati come requisito necessario per soddisfare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE e art. 47 Carta di Nizza) e appare evidente come il pubblico ministero esuli per natura da tale ambito. Il summenzionato documento della Commissione di Venezia, ad esempio, offre indicazioni circa il modo di intendere

l’indipendenza del pubblico ministero che rendono a tal fine sufficienti requisiti anche assai poco stringenti, bastando che la subordinazione alle istruzioni gerarchiche non sia rigida e consenta comunque qualche forma di autonomia (par. 92).

In senso analogo si è espressa la Corte di Giustizia, la quale ha individuato il *proprium* dell’indipendenza del p.m. nel fatto che il potere decisionale del pubblico ministero non “*formi oggetto di istruzioni esterne al potere giudiziario, provenienti in particolare dal potere esecutivo*” (CGUE, sentenza 12 dicembre 2019, casi C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, JR e YC, par. 56, relativamente al p.m. nell’ordinamento francese). Profilo, questo, assolutamente garantito dal sistema delineato dalla proposta di riforma costituzionale italiana.

Ciò chiarito in via preliminare, si osserva come la separazione della carriera dei pubblici ministeri rispetto a quella dei magistrati giudicanti non si presti di per sé a diminuire il grado di indipendenza né degli uni, né degli altri.

La stessa Corte di Giustizia, del resto, nella sentenza della Grande Sezione del 27 maggio 2019, C-509/18, PF ha chiarito che la separazione del ruolo del pubblico ministero rispetto a quello del giudice non riveste di per sé alcuna rilevanza circa la configurabilità del pubblico ministero come magistrato e circa il suo livello di indipendenza (segnatamente, nel caso esaminato, come “autorità giudiziaria” ai fini dell’emissione di un mandato d’arresto europeo).

È alla normativa sostanziale che occorre guardare per verificare il grado di indipendenza del pubblico ministero rispetto al potere esecutivo e, a questo proposito, la proposta di riforma costituzionale italiana in nulla innova rispetto all’assetto attualmente vigente, certamente compatibile con i più elevati standard di tutela dello “stato di diritto”.

Non vi è, pertanto, alcun arretramento nella garanzia della tutela di indipendenza del pubblico ministero in Italia.

Vi è di più, in quanto a fronte di ordinamenti come quello tedesco, dove i pubblici ministeri sono, non soltanto indipendenti dalla magistratura giudicante, ma anche sottoposti al controllo dell’esecutivo, cosa che in Italia non avverrà, la Corte di Giustizia si è limitata ad affermare che a essi non può riconoscersi natura magistratuale tale da poter essere legittimati a emettere mandati d’arresto europei, ma non ha mai paventato rischi di mancato rispetto dei principi europei dello “stato di diritto” (CGUE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, casi riuniti C-508/18 e C-82/19, OG e PI). Vale quanto dire che

addirittura l'esistenza di qualche forma di sottoposizione del p.m. all'esecutivo non potrebbe di per sé considerarsi un *vulnus* per il valore dello "stato di diritto" di rilevanza europea. A maggior ragione, dunque, nessun rischio del genere potrà paventarsi in un caso, come quello prospettato della riforma costituzionale italiana, in cui la sottoposizione del p.m. al potere esecutivo è recisamente esclusa.

Considerazioni analoghe valgono, all'evidenza, per quanto attiene al profilo della costituzione di due Consigli Superiori distinti per magistrati giudicanti e requirenti: sarebbe, infatti, poco ragionevole che i pubblici ministeri potessero decidere su assegnazione, trasferimenti, valutazioni di professionalità e progressioni di carriera di quegli stessi giudici chiamati a convalidare o meno le loro richieste processuali. In questa prospettiva, la posizione del p.m. è infatti profondamente diversa da quella dell'avvocato, a motivo del suo ruolo istituzionale e di penetranti poteri che l'ordinamento gli affida.

Conseguentemente, svincolare le valutazioni e progressioni di carriera dei magistrati giudicanti dal giudizio dei pubblici ministeri, mediante la costituzione di due distinti Consigli Superiori, non solo non apporta rischi per l'indipendenza dei magistrati ma, anzi, ne costituisce importante garanzia.

Abstract

FRANCESCO FARRI, “Stato di diritto” di rilevanza europea e proposta di riforma costituzionale italiana in materia di separazione delle carriere magistratali

L’articolo si propone l’obiettivo di delineare i limiti entro i quali possa svolgersi il sindacato, da parte dell’Unione europea, del rispetto del valore dello “stato di diritto” degli Stati membri. Operando riferimento ai documenti della Commissione e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l’articolo dimostra come non ogni aspetto della normativa degli Stati possa essere oggetto di sindacato da parte delle autorità europee, poiché su molti profili di dettaglio non esistono parametri di “stato di diritto” comuni agli Stati membri e poiché devono essere rispettati i principi di attribuzione di competenza all’Unione europea e di autonomia procedurale degli Stati membri nell’attuazione dei principi dello “stato di diritto” e della tutela giurisdizionale effettiva. Alla luce di tali considerazioni, l’articolo osserva come la proposta di riforma costituzionale italiana sulla separazione delle carriere dei magistrati risulti perfettamente coerente rispetto ai migliori standard europei di garanzia dello “stato di diritto”.

Parole chiave: Stato di diritto, Unione europea, riforma costituzionale italiana, Consiglio Superiore della Magistratura, indipendenza della magistratura.

FRANCESCO FARRI, “Rule of law” of European relevance and proposal for constitutional reform in Italy on the separation of judicial careers

The goal of the article is to outline the limits by which the European Union can exercise its control over the respect of the value of the rule of law of the Member States. By referring to the Commission’s documents and the case law of the Court of Justice, the article demonstrates how not every aspect of the legislation of the States can be subject to control by the European authorities, since on many particular profiles there are no parameters of rule of law that are common to the Member States and since the principles of attribution of competence to the European Union and procedural autonomy of the Member States in the implementation of the principles of the rule of law and effective judicial protection must be respected. In light of these considerations, the article observes how the proposed Italian constitutional reform on the separation of the careers of magistrates is perfectly compliant with the best European standards of guarantee of the rule of law.

Key words: Rule of law, European Union, Italian constitutional reform, Superior Council of the Judiciary, independence of the judiciary.

PIETRO DUBOLINO

Presidente emerito di Sezione della Corte di Cassazione

GUERRA “GIUSTA” E PACE “GIUSTA”: UN BINOMIO A VARIABILI INDIPENDENTI*

SOMMARIO: Parte prima – La guerra “giusta”. 1. Mondo greco-romano – 2. Giudaismo e islamismo – 3. Cristianesimo – 4. Post cristianesimo – Parte seconda – La pace “giusta”. 5. Forma e sostanza a confronto – 6. Considerazioni finali.

Parte prima – La guerra “giusta”

1. Mondo greco-romano

Il problema della “giustizia” o meno della guerra, nel senso che noi oggi attribuiamo al termine “giustizia”, risulta scarsamente avvertito nell’antichità greco-romana. Un accenno abbastanza consistente si trova, tuttavia, nella *Politica* di Aristotele, in cui leggiamo affermazioni quali: «*non bisogna tentare di dominare dispoticamente su tutti, ma solo su quelli che per natura sono adatti a questa condizione*» (*Politica*, VII, 2) e «*non deve curare (chi esercita il potere politico – N.d.T.) l’esercizio guerresco per asservire quelli che non lo meritano, bensì, in primo luogo, per non cadere nella servitù altrui, in secondo luogo per cercare un’egemonia che torni a vantaggio di coloro che sono sottomessi ad essa e che non si trasformi in un dispotismo indiscriminato, in terzo luogo per esercitare un potere padronale su coloro che meritano di servire*» (*Politica*, VII, 14). Sembra, peraltro, potersi dire che, in tale visione, fosse presente un concetto non tanto di “giustizia” quanto di “naturalità” della guerra nei confronti di quanti, pur essendo destinati “per natura” a servire, non accettassero di buon grado tale condizione, così ponendosi in contrasto con il principio secondo il quale, sempre per Aristotele – come ricordato da Dante nel Lib. I, cap. III, del *De Monarchia* – gli «*intellectu vigentes*» erano destinati ad «*aliis naturaliter principari*». E tra i soggetti destinati “per natura” a servire è da ritenere che Aristotele, contemporaneo di Alessandro Magno, intendesse in primo

* Contributo sottoposto a valutazione.

luogo i Persiani, ma non nel senso che essi fossero destinati a subire il dominio dei Greci più che di altri, ma nel senso che la loro passiva soggezione a quello che, per Aristotele, era il dominio dispotico dei loro sovrani, dimostrava che la loro natura era quella di sudditi e non di uomini liberi. Giudizio, questo, che si ritrova poi anche, ad esempio, in Tito Livio, il quale definisce «*Syri et Asiatici genera hominum servituti nata*» (Lib. XXXVI, 17, 5). Ed è singolare come un non dissimile giudizio risulti espresso, tanti secoli dopo, nei confronti delle popolazioni dell'India, da Carlo Marx in un articolo apparso sul New York Daily Tribune nell'agosto 1853, dal titolo *La dominazione britannica in India*, in cui si sosteneva che quella indiana era una «*società passiva e immutabile*», come tale destinata a subire il dominio altrui, ultimo dei quali (e migliore degli altri) era quello britannico.

Per quanto riguarda Roma, una distinzione tra guerre “giuste” e guerre “ingiuste” è quella che si ritrova nel *De republica* di Cicerone, per il quale, secondo quanto riportato da Isidoro di Siviglia (*Etimologie*, XVIII, 1, De bellis), sono “ingiuste” le guerre «*quae sunt sine causa suscepta*», e cioè «*extra ulciscendi aut propulsandorum hostium causa*», aggiungendosi poco dopo che «*Nullum bellum iustum habetur nisi denuntiatum, nisi dictum, nisi de repetitis rebus*»; concetto, questo, che si ritrova, pressochè negli stessi termini, nel *De officiis*, I, 11, ove si afferma che «*belli quidem aequitas santissime fetiali populi Romani iure perscripta est. Ex quo intellegi potest nullum bellum esse iustum, nisi quod aut rebus repetitis geratur aut denuntiatum ante sit et indictum*». Dal che si desume, secondo i più, che, nella visione romana, quella che prevaleva era la concezione formale della “giustizia”, per cui condizione necessaria e sufficiente perché la guerra fosse “giusta” era che fosse dichiarata nelle forme prescritte e (naturalmente) fosse condotta nell'interesse del popolo romano.

Lo stesso Cicerone, tuttavia (*loc. ult. cit.*) fa precedere la surriportata affermazione da quella che, essendovi «*duo genera decertandi, unum per disceptationem, alterum per vim*», ed essendo il primo proprio dell'uomo mentre il secondo è proprio delle belve, a quest'ultimo si debba ricorrere solo quando non sia possibile ricorrere al primo. E può aggiungersi, per quanto valga, che, di fatto, buona parte delle conquiste romane furono frutto di guerre intraprese (almeno all'apparenza) non per puro spirito di conquista ma per rispondere a richieste di intervento a sostegno di città o popoli o sovrani che invocavano l'aiuto di Roma contro i loro nemici. Così nel caso della prima guerra punica,

originata dalla richiesta di aiuto dei c.d. “mamertini”, che, impossessatisi della città di Messina, si erano trovati sottoposti al dominio di Cartagine, alla quale avevano originariamente chiesto aiuto contro Gerone, tiranno di Siracusa. Analogamente, la seconda e decisiva guerra punica fu originata dall’attacco condotto da Annibale contro la città di Sagunto, in Spagna, alleata dei Romani ai quali aveva invano chiesto un tempestivo soccorso. L’espansione in Oriente fu a sua volta occasionata dalle richieste di aiuto avanzate dal regno di Pergamo e da buona parte delle città greche contro le pretese egemoniche prima dei re di Macedonia, Filippo V e Perseo, e poi del re di Siria, Antioco III. Anche gli Ebrei chiesero ed ottennero di allearsi a Roma per avere protezione contro Antioco V di Siria, come si legge nel I libro dei Maccabei, par. 8, in cui i Romani vengono presentati come degni di incondizionata ammirazione, per le caratteristiche del loro ordinamento e per la disponibilità più volte dimostrata ad impiegare la loro grande potenza a sostegno di chi si rivolgeva a loro per aiuto.

2. Giudaismo e islamismo

Secondo quanto emerge dai libri storici dell’Antico testamento, la guerra, per il giudaismo, è giusta o ingiusta a seconda che venga o no ordinata da Dio. La prima “guerra giusta” fu quindi quella intrapresa per la conquista della Terra promessa. Il concetto di “guerra giusta” viene quindi a coincidere con quello di “guerra santa”, che sarà poi ripreso dall’Islam, unitamente all’idea della tendenziale universalità della nuova religione, sconosciuta alle religioni antiche, ivi compreso l’ebraismo (nonostante talune enfattizzazioni che si rinvergono talora nei libri profetici), e mutuata invece dal Cristianesimo. Anche quest’ultimo, quindi, avrebbe potuto concepire l’idea della “guerra santa” come strumento per la sua diffusione. Se ciò non avvenne – volendosi prescindere da argomenti puramente teologici ricavabili dai testi evangelici – è da ritenere che la ragione sia stata costituita dal fatto che il cristianesimo, a differenza dell’islamismo, nacque all’interno di una struttura politica salda e già di per sé tendenzialmente universale, qual era l’Impero romano. Esso, quindi, per diffondersi, non aveva bisogno di nuovi territori, ma gli bastava quello dell’Impero romano, nella prospettiva, poi realizzata, di una conversione di quest’ultimo, per via necessariamente pacifica, alla nuova religione. L’islam, invece, attesa la estrema ristrettezza della sua originaria base territoriale, non poteva non essere naturalmente portato – prescindendosi sempre da

argomenti di natura teologica ricavabili, stavolta, dal Corano – a concepire la propria diffusione come strettamente legata alla conquista di nuovi territori, in mancanza della quale appariva, non irragionevolmente, difficile (nella mentalità e nelle condizioni dell'epoca) che essa potesse realizzarsi per effetto della sola parola di disarmati predicatori sparpagliati per il mondo. Forse per la prima volta nella storia, quindi, la conquista militare venne ad essere intesa come funzionale non al solo dominio politico sui popoli vinti ma anche e soprattutto all'affermazione del credo religioso dei vincitori su quello dei vinti, anche se non sempre questi ultimi venivano costretti alla conversione, preferendosi, anzi, il più delle volte, imporre loro delle condizioni tali (tra queste, ad esempio, il pagamento di una speciale, gravosa tassa) per cui la conversione apparisse loro, a lungo andare, come la scelta più conveniente.

Radicale risulta, quindi, la differenza tra le guerre di conquista dell'Islam, che venivano intraprese per quello che era o veniva fatto apparire come un obbligo religioso, e quelle intraprese dai grandi conquistatori dell'antichità, quali Alessandro Magno o Giulio Cesare, il cui scopo era soltanto quello di acquistare gloria e vantaggi per sé stessi e per il popolo di cui facevano parte e non certo di imporre la propria religione (ammesso e non concesso che ne avessero una) ai popoli vinti. A questi si imponevano, tutt'al più, gesti formali di ossequio alle apparenti divinità dei vincitori, quale atto di visibile sottomissione al loro dominio, senza pregiudizio della possibilità di mantenere i culti preesistenti, alla sola condizione che non ne derivassero pericoli per la stabilità di quel dominio. Erano, semmai, i popoli vinti ad accettare spontaneamente, non di rado, le divinità dei vincitori, per la sola ragione che si erano dimostrate più forti e potenti delle proprie.

3. Cristianesimo

Nei primi secoli del Cristianesimo il problema che si pone non è quello della giustizia o ingiustizia della guerra ma essenzialmente quello della liceità o meno, per il cristiano, di prestare servizio militare. Per tutto il corso dei primi due secoli non si ha notizia di prese di posizione contrarie, ma anzi, dagli apologisti (specie Giustino) risulta un atteggiamento di assoluta lealtà dei Cristiani nei confronti delle istituzioni imperiali, tra le quali è quindi da ritenere che rientrasse anche l'esercito. Solo con Tertulliano, agli inizi del III secolo, dopo il suo passaggio al montanismo, compare una decisa condanna del

servizio militare, espressa nel *De corona* (anno 211), con riferimento all’episodio del legionario che aveva rifiutato di mettersi sul capo una corona d’alloro in segno di omaggio all’imperatore, venuto in visita al campo; condanna che fu poi ribadita, ancora più recisamente, nel *De idolatria*. La vita militare, con i doveri che essa comporta (ivi compreso, ma solo fra i tanti, quello di uccidere i nemici) è vista infatti come incompatibile con l’esercizio delle virtù cristiane e l’adempimento dei precetti evangelici, nonché con il principio che il cristiano, come “*miles Christi*”, a Cristo solo deve assoluta obbedienza e non può, quindi, vincolarsi, al dovere di stretta obbedienza ai superiori, fino all’imperatore, che è proprio della condizione del militare. Analogo orientamento risulta espresso in modo reciso anche da Lattanzio, meno di un secolo dopo, nel *Divinae institutiones*. Proprio l’impegno e la veemenza dimostrati da questi autori nel sostenere l’incompatibilità tra fede cristiana e prestazione del servizio militare appaiono, però, indice del fatto che, in realtà, fosse tutt’altro che trascurabile la presenza di militari cristiani nell’esercito imperiale. Il che trova conferma, ad esempio, negli atti del processo che portò alla condanna, nell’anno 295, di san Massimiliano, per essersi questi rifiutato, in quanto cristiano, di assumere il servizio militare al quale sarebbe stato obbligato in quanto figlio di altro militare in servizio. Risulta, infatti, che, ad un certo punto, il proconsole Dione, che conduceva il processo, fece presente all’accusato che altri cristiani prestavano regolare servizio militare. Al che Massimiliano, senza contestare la verità di tale affermazione, si limitò a rispondere che sapevano loro quel che ad essi convenisse ma lui, per quanto lo riguardava, ribadiva di non poter fare il “male” che, suo giudizio, avrebbe fatto accettando l’arruolamento.

Con l’avvento, però, degli imperatori cristiani il problema della liceità o meno, per un cristiano, del servizio militare, scompare del tutto, dandosi ormai per pacifica non solo la liceità ma anche la doverosità della sua prestazione, quando richiesta dalla legittima autorità. Per converso, comincia invece a porsi il problema della liceità o meno della guerra in sé, dal momento che occorre, in sostanza, stabilire se e come l’imperatore possa conciliare con i suoi doveri di cristiano la decisione, a lui solo spettante come suprema autorità dello Stato, di ordinare l’uso delle armi – con ciò che necessariamente ne consegue – contro coloro che dello Stato appaiono nemici. La risposta viene da Sant’Agostino, il cui pensiero, espresso in modo alquanto frammentario in varie sue opere (in particolare: *Contra Faustum*, XXII, 74,75; *Quaestiones in Heptateucum*, VI, 10; *De*

civitate Dei, XIX,7; XXII, 6 e *passim*) può tuttavia riassumersi, in estrema sintesi, nel senso che, fermo restando l'ideale della pace come massimo bene, il ricorso alla guerra può essere giustificato a condizione che sia deciso dalla suprema autorità ed abbia come scopo la salvezza dello Stato contro un'ingiusta aggressione o costituisca reazione a gravi ingiustizie che siano state perpetrate da altri popoli o Stati.

Resta quindi escluso che possa considerarsi "giusta" la guerra che sia motivata solo da brama di dominio su altri popoli o Stati. Responsabile, tuttavia, davanti a Dio, della "giustizia" o meno della guerra è, nella visione agostiniana, soltanto il principe, quale titolare della suprema autorità, e non mai il sottoposto, che deve a lui obbedienza, salvo soltanto l'obbligo della personale osservanza, anche nelle operazioni belliche, dei precetti della morale comune. È, inoltre, "giusta" per definizione, la guerra che sia direttamente ordinata da Dio, come risulta avvenuto in numerosi casi narrati nei testi biblici dell'Antico testamento.

A tali principi rimase, poi, nell'essenziale, saldamente ancorata, nei secoli successivi, la dottrina ufficiale della Chiesa cattolica in materia di guerra, ribadita, in particolare, da San Tommaso d'Aquino nella *Summa theologiae* (II.II^o. qu.40. art. 1.), per il quale sono tre le condizioni in presenza delle quali la guerra può definirsi "giusta": la «*auctoritas principis*», per cui la guerra non può essere comandata se non da chi, nello Stato, eserciti il supremo potere; la «*iusta causa*», per cui possa dirsi che «*illi qui impugnantur propter aliquam culpam impugnationem mereantur*»; la «*intentio bellantium recta*», da riconoscersi quando si agisca «*vel ut bonum promoveatur, vel ut malum vitetur*». L'aquinate si preoccupa, tuttavia, di aggiungere che può anche verificarsi il caso che «*etiam si sit legitima auctoritas indicentis bellum et causa iusta, nihilominus propter pravam intentionem bellum reddatur illicitum*». Ciò sempre, tuttavia, sulla scorta del pensiero di s. Agostino, del quale si riporta l'affermazione, contenuta nel *Contra Faustum*, secondo cui «*nocendi cupiditas, ulciscendi crudelitas, implacatus et implacabilis animus, feritas rebellandi, libido dominandi, et si qua sunt similia, haec sunt quae in bellis iure culpantur*». Con il che già risultano gettate le basi della fondamentale distinzione, tuttora valida, tra "ius ad bellum" e "ius in bello", il primo dei quali attinente alla liceità o meno della guerra in sé ed il secondo a quella dei mezzi ai quali si ricorra per ottenere la vittoria contro il nemico.

Va da sé, naturalmente, che il riferimento al “*princeps*”, originariamente limitato all’imperatore romano, fu poi ritenuto estensibile (in particolare, fra i primi, da Bartolo da Sassoferrato) anche al detentore della sovranità in uno qualsiasi dei regni indipendenti nati dalla dissoluzione dell’Impero romano, come pure di quelli affermatisi, nel corso dei secoli, successivamente alla “*renovatio imperii*”, avvenuta nell’anno 800 con la creazione del Sacro romano impero ad opera del papa Leone III, dal quale fu conferita la dignità imperiale a Carlo magno, re dei Franchi.

Alla stregua dei suddetti principi è facilmente comprensibile come non potesse esservi dubbio alcuno circa la qualificabilità come “*iustum bellum*” di quello che venisse intrapreso o sostenuto nei confronti degli “infedeli”, arabi o turchi che fossero. Ad essi, infatti, era oggettivamente addebitabile di aver occupato con la forza e più o meno forzatamente islamizzato, a partire dal VII secolo, vastissimi territori, in Asia, in Africa e nella stessa Europa, da essi mai in precedenza posseduti in quanto facenti parte, da secoli, dell’Impero romano o dei regni cristiani ad esso succeduti, come pure di continuare a tenere sotto pressoché continua minaccia di ulteriori invasioni quel che rimaneva del mondo cristiano. Parimenti comprensibile appare la ritenuta liceità della guerra nei confronti di coloro che venivano, a torto o a ragione, ritenuti “eretici” – anch’essi, peraltro, tutt’altro che alieni dall’uso della forza per acquisire adesioni di persone e controllo di territori – atteso (a tacer d’altro) il pericolo che, dal punto di vista cattolico, l’eresia rappresentava per il bene supremo costituito dalla salvezza delle anime.

Più delicato apparve invece il problema della liceità o meno della guerra nei confronti delle popolazioni originarie delle Americhe. Fra coloro che, a vario titolo, ebbero ad occuparsene, un particolare rilievo è da attribuire al domenicano spagnolo Francisco de Vitoria, morto nel 1546 ed autore, fra le numerose altre sue opere, del *De jure belli Hispaniorum in barbaros* e della *Relectio de Indis*. A suo avviso, dato sempre per valido il principio per cui non può darsi “*iustum bellum*” senza “*iusta causa*”, questa non può tuttavia rinvenirsi, nel caso specifico, in un preteso diritto di conquista derivante dalla scoperta¹ e neppure nell’asserita necessità di distogliere i nativi dalle loro errate credenze religiose o dai loro depravati costumi. Essa può, invece, rinvenirsi soltanto nell’eventuale, ingiustificato rifiuto degli stessi di consentire agli Spagnoli il pacifico esercizio di diritti

¹ Osserva, con un certo senso dell’umorismo, il Vitoria, che, altrimenti, se per caso fossero stati gli Indios a giungere per primi in Europa, ad essi sarebbe spettato il diritto di sottoporla a conquista.

naturali contenuti nello “*ius gentium*”, quali il diritto alla libera circolazione delle persone e delle merci (“*ius peregrinandi et degendi*” e “*ius commercii*”), come pure l’esercizio del diritto-dovere, derivante dalla “*lex divina*”, di predicare liberamente il Vangelo, senza però volerne in alcun modo imporre l’accettazione.

Il pensiero dell’A. si distingue, inoltre, per l’elemento di novità costituito dall’ammissione, nella *Relectio de Indis*, che possa esservi una guerra “giusta per ambo le parti”, come si sostiene possa verificarsi, nel caso degli Indios, supponendo che questi ultimi siano in uno stato di “ignoranza invincibile”, riguardante – a quanto sembra doversi intendere – le vere o presumibili intenzioni degli spagnoli di esercitare soltanto i legittimi diritti sopra indicati. E si fa, in proposito, il paragone con l’eventualità che i francesi occupino la Borgogna credendo, con ignoranza che viene, però, stavolta, definita soltanto come “probabile”, che essa appartenga a loro e non, invece, all’Imperatore. Viene in tal modo ad affermarsi, in linea di principio, la possibile rilevanza, non adeguatamente considerata nella dottrina tradizionale, di quello che potremmo definire l’elemento soggettivo della buona fede in ciascuno dei contendenti ai fini della configurabilità, “*in utraque parte*” della “*iusta causa bellandi*”.

Ma che potesse darsi luogo ad un “bellum” suscettibile di essere ragionevolmente considerato “iustum” da entrambe le parti fu poi, non molti anni dopo, più recisamente e con maggiore approfondimento sostenuto nel *De jure belli*, composto nel 1598, che ebbe come autore Alberico Gentili, nato in Italia ma trasferitosi, dopo essersi addottorato in diritto civile, in Inghilterra, dove ebbe cattedra nell’università di Oxford. Si trova, infatti, esplicitamente affermato, in detta opera, che «*Bellum iuste geri utrinque potest*», dal momento che «*se è veramente dubbio da quale parte stia la giustizia, e se ciascuna delle due parti la invoca per sé, è possibile che nessuna delle due parti sia nel torto*». Non è più, quindi, la sola “*ignorantia*”, invincibile o probabile che sia, a rendere possibile una “guerra giusta da ambo le parti” (come affermato dal Vitoria) ma una tale possibilità viene ora ricollegata alla non remota eventualità che sia oggettivamente impossibile attribuire ad una sola parte tutta la ragione ed all’altra tutto il torto. Lo stesso concetto che, oltre due secoli dopo, con riferimento non solo alla guerra ma alla generalità dei rapporti umani, ebbe ad esprimere, nel cap. I dei *Promessi sposi*, il nostro Alessandro Manzoni con l’osservazione che «*la ragione e il torto non si dividono mai con un taglio così netto che ogni parte abbia soltanto dell’uno*». Il risultato viene perciò ad essere, in sostanza,

quello che, per potersi parlare di “*iustum bellum*”, condizione necessaria e sufficiente è soltanto la prima tra quelle già indicate da Sant’Agostino e da San Tommaso d’Aquino: la condizione, cioè, che sia l’ “*auctoritas principis*” (vale a dire la suprema autorità dello Stato, quale che sia la sua natura ed il suo ordinamento) a decidere per il ricorso alle armi nei confronti di un altro Stato.

Ed è questo quanto si ricava anche dalla più famosa opera di Hugo de Groote, meglio noto come Ugo Grozio, che fu il *De iure belli ac pacis*, pubblicato per la prima volta nel 1625, in piena *Guerra dei trent’anni*, e dedicato al re Luigi XIII di Francia. In esso, infatti, l’Autore, pur affermando, al Lib. II, cap.I, § 4 (sulla scorta di un espresso richiamo a s. Agostino) il principio per cui «*causa iusta belli suscipiendi nulla esse alia potest nisi iniuria*», finisce poi, al cap. III del lib. III, per identificarlo soltanto in quello che «*auctorem habeat eum qui summam potestatem habeat*» e che sia stato oggetto di formale “*denuntiatio*”, nella debita forma richiesta dallo “*ius gentium*”.

Si spiega, quindi, a questo punto, come, tanto da parte del Gentili quanto (e, anzi, ancora di più) da parte del Grozio, il principale interesse degli Autori sia stato quello di sviscerare non più la problematica attinente allo “*ius ad bellum*” ma piuttosto quella attinente allo “*ius in bello*”, cioè (come si è detto) alla liceità o meno dei metodi di guerra e dei mezzi adoperati per avere la meglio sul nemico. Ciò nel presupposto – sul quale insiste particolarmente il Grozio, tanto da potersi dire che scopo essenziale della sua opera è proprio quello di dimostrarne il fondamento – che anche in guerra possono e debbono trovare applicazione i comuni principi del diritto naturale sui quali si regge la umana convivenza. Il che, del resto, ben si concilia con l’assunto (Lib. I, cap. II, § IV) che la stessa guerra, in sé e per sé, non sia in assoluto contraria al diritto naturale, identificato, dal Grozio, nello “*ius gentium*”, nell’ambito del quale, peraltro, egli distingue il “*bellum solenne*”, che per questo può dirsi “*iustum id est plenum*”, ed il “*non solenne*”, che tuttavia non cessa di essere, solo per questo, “*iustum*” in quanto “*iuri congruens*”.

4. Post cristianesimo

Dopo Grozio e dopo la pace di Vestfalia che pose fine, nel 1648, alla Guerra dei trent’anni, può dirsi pressoché cessata, di fatto, l’influenza del tradizionale pensiero cristiano sulla nozione di “guerra giusta”, venendo anzi meno, in gran parte, la stessa rilevanza di una tale nozione, quanto meno con riferimento a canoni di natura puramente

etica o religiosa. Comincia, di contro, a delinearsi una concezione secondo la quale, pur restando la guerra, nel comune sentire, un fenomeno altamente deprecabile per le sofferenze ed i danni che ne derivano, essa, tuttavia, se ritualmente dichiarata ed intrapresa dalla legittima autorità, può essere oggetto di condanna soltanto se condotta con metodi o strumenti da considerarsi illeciti.

Ben si comprende, allora, come fosse pienamente rispondente alla realtà delle cose il famoso detto del generale prussiano e studioso dell'arte militare Carl von Clausewitz, morto nel 1831, secondo cui «*la guerra non è che la continuazione della politica con altri mezzi*»; il che equivaleva, a riconoscerne la legittimità come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali.

Concetto, questo, di cui può dirsi fosse espressione anche il motto “*ultima ratio regum*”, che frequentemente veniva impresso sui pezzi di artiglieria in uso agli eserciti di vari Stati europei. E non è privo di significato il fatto che anche quando, a seguito della constatata sempre maggiore micidialità delle armi, si giunse alla stipulazione dei primi trattati internazionali volti a prevenire, in qualche modo, l'insorgere di conflitti armati o ad attenuarne, almeno, i devastanti effetti, non si giunse comunque ad affermare la illiceità della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie tra due o più Stati. In particolare, con la convenzione de l'Aja del 1907, gli Stati contraenti (che costituivano la quasi totalità di quelli allora esistenti) si impegnarono soltanto (art. 1) a «*fare ogni sforzo per assicurare la risoluzione pacifica delle vertenze internazionali*», quale si sarebbe potuta ottenere mediante il volontario ricorso alla mediazione internazionale o al giudizio della Corte permanente di arbitrato, istituita a seguito della precedente conferenza tenutasi, sempre all'Aja, nel 1899.

Solo a seguito dell'immane tragedia costituita dalla prima guerra mondiale prese corpo l'idea di creare le condizioni perché analoghe tragedie non avessero a rinnovarsi in futuro e fu quindi data vita alla Società delle nazioni, nel cui statuto, tuttavia, non era contenuto un espresso e tassativo divieto di far ricorso alla guerra per la risoluzione di controversie internazionali, ma solo, all'art. 12, l'impegno di tutti gli Stati contraenti, nel caso di insorgenza di una tale controversia, di non «*ricorrere alla guerra prima dello scadere di un termine di tre mesi dopo la decisione arbitrale o giudiziaria, o il rapporto del Consiglio*». È noto come, nonostante alcuni successi ottenuti dalla Società nel corso della sua esistenza (tra i quali, ad esempio, la pacifica spartizione, nel 1922, del territorio

dell’Alta Slesia tra Germania e Polonia), essa non riuscì ad impedire il deflagrare, a partire dal 1 settembre del 1939, di quella che divenne la seconda guerra mondiale. Quando questa ebbe fine, venne quindi creato un nuovo organismo, costituito dalle Nazioni Unite, nel cui statuto è previsto che l’uso della forza militare sia consentito, come *ultima ratio*, soltanto al Consiglio di sicurezza, al solo fine del mantenimento o del ripristino della pace, con la sola eccezione prevista dall’art. 51, che consente l’autodifesa, «*individuale o collettiva*», a fronte di un attacco armato, ma solo «*fino a quando il Consiglio di sicurezza abbia preso le misure necessarie a mantenere la pace e la sicurezza internazionali*».

Appare, quindi, evidente come venga in questo modo esclusa, per la prima volta, in assoluto, la possibilità di un legittimo ricorso alla guerra per la risoluzione di una controversia internazionale, tale non potendosi definire, a rigore, neppure quella che si instaura tra un paese aggressore ed un paese aggredito. Per “controversia”, infatti, deve necessariamente intendersi un qualcosa che nasce e si alimenta da contrapposte ragioni, laddove, nel caso dell’aggressione, le eventuali ragioni che ne sono all’origine perdono ogni rilevanza ai fini della qualificazione del fatto come di per sé illecito e tale, quindi, da dar luogo alla pura e semplice applicazione del tradizionale, indiscusso principio del “*vim vi repellere licet*”. E neppure potrebbe attagliarsi la definizione di “guerra” alla resistenza armata opposta dal paese aggredito all’aggressore, non richiedendo essa alcuna formale decisione o dichiarazione da parte delle supreme autorità di quel paese ed essendo destinata a cessare al momento dell’intervento, presuntivamente dato per immancabile e risolutivo, del Consiglio di sicurezza.

Inutile dire che, come tutti sanno, il meccanismo ora descritto non ha mai funzionato, tranne, forse, che nel caso della guerra di Corea, in cui, a seguito dell’attacco della Corea del nord contro quella del sud, avvenuto il 25 giugno 1950, fu possibile giungere, faticosamente, ad una decisione del Consiglio di sicurezza favorevole ad un intervento militare che fu poi condotto, con successo, essenzialmente dagli USA.

La ragione del suddetto mancato funzionamento è stata (ed è) quella della pressoché costante divergenza di vedute e di interessi tra i cinque Stati membri permanenti del Consiglio (USA, URSS e poi Federazione russa, Cina, Francia, Gran Bretagna) ciascuno dei quali dotato del diritto di veto nei confronti di qualsiasi decisione, pur sostenuta dalla maggioranza degli altri membri. Il fatto che la rivalità tra l’URSS, spesso sostenuta dalla

Cina, da una parte, ed il blocco occidentale costituito da USA, Gran Bretagna e Francia, dall'altra, pur dando luogo alla pluridecennale, cd. "guerra fredda", non sia mai sfociato (nonostante le numerose occasioni in cui ciò sarebbe stato possibile) in una "guerra calda" è stato, con ogni evidenza, da attribuire soltanto al c.d. "equilibrio del terrore", derivante dal possesso, in entrambi gli schieramenti, di armi nucleari il cui impiego si sarebbe tradotto in quella che è stata definita la "*mutual assured destruction*".

Si sono però verificati, nel corso degli anni, numerosi conflitti locali, soprattutto – e ciò sembra paradossale – a decorrere dalla inopinata autodissoluzione dell'URSS, avvenuta alla fine del 1991, che, teoricamente, avrebbe dovuto dar luogo, invece, ad un rafforzamento della pace mondiale. E di tali conflitti – non contando quello israelo/palestinese, risalente al 1948 e soggetto a periodiche recrudescenze, una delle quali è quella attualmente in corso – l'ultimo (per ora) ed il più preoccupante è indubbiamente il conflitto iniziatosi nel febbraio del 2022 tra Federazione russa ed Ucraina, di cui, al momento, non si riesce ancora ad intravedere la fine.

È da notare, peraltro, come sia completamente venuta meno l'osservanza dell'antica regola secondo la quale ogni guerra avrebbe dovuto essere preceduta da una formale dichiarazione da parte di chi intendeva iniziarla. Per la verità inosservanze di tale regola erano già state occasionalmente riscontrate in passato, come nel caso della guerra intrapresa dall'Italia nel 1935 nei confronti dell'Etiopia e delle guerre intraprese dalla Germania, nel 1939 e nel 1941, rispettivamente nei confronti della Polonia e dell'URSS, come pure nel caso della guerra da quest'ultima intrapresa nei confronti della Finlandia, ancora nel 1939.

Ma, a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale e dalla creazione dell'ONU, la regola è completamente venuta meno². Il che agevolmente si spiega, considerando che una formale dichiarazione di guerra potrebbe facilmente apparire come un'aperta e confessata violazione dello statuto dell'ONU, in base al quale la guerra, intesa nel senso tradizionale del termine, è da ritenersi sempre e comunque vietata.

² L'ultima formale dichiarazione di guerra fu, probabilmente, quella dell'URSS al Giappone, l'8 agosto del 1945. Pochi forse ricordano che essa era stata preceduta, il 15 luglio dello stesso anno, dalla tragicomica dichiarazione di guerra che anche l'Italia fece al Giappone – senza che ad essa facesse poi seguito, ovviamente, alcuna operazione militare – su sollecitazione dell'ambasciatore italiano negli USA, Alberto Tarchiani, secondo il quale tale iniziativa avrebbe accresciuto le possibilità dell'Italia di entrare a far parte delle Nazioni Unite, di cui era in preparazione lo statuto; cosa che avvenne, invece, solo il 14 dicembre del 1955.

Parte seconda – La pace “giusta”

5. Forma e sostanza a confronto

Nel sistema affermatosi, come si è visto in precedenza, a partire dalla fine della guerra dei trent'anni e conservatosi, sostanzialmente intatto, fino alla prima guerra mondiale, pace “giusta” era da ritenersi, per definizione, quella che poneva fine, con un regolare trattato, ad una guerra da ritenersi altrettanto “giusta”, in quanto dichiarata e condotta nelle forme e con le modalità comunemente riconosciute come legittime. Ciò non toglie, naturalmente, che la pace potesse riguardarsi come “ingiusta” nella sostanza, in quanto ritenuta, ad esempio, eccessivamente vessatoria nei confronti degli sconfitti o non adeguatamente vantaggiosa per i vincitori. Fu questo il caso – per ricordare soltanto il più noto ed importante – della pace di Versailles, che pose fine alla prima guerra mondiale e che, a giudizio della maggior parte degli storici, fu espressione di una volontà ottusamente ed ingiustificatamente punitiva nei confronti soprattutto della Germania mentre, vista dalla parte di un paese formalmente vincitore, qual era l'Italia, diede luogo al diffuso convincimento che da quella pace la vittoria dell'Italia fosse stata “mutilata”. Quel che conta, però, sotto il profilo che qui interessa, è che, comunque, le condizioni di pace consacrate in un regolare trattato erano considerate, per il diritto internazionale, giuridicamente vincolanti per tutte le parti intervenute, per cui la loro eventuale inosservanza sarebbe stata in ogni caso da ritenere come un fatto illecito, giustificativo di reazioni atte a reprimerlo.

Ben diversa era invece la nozione di pace “giusta” desumibile dalla precedente nozione di guerra “giusta”, quale elaborata – come pure si è visto a suo luogo – sulla base del pensiero cristiano e, segnatamente, dei principi affermati da Sant'Agostino e da San Tommaso d'Aquino. È infatti evidente che, richiedendosi, per potersi parlare di guerra “giusta”, che essa, oltre ad essere ordinata dalla suprema autorità dello Stato, avesse anche una causa oggettivamente giusta, identificabile in un male da combattere ed eliminare, la pace, per essere a sua volta “giusta”, non poteva che essere costituita dalla definitiva rimozione di quel male o, quando ciò non fosse stato possibile, dalla esemplare punizione del colpevole. Solo in tal modo, infatti, poteva realizzarsi l'obiettivo della guerra “giusta” che, secondo Sant'Agostino (*De civ. Dei*, XIX, 13) doveva consistere nel ripristino di

quella che egli definiva come la “*tranquillitas ordinis*”. Era, quindi, tutt’al più ammissibile che venissero concordate, con il nemico, delle tregue, anche di durata lunga o indeterminata, quando la vittoria appariva, al momento, impossibile, ma non mai che potesse stipularsi una vera e propria “pace”, in quanto ciò avrebbe implicato la definitiva rinuncia all’affermazione del giusto contro l’ingiusto e, quindi, del bene contro il male.

Poteva, tuttavia, ovviamente avvenire che la vittoria si rivelasse come definitivamente impossibile. In tal caso la pace comportante il riconoscimento della sconfitta poteva ugualmente dirsi “giusta” supponendo che la “giusta causa” della guerra fosse stata indebitamente ritenuta come tale ovvero che la sconfitta fosse stata voluta da Dio come punizione per peccati, individuali o collettivi, commessi.

Vi è anche da dire, però, a questo punto, che, nella maggior parte dei casi, i sovrani o gli altri reggitori degli Stati, pur dichiarandosi cristiani, ben poco si preoccupavano, nell’intraprendere guerre tra loro, che le relative motivazioni fossero tali da costituire, oggettivamente, una “giusta causa” riconducibile ad una di quelle astrattamente previste dalla dottrina della Chiesa. Tali guerre non potevano, quindi, essere considerate, in linea di principio, “giuste”, tanto più in quanto – come frequentemente lamentato dai Pontefici – esse distoglievano le forze da quello che avrebbe dovuto essere il comune obiettivo di tutti i principi cristiani, e cioè difendere la “*respublica christianorum*” dal sempre incombente pericolo costituito dall’aggressiva potenza degli arabi, prima, e dei turchi, poi. Di conseguenza veniva ad essere “giusta”, per definizione, la pace che comunque determinasse la fine di tali guerre, come, ad esempio, nel caso della pace di Lodi che, sull’onda emotiva della recente caduta di Costantinopoli nella mani dei turchi, pose fine, nel 1454, alla lunghissima guerra tra il ducato di Milano e la repubblica di Venezia; ovvero in quello della pace di Cateau Cambresis, che pose fine, nel 1559, per un certo tempo, alle ripetute guerre tra i Re di Francia e gli Asburgo di Spagna ed Austria.

Venendo ora ai nostri tempi, può osservarsi che la nozione di “pace giusta” (peraltro ben poco approfondita, nonostante i frequenti richiami che ad essa vengono fatti) appare, paradossalmente, rappresentare in qualche modo un ritorno a quella desumibile, come si è visto, dal pensiero cristiano. Esclusa, infatti, in linea di principio, la legittimità della guerra, sulla base dello statuto dell’ONU, così com’era esclusa, a suo tempo, sulla base dei precetti evangelici, ne deriva che occorre di nuovo, di norma, per poterla intraprendere o condurre avanti, una causa oggettivamente “giusta”, tale definibile sulla base

dell’obiettivo perseguito e della impossibilità che esso possa essere realizzato con gli strumenti offerti dall’ordinamento internazionale, quando questi – com’è il caso, normalmente, del Consiglio di sicurezza dell’ONU – siano, di fatto, inadeguati o paralizzati. Ciò comporta che la pace “giusta” può essere, in linea di principio soltanto quella che veda la completa realizzazione del suddetto obiettivo, fatta coincidere, “*pour cause*”, con il trionfo del bene sul male³. Non c’è più, però – a differenza di quanto avveniva nella cristianità medioevale – un’autorità genericamente riconosciuta, com’era allora quella della Chiesa, che abbia titolo a dire se la “*causa belli*” sia o meno oggettivamente “giusta”. E neppure c’è più la possibilità, per l’ipotesi che l’obiettivo si riveli irrealizzabile, di rifugiarsi dietro l’ammissione di una errata individuazione della “giusta causa” ovvero di evocare l’ipotesi del castigo divino per peccati che siano stati commessi. Alla riscontrata impossibilità di una vittoria che consenta la realizzazione dell’obiettivo altro non può, quindi, conseguire se non, puramente e semplicemente, la resa o l’abbandono del campo; ipotesi, quest’ultima, che si è verificata, ad esempio, da parte degli USA, nel Vietnam e, più recentemente, nell’Afganistan. Rimane, invece, per ovvie ragioni, pressoché fatalmente escluso che il conflitto possa concludersi – come in altri tempi era normale – con un negoziato in cui entrambe le parti addivengano a concessioni reciproche, salvo che a ciò siano indotte (se non anche costrette) dall’entrata in scena di un potente paese terzo, come avvenuto per il trattato di pace tra Israele ed Egitto, nel 1979, e per quello tra Israele e Giordania, nel 1994, alla cui stipulazione non fu certo estranea la forte pressione che su tutti i predetti Paesi venne, in vario modo, esercitata dagli USA.

Ben può spiegarsi, quindi, a questo punto, in linea teorica, l’insistenza, da parte dell’Ucraina e dei suoi sostenitori occidentali, sulla pretesa che l’unica pace da ritenersi

³ Anticipazione, in qualche modo, di tale orientamento potrebbe considerarsi quella costituita dalla decisione, adottata dai c.d. “tre grandi” (W. Churchill, F.D. Roosevelt, J. Stalin), in occasione del loro incontro a Teheran, nei giorni 28 novembre – 1° dicembre 1943, di non consentire che la guerra allora in corso avesse fine se non con la resa incondizionata della Germania. Il che, oltre a dar luogo ad un prolungamento – presumibilmente evitabile – delle immani sofferenze prodotte dal conflitto, offrì su di un piatto d’argento un formidabile argomento a sostegno della propaganda interna del regime nazista, il quale ebbe buon gioco nel presentare alla popolazione, come scelta obbligata, quella di proseguire comunque nella lotta, a fronte della inaccettabilità dell’unica alternativa proposta dal nemico come possibile. E può aggiungersi, in proposito, che, nella situazione creata dalla suddetta decisione, anche qualora fosse riuscito, il 20 luglio 1944, l’attentato alla vita di Hitler organizzato dal colonnello Klaus von Stauffenberg, con ogni probabilità la guerra sarebbe proseguita allo stesso modo con cui effettivamente proseguì, giacché gli alleati avrebbero comunque continuato a pretendere la resa incondizionata e questa non avrebbe potuto essere accettata neppure dal nuovo governo, sostenuto dai militari, che sarebbe succeduto a quello di Hitler.

“giusta”, per far terminare il conflitto in atto con la Russia, sia soltanto quella che imponga a quest’ultima il ritiro incondizionato da tutti i territori occupati, l’accettazione dell’ingresso dell’Ucraina nella NATO ed il pagamento dei danni di guerra; pretesa da riguardarsi, peraltro, in concreto, come palesemente assurda giacché implicherebbe, in sostanza, l’accettazione, da parte della Russia, di una totale sconfitta di cui, oggettivamente, non appaiono sussistenti, neppure lontanamente, i presupposti. Il fatto che la Russia, invece, mostri di puntare ad una soluzione negoziale (pur se, naturalmente, a suo favore) può trovare, a sua volta, spiegazione considerando che essa ha intrapreso, in palese violazione dello statuto dell’ONU, l’azione bellica nei confronti dell’Ucraina, nella probabile convinzione di poterselo permettere, nella sua qualità di grande potenza e membro permanente del Consiglio di sicurezza, utilizzando la guerra, conformemente al detto di von Clausewitz, soltanto come prosecuzione della propria politica volta a salvaguardare quelli che ritiene i suoi vitali interessi.

Vi è, peraltro, da osservare che palesi violazioni dello statuto dell’ONU furono anche quelle poste in essere dagli USA e da taluni dei loro alleati, dapprima nel 1999, con la guerra contro la Serbia, sottoposta per settimane a massicci bombardamenti aerei sotto pretesto della presunte vessazioni da essa compiute in danno delle popolazioni del Kosovo, e poi nel 2003, con la guerra contro l’Iraq di Saddam Hussein, ritenuto colpevole di indebito possesso di armi di distruzione di massa, rivelatesi poi del tutto inesistenti. La differenza fu che le finalità geo-politiche, anche allora perseguite con tali iniziative, furono mascherate, meglio di quanto abbia saputo o voluto fare la Russia, con altre, ritenute maggiormente accettabili dalla c.d. “comunità internazionale”, presentandosi l’attacco alla Serbia come giustificato da un preteso diritto alla effettuazione di interventi “umanitari” e quello all’Iraq come giustificato da esigenze di sicurezza dei suoi vicini tra cui, in particolare, lo stato di Israele.

6. Considerazioni finali

La conclusione che sembra potersi trarre da tutto quanto finora argomentato è che si è in presenza della seguente alternativa: o per pace “giusta” si intende quella definibile solo formalmente come tale, in quanto consacrata in un trattato che ponga fine ad una guerra da considerare anch’essa formalmente “giusta”; oppure alla nozione di pace “giusta” si vuol dare un contenuto sostanziale, ed in tal caso, oltre a presupporla la sostanziale

“giustizia” anche della guerra, occorre che l’obiettivo per il quale essa è stata intrapresa o sostenuta sia stato effettivamente conseguito.

Nella prima ipotesi, si dovrebbe tornare ad accettare l’idea della guerra come “continuazione della politica con altri mezzi” e, quindi, ammetterne la legittimità come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, in contrasto con lo statuto dell’ONU e con il pressoché unanime indirizzo dell’attuale dottrina internazionalista, oltre che del comune sentire.

Nella seconda ipotesi, non potendosi, ovviamente, dare per acquisito che la guerra, sol perché “giusta”, sia anche vittoriosa, dovrebbe postularsi che l’ordinamento internazionale acquisti la effettiva capacità di impedire l’insorgere di qualsiasi guerra e possa, quindi, garantire che il mondo si trovi in una condizione di permanente e sicura pace “giusta”.

È di tutta evidenza come tali prospettive siano entrambe da ritenersi totalmente irrealistiche. Ma a questo punto potrebbe forse tentarsi una terza via: quella, cioè, di far derivare, per “*default*”, la nozione di pace “giusta” da quella di guerra “ingiusta”, per cui debba considerarsi come pace sempre e comunque “giusta” quella che impedisca o ponga fine ad una guerra da riguardarsi come inutile e, per ciò stesso, “ingiusta”⁴.

Deve ritenersi infatti “giusto” per definizione solo ciò che è conforme alla retta ragione, e la retta ragione suggerisce che l’affrontare o il sopportare volontariamente un male – quale indubbiamente è la guerra – in tanto ha un senso in quanto l’obiettivo perseguito consista nell’impedire un male maggiore. Ne deriva che, quando tale risultato si riveli impossibile, non può non essere “giusto” evitare o far cessare il minor male che, per conseguirlo, sarebbe stato necessario.

Nel caso specifico della guerra, la sua inutilità e, quindi, la sua “ingiustizia” possono ritenersi ravvisabili quando la sproporzione di forze tra i contendenti sia – o sia divenuta, nel corso del conflitto – tale da rendere priva di senso, da parte del più debole, a seconda dei casi, l’inizio o la prosecuzione della lotta, ovvero quando il confronto militare abbia dato luogo ad una situazione di stallo, chiaramente e definitivamente insuperabile, quale sembra doversi ritenere, ad esempio, quella riscontrabile da tempo nel conflitto tra Russia

⁴ Non può ritenersi senza significato, al riguardo, il fatto che il papa Benedetto XV, nell’appello a favore della pace rivolto, nel 1917, ai governanti europei, definì come «*inutile strage*» la guerra allora in corso, così lasciando chiaramente intendere che proprio in considerazione della sua inutilità era giusto e doveroso farla cessare.

e Ucraina. Si tratta, quindi, non di sposare la tesi del pacifismo assoluto, quale espressa, ad esempio, a suo tempo, da Erasmo da Rotterdam con l'affermazione che «*non c'è pace ingiusta che non sia preferibile alla più giusta delle guerre*»⁵, ma piuttosto di seguire la regola, fondata sulla retta ragione, oltre che su elementari principi morali, per la quale non è né giusto né doveroso affrontare o imporre sacrifici che non siano proporzionali al lecito vantaggio che con essi si voglia realizzare; il che è da ritenersi valido anche con riguardo a quella che, appunto, viene generalmente considerata come “la più giusta delle guerre”, e cioè quella combattuta per legittima difesa contro un ingiusto aggressore.

Anch'essa, infatti, perde il suo carattere di “giustizia” quando si riveli come assolutamente priva di ogni e qualsiasi possibilità di un sia pur limitato successo, come si ricava, del resto (per quanto valga) anche dalla lettura del punto 2309 del Catechismo della Chiesa cattolica, redatto nel 1992⁶.

Intesa nel senso ora illustrato, la pace “giusta” è, quindi, anche una pace “doverosa” e tale, perciò, da rendere illecito il comportamento di chi si rifiuti, *a priori*, di addivenirvi, tanto in assoluto quanto ponendo condizioni che siano, oggettivamente, nella situazione data, del tutto insuscettibili di accoglimento. Il che vale, in particolare, quando non si tratti neppure di stipulare un vero e proprio trattato di pace ma soltanto di dar luogo ad un accordo armistiziale che lasci, com'è nella sua natura, impregiudicati a tempo indeterminato i diritti rivendicati e le aspettative coltivate da ciascuna delle parti.

Va però da ultimo osservato che di pace “giusta” potrebbe parlarsi, volendo, anche nel più generico senso di pace assicurata, per quanto è umanamente possibile, da un permanente e libero accordo tra le maggiori potenze mondiali che riuscisse a realizzare e mantenere, su scala planetaria, un equivalente di ciò che fu l'equilibrio europeo, a suo tempo concepito e realizzato con lungimirante saggezza, alla fine di un susseguirsi di guerre per oltre vent'anni, dal Congresso di Vienna, nel 1815. Da ricordare, in particolare, che a quest'ultimo partecipò, a pari titolo con quello delle maggiori potenze vincitrici

⁵ In *Querela pacis*, come riportato da Romano Amerio in *Iota unum*, cap. XXVII.

⁶ A titolo di esempio può osservarsi che sicuramente ragionevole, e quindi “giusto”, fu il tentativo dello Stato della Chiesa di opporsi, nel 1860, all'invasione della Romagna e delle Marche, che facevano parte del suo territorio, da parte dell'esercito sabaudo, atteso che la sconfitta subita a Castelfidardo dall'esercito pontificio, benché prevedibile, non poteva darsi *a priori* come scontata e vi era anche la speranza di un soccorso, poi mancato, da parte della Francia di Napoleone III. Irragionevole e quindi “ingiusta” sarebbe stata, per converso, una qualsiasi resistenza che, nel 1870, si fosse voluta opporre, senza alcuna speranza di successo o di soccorso esterno, all'attacco dell'esercito del Regno d'Italia volto all'occupazione di Roma; resistenza che, infatti, fu espressamente vietata dal papa Pio IX.

(Austria, Prussia, Russia e Gran Bretagna) anche la Francia, benché principale responsabile delle suddette guerre, innescate dalla Rivoluzione, e doppiamente sconfitta, sotto il regime napoleonico, prima a Lipsia, nel 1813, e poi, definitivamente, a Waterloo, nel 1815. Di ciò ebbe merito soprattutto il cancelliere austriaco Metternich, che del congresso fu il principale ispiratore e regista. Una diversa e pur possibile soluzione, che avesse consegnato la Francia, nonostante il suo ritorno al regime monarchico, al ruolo di colpevole e di sorvegliata speciale, sarebbe stata, con ogni probabilità, l'anticamera di una nuova serie di guerre in luogo di una pace che durò, invece, per oltre trent'anni. Un tale esempio sarebbe stato da seguire a seguito del dissolvimento dell'URSS ed allo scioglimento del patto di Varsavia (che raggruppava gli ex paesi satelliti dell'Europa orientale), cui sarebbe stato logico che corrispondesse lo scioglimento della NATO, a suo tempo concepita come alleanza anti URSS, così come, all'indomani della sconfitta di Napoleone a Waterloo, si sciolse automaticamente l'ultima delle coalizioni antifrancesi che aveva ottenuto la vittoria. Invece è avvenuto esattamente il contrario, con l'estensione della NATO fino a comprendervi addirittura, oltre a tutti i paesi dell'ex patto di Varsavia, anche le repubbliche baltiche, che facevano in precedenza parte dell'URSS; e ciò senza alcuna riconoscibile necessità ma con il solo, evidente intento di tenere sotto scacco una Russia che, *a priori*, si doveva continuare a ritenere, chissà perché, una permanente fonte di pericolo. Il che non giustifica certo, ma spiega come mai la Russia, a fronte della concreta prospettiva che anche l'Ucraina entrasse a far parte della Nato, così completando l'accerchiamento di cui essa si sentiva già vittima, abbia sciaguratamente deciso per l'azione militare.

La storia, com'è noto, non si fa con i “se”. Nulla proibisce, però, di sognare che un redivivo cancelliere Metternich, nelle vesti di segretario di stato americano, dopo la vittoriosa conclusione della pluridecennale “guerra fredda” con l'URSS, avesse promosso un congresso a Washington, sul modello di quello di Vienna, con la partecipazione, oltre che degli alleati NATO, anche della Russia e degli altri paesi che, con essa, oggi costituiscono il c.d. “*brics*” (Russia, Brasile, India, Cina e Sud Africa), per farne scaturire un nuovo ordine mondiale fondato sul reciproco rispetto e sul comune interesse al mantenimento della pace. Ma i sogni, purtroppo, muoiono all'alba.

Abstract

PIETRO DUBOLINO, Guerra “giusta” e pace “giusta”: un binomio a variabili indipendenti

Premesso un breve *excursus* sulla visione della guerra nell'antichità greco-romana e giudaica, l'Autore illustra il concetto di “guerra giusta” elaborato nel pensiero cristiano soprattutto ad opera di Sant'Agostino e San Tommaso d'Aquino, nonché, con specifico riguardo alla conquista del “nuovo mondo”, nel XVI secolo, dal domenicano spagnolo Francisco de Vitoria. Passa quindi al pensiero innovatore di autori quali Alberico Gentili e Ugo Grozio, per i quali la “giustizia” della guerra viene fatta coincidere, in sostanza, con il solo fatto che sia decisa e dichiarata nelle forme prescritte dalla legittima autorità (“*ius ad bellum*”), e sia poi condotta con mezzi e modalità che non siano contrari al diritto naturale (“*ius in bello*”). La guerra diventa, quindi, in tal modo, secondo quella che sarà la definizione di von Clausewitz, “prosecuzione della politica con altri mezzi” e tale rimarrà fino a quando, dopo la prima e, soprattutto, dopo la seconda guerra mondiale, si tenterà di creare un ordinamento internazionale che la bandisca per sempre. Torna, perciò, ad assumere valore, analogamente a quanto avveniva nella visione cristiana, la ricerca di una “giusta causa” che, invece, la renda legittima, quando l'ordinamento internazionale, di fatto, non sia stato in grado di prevenirne la oggettiva necessità. Anche la pace, quindi, per essere “giusta” dovrebbe essere quella che vede l'effettivo trionfo della “giusta causa” e non più quella, solo formalmente “giusta”, che, nel sistema precedente, era consacrata da un regolare trattato di pace. Ma non sempre la “giusta causa” è, di fatto, destinata a trionfare. Può, infatti, avvenire che il perseguirne la realizzazione sia oggettivamente impossibile o tale da produrre un male maggiore di quello che si vuole evitare. In tal caso la guerra diventa comunque “ingiusta” perché “inutile” e diventa, per converso, “giusta” qualsiasi pace che ne impedisca, a seconda dei casi, l'inizio o la prosecuzione. L'auspicio finale è quello di una pace derivante dalla creazione, a livello planetario, di un equilibrio tra le principali potenze mondiali analogo a quello che fu creato, in ambito europeo, dal Congresso di Vienna del 1815.

Parole chiave: guerra giusta, pace giusta, giudaismo, islamismo, cristianesimo.

PIETRO DUBOLINO, “Just” war and “just” peace: a binomial with independent variables

Having made a brief *excursus* on the vision of war in Greco-Roman and Jewish antiquity, A. illustrates the concept of “just war” elaborated in Christian thought mainly by St. Augustine and St. Thomas Aquinas, as well as, specifically with regard to the conquest of “New World” in the 16th century, by the Spanish Dominican Francisco de Vitoria. It then passes to the innovative thinking of authors such as Alberico Gentili and Ugo Grozio, for whom the “justice” of war is made to coincide, in essence, with the mere fact that it is decided and declared in the forms prescribed by legitimate authority (“*ius ad bellum*”), and is then conducted by means and methods that are not contrary to natural law (“*ius in bello*”). War thus becomes, according to what will be the definition of von Clausewitz, “continuation of politics by other means” and will remain so until after the first and especially after the second world war, an attempt will be made to create an international order that banishes it forever. Therefore, the search for a “just cause” takes on new value,

as it did in the Christian view, but makes it legitimate when the international order has not been able to prevent its objective necessity. So, to be “just” peace should also be the one that sees the actual triumph of the “right cause” and no longer the one, only formally “just”, which in the previous system was consecrated by a regular peace treaty. But the “right cause” is not always, in fact, destined to triumph. It may, in fact, happen that the pursuit of its realization is objectively impossible or such as to produce a greater evil than one wants to avoid. In this case the war becomes anyway “unjust” because “useless” and becomes, conversely, “just” any peace that prevents, depending on the cases, the beginning or continuation. The final goal is that of a peace resulting from the creation, at the planetary level, of an equilibrium between the major world powers similar to that created in the European context by the Congress of Vienna in 1815.

Key words: just war, just peace, Judaism, Islam, Christianity.

MARIO MIDIRI

*Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico
Università di Roma LUMSA*

LA CITTADINANZA E IL REFERENDUM MANIPOLATIVO: PRENDERE SUL SERIO IL LEGAME CITTADINO-STATO*

SOMMARIO: 1. Cittadino in cinque anni: la richiesta referendaria – 2. Ammissibilità del referendum e “manipolazione accettabile”: il sì (non privo di ombre) della Corte nella sentenza n. 11 del 2025 – 3. Questioni aperte – 4. Il legame tra cittadino e Stato nella giurisprudenza – 5. In Parlamento la verifica, in base all’esperienza, della legge sulla cittadinanza.

1. Cittadino in cinque anni: la richiesta referendaria

Ha superato il vaglio di ammissibilità innanzi alla Corte costituzionale¹ la richiesta di referendum che, attraverso la combinazione di due abrogazioni parziali, intende modificare un punto qualificante della legge sulla cittadinanza (la Legge n. 91 del 1992), quello che consente la concessione di detto *status* allo straniero maggiorenne, non cittadino di Stati membri dell’Unione europea, che risieda nel territorio italiano da almeno dieci anni². La domanda referendaria – che ha raggiunto il richiesto numero di firme usufruendo anche della modalità digitale – mira a dimezzare (da dieci a cinque anni) detto

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Corte cost., 20 gennaio 2025, n. 11, pres. Amoroso, rel. Patroni Griffi.

² Assieme al criterio fondamentale dell’acquisizione automatica per filiazione (c.d. *ius sanguinis*), la legge 5/02/1992, n. 91 prevede, com’è noto, altre situazioni che ne consentono la concessione, tra cui la residenza nel territorio della Repubblica da almeno dieci anni (v. art. 9, comma 1, lettera f); periodo che si riduce a quattro anni nel caso di cittadino di uno Stato membro della UE: art. 9, co. 1, lettera d). Sulle situazioni legittimanti la concessione della cittadinanza secondo detta legge n. 91 del 1992, che contempla anche la nascita sul suolo italiano da genitori ignoti o apolidi (l’Italia ha aderito alla Convenzione di New York per la riduzione dei casi di apolidia, ratificata con l. 29/09/2015, n. 162) e tempistiche facilitate nelle situazioni indicative di un radicamento nella comunità nazionale (matrimonio, adozione), cfr. A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 127-182; D. PORENA, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 200 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Padova, Cedam, 1997, p. 478 ss. Sulla acquisizione automatica della cittadinanza italiana per filiazione, v. Cass., Sez. un., sent. 24/08/2022, n. 25318 e E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, Giuffrè, 1997; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997; E. CODINI, *La cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2017, 86 ss.; cfr. pure P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

periodo. Il suo accoglimento toccherebbe una platea di circa 2,5 milioni di persone³ e consentirebbe, secondo l'avviso dei promotori, il recupero di un orientamento legislativo risalente, che prevedeva (in un contesto, invero, ben diverso dall'attuale), la soglia dei cinque anni⁴.

Qui si esporranno le ragioni che hanno indotto la Corte costituzionale a ritenere ammissibile la richiesta, e i dubbi che sorgono sulla manipolazione normativa così proposta, alla luce dei principi di coerenza e razionalità interna che debbono ispirare una normativa, come quella sulla cittadinanza, di sicura rilevanza costituzionale⁵.

2. Ammissibilità del referendum e “manipolazione accettabile”: il sì (non privo di ombre) della Corte nella sentenza n. 11 del 2025

Cominciamo dalla struttura formale del quesito, la cui formulazione deve rispettare la natura abrogativa, e non propositiva, del referendum, secondo quanto prescritto dall'art. 75 Cost.

Il referendum non può «*introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento*»⁶. Sono ammissibili domande referendarie con effetti abrogativi parziali, a condizione, però, di non compromettere la logica dell'istituto, come accadrebbe nel caso di una proposta che abbia sostanza innovativa o sostitutiva di norme. Se le operazioni di “ritaglio” (di frammenti normativi o di singole parole) alterano la *ratio* e la struttura della disposizione, si va contro la natura abrogativa del referendum (sentenza n. 36 del 1997).

Vediamo come la Corte ha applicato questi principi alla richiesta in esame.

La Corte si è trovata innanzi ad una operazione abrogativa “a tenaglia” su due punti della legge.

³ Stima fatta dal Comitato promotore: cfr. <https://referendumcittadinanza.it>.

⁴ Legge 13 giugno 1912, n. 555, art. 4: la cittadinanza italiana, «*comprendente il godimento dei diritti politici*», poteva essere concessa per decreto reale, previo parere favorevole del Consiglio di Stato, «*allo straniero che abbia prestato servizio per tre anni allo Stato italiano, anche all'estero; allo straniero che risieda da almeno cinque anni nel Regno; allo straniero che risieda da tre anni nel Regno ed abbia reso notevoli servizi all'Italia od abbia contratto matrimonio con una cittadina italiana*».

⁵ Sul rilievo costituzionale della legge v. i plurimi riferimenti contenuti nella Costituzione alla posizione giuridica del cittadino: articoli 3, 4, 16, 17, 18, 26, 38, da 48 a 52, 54, 59, 75, 84, 102, 2° co., 118, 4° co., 135, ult. co.; v. altresì l'art. 117, 2° comma, lettera i), Cost. (la cittadinanza rientra tra le materie essenziali di competenza esclusiva dello Stato) e l'art. 22 Cost. (divieto di revoca della cittadinanza per motivi politici).

⁶ V., nella giurisprudenza recente, Corte cost., sent. n. 10/2020 che richiama le sentenze n. 36 del 1997, n. 13 del 1999, n. 38 e n. 34 del 2000, n. 43 del 2003, n. 28 del 2011, n. 13 del 2012.

È proposta, innanzitutto, l'abrogazione della norma generale – posta dall'art. 9, comma 1, lettera *f*) – sui dieci anni di residenza legale dello straniero maggiorenne non appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea. L'abrogazione “secca” di tale disposizione produrrebbe, però, un vuoto normativo e allora, atteso che una disciplina al riguardo risulta necessaria⁷, il comitato promotore ha chiesto anche l'abrogazione “mirata” di alcune parole dell'art. 9, comma 1, lettera *b*), che concerne specificamente la posizione dello straniero adottato (non cittadino di uno Stato UE), al quale sono sufficienti, ai fini della concessione della cittadinanza, cinque anni di residenza successivi all'adozione. Sopprimendo, nella lettera *b*), i riferimenti puntuali all'adozione, la norma cambia natura: da fattispecie particolare, attagliata alla situazione dell'adottato, diviene criterio generale al posto di quello, attualmente vigente, dei dieci anni⁸.

È palese la natura manipolativa dell'operazione abrogativa. Non si tratta, infatti, di una soppressione di parti di una disposizione che produca l'espansione della valenza normativa già insita nella sua struttura. La norma sull'adozione (art. 9, lettera *b*, cit.) concerne una fattispecie caratterizzata, in cui rileva il rapporto familiare instaurato con l'adozione, e si giustifica all'interno dell'equilibrio, delineato dalla legge n. 91/1992, tra le diverse situazioni legittimanti la concessione della cittadinanza⁹. Essa non sottende un principio implicito, suscettibile di espansione per effetto dell'abrogazione parziale¹⁰.

⁷ Sul carattere necessario della disciplina di tale situazione cfr. Corte cost., 7 febbraio 2025, n. 11, diritto, n. 6.1.

⁸ V. l'art 9, comma 1, legge n. 91/1992. Di seguito, sono marcate in ‘neretto sbarrato’ le parti di cui si chiede l'abrogazione e cioè alcune parole della lettera *b*), e l'intera lettera *f*):

1. La cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno:

a) allo straniero del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica e, in entrambi i casi, vi risiede legalmente da almeno tre anni, comunque fatto salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera *c*);

~~*b*) allo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione;~~

c) allo straniero che ha prestato servizio, anche all'estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato;

d) al cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee se risiede legalmente da almeno quattro anni nel territorio della Repubblica;

e) all'apolide che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica;

~~*f*) allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica;~~

2. *omissis*.

⁹ Non a caso, la fattispecie dello straniero adottato è disciplinata nell'art. 9 subito dopo quella dello straniero il cui padre o madre (o un ascendente in linea retta di secondo grado) sia stato cittadino per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica.

¹⁰ In punto di ammissibilità del referendum, sarebbe ben diversa l'ipotesi dell'abrogazione parziale avente ad oggetto la norma la quale ponga un criterio generale, soggetto ad eccezioni o limitazioni: la

Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 11 del 2025, ha ritenuto che la “manipolatività” del quesito sia comunque tollerabile. Ritiene infatti la Corte che la richiesta referendaria non sostituisce la disciplina vigente «*con un'altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo*»: il periodo di cinque anni è «una cifra già utilizzata dal legislatore» nella disciplina della acquisizione della cittadinanza, sia pure con riguardo ad altre situazioni¹¹.

La Corte aggiunge che i promotori – per perseguire la finalità di ridurre da dieci a cinque anni il periodo di residenza legale di cui alla citata lettera f) – hanno articolato il quesito intervenendo sul tessuto normativo della legge n. 91 del 1992 «*nell'unico modo possibile*», e cioè combinando le due abrogazioni sopra descritte. Occorre infatti che all'esito del referendum «*residui una disciplina totalmente autoapplicativa*» sulle modalità di acquisto della cittadinanza da parte di tali soggetti, «dovendosi senz'altro ritenere che una disciplina della concessione della cittadinanza ad essi debba esistere». Il referendum è ammissibile solo a condizione di lasciare in vigore una normativa applicabile. Anche questa considerazione giustifica, agli occhi della Corte, l'effetto manipolativo, innegabilmente presente nel quesito¹².

Questa apertura al referendum è bilanciata, nell'equilibrio della motivazione, dal doppio richiamo alla «ampia discrezionalità del legislatore» e all'alto grado di discrezionalità del Governo nell'adottare l'atto concessorio, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera f), in quanto «*atto squisitamente discrezionale di alta amministrazione*»¹³. Con ciò riconoscendo che resta ferma la valutazione dell'Amministrazione sulla effettiva e stabile integrazione dello straniero nella collettività nazionale¹⁴.

rimozione di queste ultime farebbe espandere l'ambito applicativo del criterio, e l'abrogazione referendaria delle clausole limitative sarebbe certamente ammissibile.

¹¹ Corte cost., sent. n. 11/2025, diritto, n. 6.1., con richiamo della sentenza n. 13 del 1999.

¹² Corte cost., sentenza n. 11/2025, diritto n. 6.1: l'effetto manipolativo del quesito non arriverebbe al punto di snaturare il carattere abrogativo del referendum. Tratto che la giurisprudenza consolidata reputa essenziale, per evitare che il referendum abrogativo si trasformi «*in un distorto strumento di democrazia rappresentativa*»: Corte cost., sent. n. 16 del 1978 (rel. Paladin), richiamata dalle sentenze n. 56 del 2022, diritto n. 5, e n. 10 del 2025, diritto n. 11. Cfr. anche, di recente, Corte cost., sentenze n. 59 del 2022 e n. 17 del 2016.

¹³ Esplicita menzione della giurisprudenza amministrativa, in part. Cons. Stato, sez. III, sent. 20 giugno 2024, n. 5516, è al n. 6.1. della sentenza n. 11/2025.

¹⁴ Cons. Stato, sez. III, n. 5516/2024, cit., e anche n. 4121/2021; n. 8233/2020; n. 7122/2019; n. 7036/2020; n. 2131/2019; n. 1930/2019: spetta all'Amministrazione il giudizio prognostico al fine di escludere ogni «*possibile azione in contrasto con l'ordine e la sicurezza nazionale e che possa disattendere le regole di civile convivenza ovvero violare i valori identitari dello Stato*».

3. Questioni aperte

Il referendum è stato ammesso. Restano però aperte delicate questioni di merito.

Partiamo dal rilievo costituzionale della legge sulla cittadinanza. La sentenza n. 11 del 2025 non la individua quale legge costituzionalmente necessaria¹⁵; ritiene, però, che debba esistere una normativa che fissi i requisiti richiesti agli stranieri residenti in Italia per la concessione della cittadinanza e che essa debba «*inserirsi sistematicamente nella più generale disciplina della materia*»¹⁶.

È, dunque, fondamentale che la normativa sull'acquisizione della cittadinanza abbia coerenza interna, e il Legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà assicurare un ragionevole rapporto tra le diverse situazioni legittimanti. Ora, l'operazione referendaria – come si è visto – mira ad elevare a fattispecie generale quella, particolare, dello straniero adottato, che perde la sua specificità per essere ricompresa nella regola (che si estenderebbe a tutti gli stranieri) dei cinque anni di residenza. L'equilibrio che sussiste tra le diverse disposizioni della legge n. 92 del 1991 viene così alterato, e poco rassicura l'argomento usato dalla Corte che residuerebbe, in caso di accoglimento della domanda referendaria, una differenza (invero, di un solo anno) tra gli stranieri appartenenti a Stato della UE e quelli non appartenenti¹⁷.

Il periodo di residenza è richiesto dalla legge quale base temporale minima per accertare l'effettivo radicamento dello straniero nella comunità nazionale, premessa per la concessione di uno *status* che dà origine a un complesso insieme di diritti e di doveri verso la comunità. Divenendo cittadino, lo straniero entra a far parte del popolo, titolare della sovranità secondo il solenne enunciato dell'art. 1 Cost.: la dinamica del pluralismo, le differenze politiche, sociali e personali devono convergere, come ha sottolineato di recente la Corte costituzionale, «*su un nucleo di valori condivisi che fanno dell'Italia una comunità politica con una sua identità collettiva*»¹⁸.

¹⁵ Così sono definite le leggi la cui mancanza «*creerebbe un grave vulnus nell'assetto costituzionale dei poteri dello Stato*»: cfr. Corte cost., sentenze n. 10 del 2020 e n. 56 del 2022.

¹⁶ Sent. n. 11/2025, n. 6.1, cit. (corsivo aggiunto).

¹⁷ Sentenza n. 11/2025, n. 6.1: «*... neppure verrebbe meno la distinzione oggi prevista dal legislatore, sul piano del periodo di residenza legale necessario per poter richiedere la cittadinanza italiana, tra cittadini di uno Stato appartenente all'UE e cittadini di uno Stato non appartenente all'UE. I primi, difatti, continuerebbero a maturare il requisito trascorsi legalmente quattro anni nel territorio della Repubblica, secondo quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lettera d)*».

¹⁸ Corte cost, sent. n. 192 del 2024, diritto, n. 4 (pres. Barbera, red. Pitruzzella): «*In essa [comunità] confluiscono la storia e l'appartenenza a una comune civiltà, che si rispecchiano nei principi fondamentali*

In questa prospettiva costituzionale, il secco dimezzamento dell'arco temporale di residenza, senza che siano contestualmente introdotti adeguati indici atti a dimostrare la reale integrazione dello straniero, appare estremamente problematico. Potrebbero inoltre sorgere serie difficoltà istruttorie nel procedimento di concessione della cittadinanza, la cui natura altamente discrezionale è sottolineata dalla sentenza n. 11 del 2025. Cinque anni di residenza, non ulteriormente qualificati, potrebbero offrire all'Amministrazione elementi insufficienti, o contraddittori. Come ha rilevato la giurisprudenza amministrativa, spetta all'Amministrazione una valutazione complessa, in cui assumono rilievo *«tutti gli aspetti da cui è possibile desumere l'integrazione del richiedente nella comunità nazionale sotto il profilo della conoscenza e osservanza delle regole giuridiche, civili e culturali che la connotano»*¹⁹. L'insufficienza delle acquisizioni istruttorie potrebbe spingere l'Amministrazione a determinazioni di rigetto, con frustrazione delle aspettative generate dal referendum e aumento del contenzioso.

4. Il legame tra cittadino e Stato nella giurisprudenza

Un ulteriore – e più grave – motivo di perplessità sorge dall'esame della giurisprudenza internazionale ed europea in tema di cittadinanza.

Premesso che gli Stati hanno piena discrezionalità nel definire i criteri di acquisizione e di perdita della cittadinanza, salvo l'obbligo generale di conformarsi al diritto internazionale (art. 1, Convenzione di codificazione dell'Aja del 1930) e lo sfavore per la riduzione in apolidia (Convenzione di New York del 1961, Convenzione europea sulla cittadinanza del 1997), è pur vero che già nella sentenza *Nottebohm* della Corte internazionale di giustizia (1955), e poi nelle sentenze della Corte di giustizia UE *Rottmann*, *Tjebbes*, *X c. Danimarca*, su normative statali in tema di perdita della cittadinanza nazionale (e, quindi, della cittadinanza europea), il “legame genuino” con lo Stato è considerato quale substrato essenziale della cittadinanza.

della Costituzione. A tutto ciò si riferisce la stessa Costituzione quando richiama il concetto di “Nazione” (artt. 9, 67 e 98 Cost.).».

¹⁹ «Vengono, perciò, in rilievo tutti quegli aspetti che farebbero dello straniero un buon cittadino, quali la perfetta integrazione nel tessuto sociale italiano, l'assenza di precedenti penali, considerazioni di carattere economico e patrimoniale per cui si possa presumere che egli sia in grado di adempiere ai doveri di solidarietà economica e sociale richiesti a tutti i cittadini»: Cons. Stato, III sez., sent. n. 5516/2024, cit.

Sono quindi basilari la condivisione delle tradizioni e degli interessi della comunità statale e l'assunzione degli obblighi connessi a detto *status*²⁰. In particolare, la decisione di revoca a motivo di atti fraudolenti corrisponde ad un legittimo motivo di pubblico interesse perseguito dallo Stato al fine di proteggere il «*particolare rapporto di solidarietà e di lealtà tra esso e i propri cittadini nonché la reciprocità di diritti e di doveri, che stanno alla base del vincolo di cittadinanza*»²¹.

Va aggiunto che il tema del *genuine link* è oggi in primo piano, riproposto dalla c.d. “cittadinanza per investimento” maltese, su cui pende il giudizio innanzi alla Corte di giustizia UE²².

Mentre cinque anni di residenza legale sono un indice plausibile di radicamento nel caso dello straniero adottato, perché rileva l'integrazione nell'ambito della famiglia, soppresso l'ancoraggio all'adozione, si legittimerebbe l'attribuzione di uno *status* essenziale della democrazia costituzionale sulla base di un periodo di residenza che, da solo, potrebbe rivelarsi inadeguato alla luce del “legame genuino”, valorizzato dalla giurisprudenza europea e internazionale sopra richiamata. E ciò può dirsi anche tralasciando gli abusi documentati dalle indagini giudiziarie sulle false certificazioni di

²⁰ Cfr. Corte intern. giust., sent. 6 aprile 1955, *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), 2ª fase, 1955, ICJ REP. 4, 23, consultabile su icj-cij.org, pag. 20, e Corte giust., Grande Sez., sent. 2/03/2010, causa C-135/08, *Rottmann*; sent. 12/03/2019, C-221/17, *Tjebbes*; sent. 5/09/2023, causa C-689/21, *X c. Udlændinge-og Integrationsministeriet*. La giurisprudenza UE cit. si è formata in giudizi su questioni pregiudiziali ex art. 267 TFUE in cui la Corte di giustizia ha esaminato, alla luce del principio di proporzionalità, l'effetto privativo della cittadinanza europea che consegue alla decisione di uno Stato membro di dichiarare la perdita della cittadinanza perché conseguita con mezzi fraudolenti (causa *Rottmann*) o per assenza prolungata (causa *Tjebbes*) o con riguardo al caso del cittadino nato al di fuori del territorio dello Stato e mai residente o soggiornante in condizioni tali da dimostrare un collegamento effettivo (causa sulla perdita della cittadinanza danese, C-689/21, *X*). Com'è noto, in base all'art. 20 TFUE è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione, che si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima, conferisce, in part., il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

²¹ Corte giust. UE, sentenza *Rottmann*, C-135/08, cit., §§ 50-53.

²² La cittadinanza c.d. per investimento è una procedura privilegiata di concessione che valorizza il conferimento da parte dello straniero di risorse finanziarie per investimenti e acquisto di obbligazioni o terreni, con l'impegno di non dismetterli per un certo periodo di tempo. La Corte di giustizia è stata investita dalla Commissione UE con ricorso ai sensi dell'art. 258 TFUE (C-181/23), udienza già tenuta in data 17/06/2024. Questa causa ha un oggetto diverso da quelle sopra richiamate: non si discute dell'effetto privativo sulla cittadinanza UE derivante da una decisione statale, ma dell'inverso. La legge maltese è di segno ampliativo: accorda, infatti, la cittadinanza dello Stato, e quindi quella europea, senza che vi sia un legame effettivo con la comunità nazionale, sulla base di un programma di investimento finanziario. La questione è di grande rilievo costituzionale, perché si situa nel difficile crinale del rispetto della discrezionalità degli Stati nel fissare i criteri della cittadinanza nazionale, e il rischio che questa venga svilita (e assieme ad essa la cittadinanza europea) per effetto di un ampliamento dei criteri senza adeguato fondamento. Ulteriori riferimenti in M. MIDIRI, *Italiani all'estero ed elezione del Premier*, in *federalismi.it.*, n. 27/2024, 108-129.

residenza, prodotte per ottenere la cittadinanza italiana²³ e, attraverso essa, la cittadinanza europea e la piena libertà di circolazione e di soggiorno all'interno della UE (con notevoli implicazioni, anche di ordine securitario, sullo spazio giuridico degli Stati membri).

5. In Parlamento la verifica, in base all'esperienza, della legge sulla cittadinanza

È legittima ed opportuna la verifica, dopo trent'anni dalla sua adozione, della legge n. 91 del 1992. Nel complesso, essa ha funzionato in modo soddisfacente, grazie al dosaggio accorto dei fattori legittimanti. Tuttavia, perfezionamenti e adeguamenti sulla base dell'esperienza sono necessari.

In particolare, le condotte illecite che sono affiorate grazie alle indagini sulle false certificazioni di residenza, richiedono interventi correttivi. È quindi apprezzabile che il Governo – forte dell'esperienza maturata dall'Amministrazione – abbia deciso di assumere l'iniziativa legislativa, approvando un disegno di legge di riforma della legge n. 91 del 1992 e un decreto-legge che, confermando il principio della trasmissione automatica della cittadinanza *iure sanguinis*, dà specifico rilievo alla sussistenza del *genuine link*: ciò anche al fine di «*un allineamento con gli ordinamenti di altri Paesi europei e per garantire la libera circolazione nell'Unione Europea solo da parte di chi mantenga un legame effettivo col Paese di origine*»²⁴.

Dalla giurisprudenza euro-unitaria e internazionale, sopra richiamata, si può in effetti ricavare l'indicazione nel senso del rafforzamento dei requisiti di radicamento comunitario – e della condivisione di essenziali valori costituzionali – di chi aspira a

²³ Gli elementi raccolti nelle indagini preliminari rivelano non isolate anomalie: cfr., ad es., <https://www.rainews.it/tgr/piemonte/video/2023/05/lauriano-nella-bufera-per-false-cittadinanze-a-brasiliani> (5/05/2023); <https://www.poliziadistato.it/articolo/genova--promettevano-false-cittadinanze--due-misure-cautelari> (24/01/2024); <https://www.iltempo.it/attualita/2024/05/09/news/passaportopoli-scandalo-minacce-false-cittadinanze> (9/05/2024).

Ancora, sui documenti falsi per far ottenere la cittadinanza a brasiliani, <https://www.rainews.it/tgr/lombardia/articoli/2024/07/documenti-fittizi-far-ottenere-la-cittadinanza-170-brasiliani-arrestate-due-donne-nel-comasco> (31/07/2024).

²⁴ Cfr. il comunicato emesso all'esito del Consiglio dei Ministri in data 28 marzo 2025, consultabile in <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-121/28079>. Le nuove norme – secondo quanto indicato da detto comunicato – prevedono l'acquisizione automatica della cittadinanza a favore dei discendenti di cittadini italiani, nati all'estero, per due generazioni: solo chi ha almeno un genitore o un nonno nato in Italia sarà cittadino dalla nascita. I figli di italiani acquisteranno automaticamente la cittadinanza se nascono in Italia oppure se, prima della loro nascita, uno dei loro genitori cittadini ha risieduto almeno due anni continuativi in Italia. Si rinvia a un successivo commento l'analisi del disegno di legge e del decreto-legge.

diventare cittadino. In questa direzione si è già mosso il Legislatore quando ha inserito nella legge n. 91 del 1992 l'articolo aggiuntivo 9.1 (conoscenza della lingua italiana)²⁵.

È dunque da salutare con favore la ripresa del dibattito parlamentare su questi temi, per assicurare la trasparenza delle istanze in gioco, un approfondimento delle opzioni normative, e opportuni bilanciamenti. Niente a che vedere con la scorciatoia referendaria, che rischia di squilibrare la legge sulla cittadinanza, aprendo nuovi varchi al rischio di abusi.

²⁵ L'art. 9.1 è stato inserito nella legge n. 91/1992 dall'art. 14, decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1° dicembre 2018, n. 132.

Abstract

MARIO MIDIRI, La cittadinanza e il referendum manipolativo: prendere sul serio il legame cittadino-Stato

Nell'articolo l'Autore analizza la recente richiesta di referendum per modificare la legge sulla cittadinanza italiana, in particolare il periodo di residenza necessario per ottenere la cittadinanza, riducendolo da dieci a cinque anni. La Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile la richiesta, nonostante le preoccupazioni riguardo alla manipolazione normativa e alla coerenza interna della legge. La proposta di abrogazione parziale, che combina due modifiche, solleva interrogativi sulla sua compatibilità con i principi di razionalità e coerenza legislativa. La Corte ha giustificato la sua decisione affermando che il periodo di cinque anni è già presente in altre disposizioni, ma ha anche sottolineato l'importanza della discrezionalità del legislatore nel garantire un equilibrio tra le diverse situazioni legittimanti la cittadinanza. In particolare, l'articolo mette in evidenza le problematiche legate a un possibile indebolimento del "legame genuino" tra cittadino e Stato, come evidenziato dalla giurisprudenza internazionale citata. L'autore ritiene che, piuttosto che ricorrere a un referendum, sarebbe più opportuno un approfondimento parlamentare per rivedere la legge sulla cittadinanza, considerando le esperienze passate e le necessità di favorire l'integrazione e il radicamento nella comunità nazionale.

Parole chiave: cittadinanza, referendum, Corte costituzionale, residenza, integrazione.

MARIO MIDIRI, Citizenship and the manipulative referendum: taking the citizen-state bond seriously

In the article, the author deals with the recent request for a referendum to amend the Italian citizenship law, specifically the residency period required to obtain citizenship, reducing it from ten to five years. The Constitutional Court has declared the request admissible, despite concerns regarding regulatory manipulation and the internal consistency of the law. The proposal for partial repeal, which combines two amendments, raises questions about its compatibility with the principles of rationality and legislative coherence. The Court justified its decision by stating that the five-year period is already present in other provisions, but also emphasized the importance of legislative discretion in ensuring a balance between the various situations that legitimize citizenship. In particular, the article highlights the issues related to a possible weakening of the "genuine link" between citizen and State, as evidenced by the cited international jurisprudence. The author believes that, rather than resorting to a referendum, a parliamentary review would be more appropriate to reconsider the citizenship law, taking into account past experiences and the need to promote integration and rooting within the national community.

Key words: citizenship, referendum, Constitutional Court, residency, integration.

LUIGI STEFANUCCI

Assistente di studio

Consiglio Superiore della Magistratura

**DALLA TUTELA DEL SEGRETO ALLA TRASPARENZA
DELLE INFORMAZIONI BANCARIE.**

**IL RUOLO DELLE ISTITUZIONI INTERNAZIONALI E LA NUOVA VISIONE
GLOBALE IN TEMA DI CONTRASTO ALL'IMPIEGO DEI CAPITALI ILLECITI ***

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Segreto bancario, diritto alla riservatezza e illecita diffusione delle informazioni – 3. Banche dati finanziarie e corretto trattamento dei dati in presenza di algoritmi di intelligenza artificiale – 4. Il ruolo di impulso delle organizzazioni internazionali e delle istituzioni europee nello sviluppo della disciplina per il contrasto all'impiego dei capitali illeciti – 4.1 L'ONU e la Convenzione di Palermo sul crimine transnazionale – 4.2 Le misure adottate dall'Unione europea per la prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo – 4.3. L'OCSE e gli accordi di scambio per la trasparenza finanziaria internazionale – 5. Prossimi scenari nella lotta ai capitali illeciti: il CARF (Crypto Asset Reporting Framework) OCSE e il “*Pact for the future*” adottato dalle Nazioni Unite – 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

La globalizzazione dei mercati finanziari è un fenomeno che si è sviluppato gradualmente a partire dagli anni '70, spinto da una serie di cambiamenti economici, politici e tecnologici. I governi delle nazioni più sviluppate, specialmente negli anni '80 e '90, hanno progressivamente rimosso le restrizioni sui movimenti di capitali, favorendo la crescita dei mercati finanziari internazionali. Negli anni più recenti il *trading* elettronico e internet, hanno reso le transazioni più rapide e semplici, favorendo l'espansione delle istituzioni finanziarie su scala globale e la creazione di prodotti sempre più innovativi e indipendenti dall'economia reale. Si pensi, ad esempio, all'economia digitale ha portato alla diffusione di nuovi strumenti di pagamento (*digital money products*) di prodotti di investimento virtuali, detti (*crypto-assets*), sempre più sofisticati e diffusi a livello globale.

* Contributo sottoposto a valutazione.

Questa integrazione ha anche, tuttavia, esposto il sistema finanziario a nuovi rischi, come la speculazione e la volatilità dei mercati, amplificati dalle crisi economiche globali, come quella del 2008.

L'affievolimento delle barriere valutarie e finanziarie, pur costituendo una opportunità di crescita economica, non è stata esente da infiltrazioni della criminalità per scopi illeciti quali il riciclaggio di denaro, l'evasione fiscale e il finanziamento di attività criminali in genere. In questo contesto, paradisi fiscali e società *offshore* sono diventati strumenti per occultare transazioni e patrimoni, rendendo più complessa l'attività di controllo da parte delle autorità preposte. La consapevolezza della dimensione globale del fenomeno criminale emersa, come si vedrà, dalle indagini del "pool antimafia", ha reso necessario l'intervento delle istituzioni internazionali, ONU, OCSE e Unione europea nel fornire una risposta efficace attraverso l'adozione di strumenti normativi specifici, che hanno favorito lo sviluppo di meccanismi di allineamento delle normative e delle tecniche di indagine, nonché lo scambio automatico di informazioni bancarie, oltre a rafforzare la cooperazione tra Stati.

Tuttavia, questi interventi, come sarà analizzato in seguito, hanno comportato alcune problematiche applicative a livello di diritto interno, in primo luogo in relazione alla privacy dei dati e al bilanciamento degli interessi rispetto ai diversi ambiti normativi, penale, amministrativo, fiscale. Inoltre, la settorializzazione degli interventi e delle misure adottate a livello internazionale determina inevitabilmente delle sovrapposizioni di competenze tra le diverse autorità preposte e allo stesso tempo la moltiplicazione degli adempimenti a carico dei soggetti coinvolti, in primo luogo degli operatori del settore finanziario. Una visione d'insieme, se non proprio un approccio unitario, nell'adozione delle misure di contrasto all'impiego dei capitali illeciti attraverso la condivisione di competenze e la razionalizzazione di quelle già in essere, dovrebbe essere la nuova prospettiva della comunità internazionale nell'affrontare la problematica del crimine finanziario in maniera complessiva, a prescindere dalle finalità fiscali, amministrative o di repressione dei reati. Tale è il punto di vista dell'analisi che viene svolta nei paragrafi che seguono in relazione alle diverse misure messe in campo, evidenziando i vantaggi per tutti i soggetti interessati con riguardo all'efficienza delle risorse e migliore coordinamento tra le autorità, un maggiore rispetto della privacy rispetto alla

proporzionalità e necessità delle misure, nonché un minor carico degli adempimenti in capo agli intermediari finanziari e agli altri soggetti tenuti.

Fatta questa premessa, è indubbio che l'indagine bancaria rappresenti un mezzo di ricerca della prova molto efficace quanto invasivo della riservatezza del privato cittadino sottoposto a indagine. Dall'analisi delle movimentazioni, infatti, si possono desumere informazioni anche molto sensibili della sfera personale e professionale, per tali motivi l'utilizzo di questo strumento istruttorio deve tener conto dell'analisi costi benefici correlata altresì alla gravità dell'illecito da accertare. È agevole osservare, infatti, che il conto corrente e soprattutto le movimentazioni afferenti consentono di inquadrare nel tempo e nello spazio una operazione finanziaria e la transazione commerciale ad essa collegata, costituendo una prova difficilmente confutabile. Fino agli anni '90, tuttavia, il segreto bancario¹ costituiva la regola, soprattutto nei confronti del fisco, cui si affiancavano le difficoltà operative e procedurali nell'acquisizione delle informazioni da parte degli organi inquirenti.

Dell'efficacia dello strumento erano consapevoli già negli anni '80 i giudici pionieri del "pool antimafia", ideato da Rocco Chinnici, che diede una svolta decisiva nella lotta contro Cosa nostra. Chinnici, insieme ai magistrati Antonino Caponnetto, Giovanni Falcone e Paolo Borsellino affinarono la tecnica delle indagini bancarie e societarie nei processi di criminalità organizzata ottenendo dei risultati molto rilevanti nel celebre "processo Spatola"² che segnò un cambiamento nella strategia investigativa, introducendo tecniche innovative come l'analisi dei flussi finanziari e l'uso delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, strumenti che si rivelarono fondamentali nella lotta alla criminalità organizzata. Esso è stato anche l'apripista per l'avvio di un serio percorso di cooperazione giudiziaria internazionale, di cui Giovanni Falcone sarà uno dei

¹ Con l'espressione "*segreto bancario*" si intende il particolare vincolo di riserbo e segretezza relativo alle notizie in possesso delle banche concernenti la loro clientela, cioè i soggetti con i quali si siano svolte operazioni attive o passive, o anche semplici trattative. Per approfondimenti, v. R. SCHIAVOLIN, *Segreto bancario*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XIII, Utet, Torino, 1996, p. 355.

² Il processo Spatola è un'inchiesta giudiziaria avviata in Italia alla fine degli anni '70 e sviluppatasi negli anni '80 grazie alle dichiarazioni del pentito "Salvatore Spatola". L'indagine, condotta dai magistrati Giovanni Falcone, Rocco Chinnici, Giuseppe Di Lello, Leonardo Guarnotta e Paolo Borsellino, rivelò il coinvolgimento di Cosa Nostra nel traffico internazionale di eroina e nel riciclaggio di denaro attraverso istituti bancari, tra cui la Banca Rothschild di Lugano. L'inchiesta portò alla condanna di 75 imputati per associazione mafiosa, traffico di droga e riciclaggio di denaro. Fu uno dei primi processi a confermare i legami tra la mafia siciliana e la criminalità italo-americana, in particolare con la famiglia Gambino di New York. I risultati di questo lavoro costituirono una delle basi investigative per il successivo maxiprocesso di Palermo (1986-1987), rafforzando la lotta dello Stato contro Cosa Nostra.

principali fautori³. A quel tempo, la procura di Palermo era guidata dal magistrato Gaetano Costa, il quale, come dichiarato nel corso dell'audizione presso la prima Commissione Antimafia del 28 marzo 1969⁴, intuì che la mafia aveva subito una radicale mutazione e che da una dimensione prettamente rurale si era radicata nella pubblica amministrazione, controllandone gli appalti, le assunzioni e la gestione in genere.

Anche il beato Rosario Livatino, che nel 1986 collaborò attivamente con Falcone e Borsellino in alcune indagini riguardanti la mafia agrigentina⁵, è stato un sostenitore dello strumento dell'indagine finanziaria. Come ha ricordato il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, in occasione del trentesimo anniversario del suo assassinio, Livatino ha «condotto importanti indagini contabili e bancarie sulle organizzazioni criminali operanti sul territorio e sui loro interessi economici. Egli ha, tra i primi, individuato lo stretto legame tra mafia e affari, concentrando l'attenzione sui collegamenti della malavita organizzata con gruppi imprenditoriali»⁶.

Le indagini bancarie erano, all'epoca, uno strumento di approfondimento istruttorio poco utilizzato sia per le difficoltà operative nel reperire gli istituti bancari (*rectius* la filiale di radicamento del conto) presso cui gli indagati intrattenessero i rapporti, sia per la non omogenea classificazione delle movimentazioni, spesso descritte con codifiche numeriche interne di non immediata intellegibilità, oltre alle difficoltà normative derivanti dalla tutela del segreto bancario.

L'intuizione dei magistrati del *pool* e la convinzione dell'efficacia dello strumento delle indagini bancarie come mezzo di ricerca della prova, pose le basi di quella che potrebbe definirsi la "dottrina" del "*follow the money*" incentrata sul tracciamento dei flussi finanziari per la ricerca dei responsabili dei reati e dei profitti delle associazioni criminali, da neutralizzare attraverso la confisca⁷. Essa si tradurrà in termini concreti con

³ Per un approfondimento degli aspetti storici v. A. BALSAMO, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, in *Sistema penale.it*, 12 ottobre 2020.

⁴ Il testo integrale dell'audizione è reperibile al link <https://www.csm.it/web/csm-internet/aree-tematiche/per-non-dimenticare/gaetano-costa>

⁵ M.G. MAZZOLA Speciale TG1 del 20 settembre 2020, "Un uomo giusto".

⁶ Il testo integrale del messaggio è reperibile al seguente link: <https://www.quirinale.it/elementi/50314>

⁷ Risale al 1983 una famosa riflessione in cui Giovanni Falcone segnalava che «il vero tallone d'Achille delle organizzazioni mafiose è costituito dalle tracce che lasciano dietro di sé i grandi movimenti di denaro, connessi alle attività criminose più lucrose», con la conseguenza che «lo sviluppo di queste tracce, attraverso un'indagine patrimoniale che segua il flusso di denaro proveniente dai traffici illeciti, è quindi la strada maestra, l'aspetto decisamente da privilegiare nelle investigazioni in materia di mafia, perché è quello che maggiormente consente agli inquirenti di costruire un reticolo di prove obiettive, documentali, univoche, insuscettibili di distorsioni, e foriere di conferme e riscontri ai dati emergenti dall'attività

l'approvazione della legge n. 413 del 1991, il cui articolo 18 è rubricato «*Modifiche alla disciplina del segreto bancario*», e del decreto legge n. 143/1991 che introduce la prima normativa antiriciclaggio, quale risultato di un'azione avviata in seno alla comunità internazionale per il contrasto alla criminalità e all'impiego dei capitali illeciti. I due provvedimenti rappresentano una pietra miliare per il nostro ordinamento sia per l'effettivo superamento del segreto bancario anche nei confronti del fisco, nonché per l'introduzione di nuovi e più efficaci strumenti di indagine a disposizione degli investigatori, tra cui in primo luogo la creazione di un sistema accentrato di consultazione dei dati bancari dei correntisti, denominata Anagrafe dei conti e dei depositi⁸ (che sarà operativa soltanto nel 2006), ispirata al modello francese del FICOBA⁹. L'archivio dei rapporti finanziari, come altre misure di tracciabilità dei pagamenti, tra cui l'Archivio Unico Informatico, si riveleranno degli strumenti fondamentali a supporto delle indagini penali, antiriciclaggio e fiscali, oltre che per l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniale. A tali misure si affianca, la normativa sul monitoraggio fiscale introdotta con D.L. n. 167/1990 e riguardante la trasmissione all'autorità fiscale delle movimentazioni da e verso l'estero (oltre una certa soglia) poste in essere da persone fisiche ed enti non commerciali, finalizzate al controllo dell'obbligo di dichiarazione, da parte dei contribuenti residenti in Italia, delle disponibilità patrimoniali estere¹⁰.

L'adozione di tali misure ha comportato la pianificazione di nuove strategie da parte delle associazioni criminali verso un incremento del trasferimento dei capitali all'estero soprattutto in favore di Paesi caratterizzati dalla tutela assoluta del segreto bancario e

probatoria di tipo tradizionale», in G. FALCONE, G. TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, 1982, p. 10.

⁸ L'anagrafe dei conti è rimasta, tuttavia, inattuata. Soltanto nel 2006, con il D.L. 223/2006 si introduce un sistema di censimento accentrato delle informazioni bancarie, denominato "Archivio dei rapporti finanziari".

⁹ Il FICOBA (*Fichier des COMptes Bancaires et Assimilés*), istituito in Francia nel 1971 in base al disposto dell'allora vigente art. 164 FC del *Code General des Impôts (CGI)*, è un'anagrafe informatizzata dei conti bancari e assimilati a cui accedono autorità fiscali e inquirenti.

¹⁰ Come noto, in Italia vige il principio del World Wide Income (WWI) secondo cui i residenti fiscali di un paese sono tassati su tutti i loro redditi, indipendentemente dal luogo in cui sono prodotti. In Italia, ciò significa che i soggetti fiscalmente residenti devono dichiarare e pagare le imposte su tutti i redditi ovunque generati, salvo l'applicazione di convenzioni contro le doppie imposizioni. Per quanto riguarda gli obblighi dichiarativi è quindi necessario compilare il quadro RW della dichiarazione dei redditi in presenza di attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero dai contribuenti italiani. Gli obblighi dichiarativi riguardano il possesso di conti correnti, investimenti, immobili e altri beni, sia ai fini del monitoraggio fiscale che per l'applicazione di imposte come l'IVAFE (sui prodotti finanziari) e l'IVIE (sugli immobili). L'omessa o errata compilazione può comportare sanzioni significative.

fiscalità privilegiata, oltre che dall'assenza di accordi di cooperazione internazionale. Trattasi dei cosiddetti "paradisi fiscali"¹¹.

2. Segreto bancario, diritto alla riservatezza e illecita diffusione delle informazioni

La segretezza dei dati bancari è stata tradizionalmente oggetto di tutela assoluta, anche nei confronti di richieste dell'Autorità giudiziaria, in Paesi, anche europei, che sul segreto bancario hanno costruito una parte rilevante della ricchezza nazionale. Oltre alla più nota Svizzera, che punisce attraverso una sanzione penale colui che viola il segreto bancario¹² (*Bankkundengeheimnis*), si può annoverare l'Austria che lo prevedeva espressamente nella Costituzione Federale¹³ oltre che nel § 38 del *Bankwesengesetz* (legge bancaria), la Repubblica di San Marino¹⁴, ma anche Lichtenstein, Belgio e Lussemburgo, Andorra, Guernsey, Isola di Man e il Principato di Monaco¹⁵. L'elenco potrebbe essere molto più ampio, soprattutto se si considerano Paesi extra UE, tra cui non si sottraggono neanche gli Stati Uniti d'America con Delaware, Wyoming, South Dakota e Nevada, oltre ai tradizionali paradisi fiscali costituiti dalle piccole isole caraibiche (Sint Maarten, Isole Cayman, Bermuda etc.) che spesso al segreto bancario accompagnano anche misure di fiscalità privilegiata. Appare, quindi, abbastanza straordinario che oggi, per effetto della normativa internazionale sulla trasparenza bancaria molti dei citati Paesi, compresi Svizzera e Isole Cayman, figurino tra le giurisdizioni disponibili a svolgere lo scambio

¹¹ Locuzione di origine inglese (*tax haven*, «porto» o «riparo fiscale»), coniata nel 1727 da Giorgio II re di Gran Bretagna per designare le Isole Cayman come zona economica speciale. Nel linguaggio comune, tuttavia si attribuisce alla locuzione "paradiso fiscale" tale significato, sebbene essa in inglese derivi «*tax heaven*» e non da «*tax haven*».

¹² La Legge federale sulle banche dell'8 novembre 1934 prevede, all'art. 47, che «*chiunque rivela un segreto, che gli è confidato o di cui ha notizia nella sua qualità di membro di un organo, impiegato, mandatario o liquidatore di una banca, incaricato di un'inchiesta o incaricato del risanamento dalla Commissione delle banche, membro di un organo o impiegato di un ufficio di revisione riconosciuto, ovvero tenta di indurre a siffatta violazione del segreto professionale, è punito con la detenzione fino a sei mesi o con la multa fino a 50.000 franchi*».

¹³ Nella Repubblica Federale d'Austria il segreto bancario è tutelato espressamente nella Legge Fondamentale dello Stato del 21 dicembre 1867, cui fa espresso rinvio l'art. 149 della Costituzione.

¹⁴ A San Marino, ove vige una specifica normativa in merito al segreto bancario, prevista dalla Legge sulle imprese e sui servizi bancari, finanziari ed assicurativi del 17 novembre 2005, n. 165, il cui art. 36 così dispone: «*per segreto bancario si intende il divieto dei soggetti autorizzati di rivelare a terzi i dati e le notizie acquisite nell'esercizio delle attività riservate*», salvo i casi di inopponibilità in caso di richieste dell'autorità giudiziaria penale e a quelle dell'autorità di vigilanza al fine di contrastare i fenomeni di terrorismo e riciclaggio. La violazione del segreto bancario è punita, inoltre, ai sensi del successivo art. 139, con la reclusione e l'interdizione dagli uffici di amministratore.

¹⁵ Per un approfondimento, v. D. CONTINI, R. LENZI, F. VEDANA, *Il segreto bancario e fiduciario in Italia e all'estero*, Milano, EGEA, 2008, p. 3 ss.

automatico di informazioni finanziarie previsto dal “*Common Reporting Standard*”, che sarà approfondito nei paragrafi successivi.

Nell’ordinamento italiano il segreto bancario, sebbene sia menzionato in alcune norme¹⁶, non è mai stato espressamente definito dal legislatore. Tra l’altro in assenza di una norma espressa, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ha elaborato diverse tesi sulla natura e sul fondamento normativo di tale diritto.

In particolare, si era ipotizzata una copertura costituzionale nell’articolo 47 Cost., nella parte in cui prevede che la Repubblica «*tutela il risparmio in tutte le sue forme*». La questione è stata risolta in senso negativo dalla Corte Costituzionale. La Corte, nella sentenza n. 51 del 1992, oltre ad elaborare una nozione di segreto bancario, definito come «*un dovere di riserbo cui sono tradizionalmente tenute le imprese bancarie in relazione alle operazioni, ai conti ed alle posizioni concernenti gli utenti dei servizi da essi erogati*», statuisce che «*A tale dovere, tuttavia, non corrisponde nei singoli clienti delle banche una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta, né, men che meno, un diritto della personalità, poiché la sfera di riservatezza con la quale vengono tradizionalmente circondati i conti e le operazioni degli utenti dei servizi bancari è direttamente strumentale all’obiettivo della sicurezza e del buon andamento dei traffici commerciali*». L’impostazione della Corte, quindi, è in linea con la consolidata giurisprudenza della Cassazione che considera la tutela del segreto bancario di natura esclusivamente civilistica¹⁷.

Alcuni autori hanno costruito una tesi della tutela “pubblicistica” del segreto bancario in base al disposto dell’articolo 326 del codice penale¹⁸, riguardante la rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio. La sostenibilità di tale tesi difetta principalmente per la circostanza che, trattandosi di reato proprio tale da richiedere la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, difficilmente il funzionario di banca potrebbe esservi ricondotto, atteso che secondo la giurisprudenza l’attività ordinaria degli istituti di credito esula dallo svolgimento di una funzione pubblica, salvo il caso in cui sia

¹⁶ Oltre al già menzionato art. 18 della l. 413/1991, anche l’articolo 35 del d.P.R. n. 600/1973 faceva riferimento al segreto bancario, essendo rubricato «*Deroghe al segreto bancario*».

¹⁷ In particolare, la tutela si collega alla responsabilità per l’inadempimento dell’obbligazione derivante dal contratto ai sensi dell’articolo 1218 c.c. In realtà una risalente pronuncia (n. 2147 del 1974) la Suprema Corte qualifica il dovere di riserbo bancario uso normativo agli effetti dell’integrazione del contratto prevista dall’art. 1374 c.c.

¹⁸ V., M. CEDRO, “*Le indagini fiscali sulle operazioni finanziarie e assicurative*”, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 14-15.

espressamente attribuita dalla legge¹⁹. Si è fatto riferimento, ancora, all'articolo 622 cod. pen. che incrimina la "rivelazione di segreto professionale", assumendosi che anche il segreto bancario rientri in tale previsione, come accade ad esempio in altre esperienze europee. In tal caso, quindi, dovrebbe preesistere una precisa disposizione che vincoli l'operatore al segreto, affinché si integri la fattispecie di reato che sarebbe astrattamente configurabile qualora si ritenesse che *«la violazione del dovere di segretezza scaturente dalle norme di diritto civile possa integrare l'ipotesi di cui all'art. 622 cod. pen., in quanto l'esercizio dell'attività creditizia postula, in capo all'amministratore o al dipendente che divulghi notizie apprese in relazione al proprio ufficio, il requisito di professionalità richiesto dalla norma penale incriminatrice»*²⁰.

Il quadro normativo ora delineato deve tener conto delle regole introdotte dalla regolamentazione comunitaria in tema di riservatezza, prevista dapprima dal D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, (che ha recepito la Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, modificata dalla direttiva n. 2002/58/CE) il cui titolo IX accoglie una serie di prescrizioni dirette in modo specifico al "*sistema bancario, finanziario ed assicurativo*", ed ora dal Regolamento UE n. 679/2016 (cd. GDPR – *General Data Protection Regulation*). Il segreto bancario, inteso come divieto per gli operatori bancari di fornire a terzi non autorizzati informazioni sulla posizione finanziaria dei propri clienti, è oggi tutelato anche in via amministrativa dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, titolare di poteri ispettivi e sanzionatori nei confronti dei soggetti trasgressori.

Il Garante ha così sanzionato, ai sensi degli artt. 11, lett. a), 23 e 24 del d. lgs. 196/2003, l'illecito trattamento delle informazioni bancarie nella forma della consultazione e della loro successiva comunicazione a terzi non legittimati da parte del funzionario di banca, nella specie il coniuge del titolare del conto²¹.

¹⁹ V. Cass. Penale n. 35261/21, riguardante il reato di concussione art. 317 cod. pen. e la sua configurabilità in capo al funzionario di banca. La S.C. afferma in tale pronuncia il seguente principio: *«l'attività degli istituti di credito, normalmente esulante dall'ambito pubblicistico, vi è invece sottoposta per quelle funzioni collaterali svolte in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti non economici nella veste di banche agenti o delegate, con la spettanza della qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio ai relativi operatori»* e che occorre accertare l'«individuazione dei caratteri qualificanti dell'attività pubblicistica in concreto svolta dai soggetti agenti, che non è frutto di mero automatismo rispetto a quella dell'ente di appartenenza, poiché si richiede il concreto esercizio, in capo all'agente, delle funzioni pubblicistiche stesse dalle quali, come noto, esula lo svolgimento di attività meramente materiali.»

²⁰ Ancora, M. CEDRO, op. cit.

²¹ Sul diritto di accesso ai dati bancari da parte del soggetto titolare, v. Cass., ordinanza n. 9313/2023 e sulla illecita comunicazione a terzi di dati bancari il provvedimento del 10 novembre 2016 del Garante per la protezione dei dati personali (doc. web n. 5852392).

Inoltre, il Garante, al fine di tutelare la riservatezza dei dati bancari, già prima dell'entrata in vigore del GDPR, con provvedimento del 12 maggio 2011 ha dettato alcune prescrizioni agli istituti di credito atte a prevenire il trattamento illecito delle informazioni bancarie, il tracciamento degli accessi e l'implementazione di *alert* in caso di intrusioni o accessi anomali ai dati bancari. È utile osservare che, stante la natura di Regolamento comunitario, il GDPR si applica in maniera uniforme in tutti gli Stati membri e nei confronti dei soggetti destinatari di diritti ed obblighi di dimensione sovranazionale e comunitaria.

Quid juris nel caso in cui un dipendente infedele o un *wistleblower* trasferisca informazioni bancarie in maniera illecita alle autorità inquirenti e fiscali in violazione del segreto bancario? La questione della legittima utilizzazione da parte delle autorità dei dati acquisiti in violazione del segreto bancario è stata all'attenzione della Cassazione e della dottrina nei casi noti come "Lista Falciani"²², "Lista Vaduz" e, più recentemente, dei "Panama Papers"²³. Sul punto occorre distinguere l'ambito penale da quello fiscale.

In ambito penale, la giurisprudenza ha prevalentemente ritenuto non utilizzabile la lista Falciani²⁴.

In particolare, la Cassazione penale con sentenza del 26 settembre 2012 n. 38753 conferma l'orientamento già espresso dal giudice per le indagini preliminari di Pinerolo nel decreto di archiviazione del 4 ottobre 2011, relativo a un procedimento per i reati previsti dagli artt. 4 e 5 del D.Lgs. 74/2000. In tale decisione, il GIP ha dichiarato l'inutilizzabilità della lista, facendo esplicito riferimento all'art. 240, comma 2, cod. proc.

²² Dal nome dell'ex dipendente della filiale di Ginevra della banca HSBC, che ha sottratto nel 2008 un elenco di oltre 130.000 clienti potenziali evasori consegnandolo all'autorità fiscale francese. Falciani è stato perseguito penalmente dal governo federale svizzero per violazione del segreto bancario e per spionaggio industriale.

²³ I "Panama Papers" fanno riferimento al caso portato alla luce dall'International Consortium of Investigative Journalists, che ha analizzato oltre 11,5 milioni di documenti segreti dello studio legale Mossack Fonseca & Co di Panama - finiti nell'agosto del 2015 nelle mani del quotidiano tedesco Süddeutsche Zeitung - portando alla luce una rete mondiale di società di comodo offshore che lo studio aveva creato per diversi clienti d'eccezione, tra cui figurano persino capi di stato e loro collaboratori, oltre a politici, dirigenti aziendali, atleti famosi e star dello spettacolo. Questo scoop ha fruttato all'ICIJ il prestigioso premio Pulitzer e ha rivelato la prassi ormai consolidata dei grandi evasori di nascondere importanti somme di denaro al Fisco attraverso società di comodo anonime con sede in paradisi fiscali.

Una volta scoppiato lo scandalo, molti Paesi hanno deciso di andare sino in fondo, indagando sui documenti venuti alla luce che contenevano oltre 2,6 terabyte di informazioni, mentre altri si sono limitati solamente a un'indignazione per così dire "di facciata", avviando delle indagini senza che però queste abbiano portato poi a risultati concreti. Per approfondimenti, v. B. OBERMAYER, F. OBERMAYER "Panama papers", Rizzoli, 2016.

²⁴ V. P. DE MARTINO, *Lista Falciani: il fine giustifica i mezzi? Note a margine di due provvedimenti "innovativi"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

pen., il quale disciplina l'inutilizzabilità della documentazione acquisita illecitamente. Di conseguenza, ha disposto l'archiviazione del procedimento e ordinato al pubblico ministero di distruggere i documenti, senza però attivare la procedura dell'incidente probatorio con contraddittorio tra le parti, prevista dai commi successivi dello stesso articolo. La Cassazione ha, inoltre, chiarito la non utilizzabilità della lista in ragione della provenienza illecita dei documenti in base all'art. 191 cod. proc. pen., a mente del quale *«le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»* e che tuttavia, il magistrato non può procedere alla loro distruzione se, in atti, non vi è la prova che sono state raccolte illegalmente²⁵.

In senso contrario a tale impostazione è l'ordinanza dell'8 giugno 2015 del Tribunale penale di Novara che aderisce all'interpretazione secondo cui l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione della legge (art. 191, comma 1, cod. proc. pen.) si riferisce solo alla violazione di norme processuali. Il giudice si interroga poi sull'applicabilità dell'art. 240, comma 2, cod. proc. pen., che prevede la distruzione di documenti ottenuti tramite raccolta illegale di informazioni, ma esclude che tale norma si applichi alla "Lista Falciani", poiché i dati sono stati legittimamente raccolti da una banca nell'ambito della sua attività ordinaria.

In sostanza, la procedura di distruzione prevista dall'art. 240 cod. proc. pen., che ha la finalità di tutelare le vittime di spionaggio e dossieraggio illegale, non rileva nel caso in parola. Inoltre, non rileva la circostanza che la documentazione sia stata trasmessa spontaneamente dalle autorità francesi a quelle italiane in base ad accordi di cooperazione internazionale, senza l'attivazione di rogatoria²⁶.

Pertanto, pur riconoscendo che le azioni di Falciani configurino il reato di accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter cod. pen.), reato non perseguibile in Italia se commesso all'estero, il Tribunale ha concluso nel ritenere che la sanzione dell'inutilizzabilità potesse colpire solo l'illegale formazione di documenti prima inesistenti *«e non il caso in cui i documenti siano preesistenti e formati legittimamente, ma siano stati successivamente acquisiti illegalmente (ad esempio perché indebitamente sottratti o duplicati)»*.

²⁵ V. "Repertorio Foro Italiano 2012, Tributi in genere", n.° 1720, in *Riv. giur. trib.* 2012, p. 925, con nota di RAGGI; *Dialoghi trib.* 2012, p. 484, con nota di VIGNOLI, LUPI, in *Bollettino trib.* 2013, 396; *Dir. pen. XXI secolo*, 2013, p. 72, con nota di ARTUSI.

²⁶ Va osservato che sarebbe stato comunque possibile attivare una richiesta di rogatoria internazionale per acquisire le informazioni dei clienti presenti nelle liste Falciani e Vaduz.

L'interpretazione data dal Tribunale di Novara, si presta a varie critiche²⁷. In primo luogo, la "Lista Falciani" dovrebbe rientrare tra i "*documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni*" di cui all'art. 240, comma 2, cod. proc. pen., rendendola inutilizzabile. Parte della dottrina supporta inoltre questa tesi, collegandola al reato di accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter cod. pen.) e alla violazione del D.Lgs. 196/2003 sul trattamento illecito dei dati personali²⁸.

Tuttavia, si ritiene di aderire all'impostazione secondo cui la norma non possa essere applicata in modo estensivo ad ogni prova illecita, ma solo a quelle precostituite e non anche alla documentazione formata nell'ambito del procedimento²⁹.

Mentre, infatti, l'art. 191 cod. proc. pen. limita l'inutilizzabilità alle violazioni processuali, l'art. 240 cod. proc. pen. si applica anche a prove acquisite illecitamente, incluse quelle che violano il diritto alla privacy, prevedendo ai commi 2 e seguenti la procedura di distruzione al fine di tutelare, come detto, la riservatezza delle vittime di attività di spionaggio e dossieraggio illegale. Sul punto, la Cassazione³⁰ ha stabilito che, comunque «*l'inutilizzabilità degli atti illegalmente formati a mente dell'art. 240 comma 2 cod. proc. pen., nella attuale formulazione non preclude che gli stessi possano valere come spunto di indagine, così come accade per gli scritti anonimi*».

La dichiarazione di inutilizzabilità e la conseguente distruzione tramite incidente probatorio dovrebbe costituire il presupposto normativo per evitare un impiego postumo dei dati in parola in sede tributaria. In realtà, sussiste una differenza sostanziale tra processo penale e tributario, il cd. del doppio binario³¹, sul quale si rinvencono alcune critiche da parte della dottrina³². Infatti, nonostante l'inutilizzabilità in sede penale, la Suprema Corte, con le ordinanze gemelle nn. 8605 e 8606 del 28 aprile 2015, ha affermato la piena utilizzabilità di tali dati per l'accertamento della violazione degli obblighi di monitoraggio fiscale previsti dal d.l. n. 167/1990 e da cui innestare accertamenti fiscali,

²⁷ V., P. DE MARTINO, *op. cit.*

²⁸ G. TABASCO, *Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti*, Cedam, Padova, 2014, p. 73 ss.

²⁹ V., P. DE MARTINO, *op. cit.*

³⁰ Cfr. Cass. penale, sez. III, 10 luglio 2013 n. 29433 e Sez. I sentenza del 5 dicembre 2007 n. 45566 RV 238143.

³¹ V. in proposito, Cass. civ., sez. trib., 27 febbraio 2013, n. 4924, che ha sottolineato che l'inutilizzabilità delle prove ex art. 191 cod. proc. pen. si applica solo al processo penale e non a quello tributario, dato che i due procedimenti seguono binari autonomi. Tale distinzione è ribadita anche dall'art. 654 cod. proc. pen. e dagli artt. 2 e 20 del D.Lgs. 74/2000, che disciplinano l'interazione tra le due sfere procedurali.

³² V., P. DE MARTINO, *op. cit.* che richiama C. SANTORIELLO, *Lista Falciani: limiti alla utilizzabilità e scarsa valenza probatoria*, in *Il Fisco*, n. 26/2013, p. 4010 ss.

sancendo la massima secondo la quale il materiale probatorio acquisito in modo irrituale può essere utilizzato in ambito tributario a condizione che non vi sia lesione dei diritti costituzionalmente garantiti.

Tenuto conto, come visto, che la giurisprudenza ha più volte affermato che il segreto bancario non è un principio costituzionalmente garantito e non può ostacolare l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in base alla propria capacità contributiva (Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 51), la provenienza illecita delle informazioni bancarie non preclude, quindi, il relativo utilizzo. Infatti, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza tributaria, possono essere utilizzati anche elementi probatori atipici o acquisiti in forme non regolamentate, purché rispettino i criteri della prova per presunzioni semplici (Cass. civ., sez. trib., 15 gennaio 2014, n. 656)³³, e il convincimento del giudice può basarsi anche su un unico indizio, purché grave e preciso (artt. 2727 e 2729 c.c.).

Sentenze più recenti hanno confermato tale impostazione, con alcuni corollari³⁴. Tale assunto è stato peraltro confermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, 1° marzo 2007, *Heglas c. Repubblica Ceca*) e da altre Corti europee, come il Bundesverfassungsgericht (9 novembre 2010, 2bVR2101/09) e la Cour de Cassation francese (Chambre criminelle, 27 novembre 2013, 13-85.042)³⁵.

Un aspetto cruciale della questione Falciani riguarda la cooperazione internazionale. La Corte di Cassazione ha ribadito che le informazioni bancarie trasmesse da autorità straniere nell'ambito della cooperazione fiscale internazionale (Direttiva 77/799/CEE e Direttiva 2011/16/UE) possono essere utilizzate a fini fiscali, a condizione che non comportino la divulgazione di segreti commerciali, industriali o professionali, e che non contrastino con l'ordine pubblico (Cass. civ., sez. trib., 7 novembre 2005, n. 21580).

In conclusione, la giurisprudenza prevalente ammette l'utilizzo nel processo tributario delle informazioni bancarie acquisite illecitamente, purché rispettino i criteri della prova

³³ V. M. PILLON STORTI, *Somme detenute all'estero da giustificare e cd. "Lista Falciani"*, in *IUS Tributario*, 17 dicembre 2021.

³⁴ V. Cass. n. 31085 del 28 novembre 2019, che ha ulteriormente confermato che i dati bancari contenuti nella Lista Falciani, ottenuti mediante gli strumenti di cooperazione internazionale, sono utilizzabili sia in fase amministrativa che giudiziale, trattandosi di informazioni prive di copertura costituzionale e di una specifica tutela legale nei confronti del fisco italiano nonché Cass. n. 35629 del 2023, che ha riconosciuto la legittimità degli accertamenti fiscali basati sulla documentazione della Lista Falciani, specificando che l'indizio di evasione deve essere confermato o smentito da ulteriori elementi probatori.

³⁵ V. F. BRANDI, *Utilizzabili dall'Amministrazione fiscale italiana i dati desunti dalla c.d. "lista Falciani"*, in *IUS Tributario*, 11 febbraio 2016.

per presunzioni semplici e rientrino nel quadro della cooperazione internazionale. Tuttavia, resta aperto il dibattito sulla tutela dei diritti fondamentali del contribuente e il rispetto del principio di legalità, oltre alla necessità di un equilibrio tra esigenze fiscali e garanzie individuali. Infatti, anche tale impostazione non è esente da critiche.

In particolare, con riguardo alla “Lista Vaduz”, appare discutibile l’affermazione secondo cui i dati bancari in essa contenuti possano costituire, anche da soli, un elemento probatorio sufficiente a fondare la prova per presunzioni semplici, purché presentino i requisiti di gravità e precisione³⁶.

Tale impostazione appare in contrasto con altre pronunce della stessa Corte che, pur ammettendo l’utilizzo della prova per presunzioni, richiedono comunque la presenza di ulteriori elementi indiziari per conferire attendibilità alle contestazioni fiscali³⁷.

Un altro aspetto che avrebbe meritato una riflessione più approfondita è la tutela della riservatezza e il possibile impatto di tale principio sull’utilizzabilità delle informazioni bancarie ottenute in modo illecito.

La Suprema Corte si è limitata a considerare la questione dal punto di vista della riservatezza bancaria, senza approfondire il tema più ampio della *privacy* intesa come diritto fondamentale della persona. Ciò risulta particolarmente rilevante alla luce dell’evoluzione del diritto alla protezione dei dati personali, che rappresenta un equilibrio tra l’interesse individuale alla riservatezza e l’interesse collettivo alla trasparenza e alla lotta all’evasione fiscale.

In conclusione, il quadro normativo e giurisprudenziale del segreto bancario in Italia, rilevata la mancanza di una tutela costituzionale diretta, consente di qualificare il segreto bancario in termini di una tutela non assoluta ma relativa, ove l’interesse del privato alla riservatezza, tutelato in caso di trattamenti non autorizzati nei confronti dei privati, può essere superato in caso di perseguimento di un interesse pubblico, talora di rango costituzionale, quale l’adempimento degli obblighi tributari (artt. 23 e 54 Cost.) e la repressione dei reati da parte dello Stato (artt. 25 e 112 Cost.).

³⁶ V., L. VELE, “La Suprema Corte “blinda” l’utilizzabilità delle informazioni acquisite dalla Lista Vaduz”, IUS Tributario, 2 ottobre 2015.

³⁷ Un esempio significativo è rappresentato dalla sentenza n. 10920 del 27 maggio 2015 della sezione tributaria della Cassazione, la quale ha stabilito che lo scostamento tra il reddito dichiarato e quello risultante da strumenti di verifica presuntivi, come parametri e studi di settore, non può costituire, da solo, una prova sufficiente a giustificare le pretese del fisco senza il supporto di altri indizi convergenti.

3. Banche dati finanziarie e corretto trattamento dei dati in presenza di algoritmi di intelligenza artificiale

Analizzato il dibattito in ordine all'utilizzo dei dati bancari, un aspetto non secondario è quello dell'accesso da parte delle autorità inquirenti alle informazioni bancarie in maniera rapida ed organizzata. Al riguardo, si possono immaginare due modelli. In primo luogo, si può ipotizzare l'accesso alle banche dati interbancarie detenute da soggetti privati, ad es. la CRIF³⁸ (da non confondersi con la Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia), oppure, prevedere la creazione di una banca dati centralizzata detenuta da una autorità pubblica e alimentata da comunicazioni trasmesse dagli operatori finanziari.

In Italia è stata percorsa la seconda soluzione, prima con l'istituzione dell'inattuata anagrafe dei conti e dei depositi e, dal 2006 dell'Archivio dei rapporti finanziari³⁹, preceduta dall'Archivio Unico Informatico nato per finalità antiriciclaggio e contenente le registrazioni dei rapporti e delle operazioni bancarie attraverso codifiche omogenee per tutti gli operatori e in maniera centralizzata. In termini concreti, attraverso la consultazione delle predette banche dati non è necessario conoscere l'ubicazione della filiale del conto, in quanto l'interrogazione al sistema centrale restituisce le informazioni presenti, per tale nominativo, su base nazionale. Ad esse si affiancano le comunicazioni annuali dei trasferimenti da e verso l'estero previste dalla normativa sul monitoraggio fiscale di cui alla legge n. 167/1990 e la segnalazione delle operazioni sospette (SOS) che alimenta la corrispondente banca dati per finalità antiriciclaggio.

Tra le banche dati sopra citate, senza dubbio l'Archivio dei rapporti può considerarsi trasversale, nella misura in cui consente attraverso l'interrogazione di conoscere gli istituti presso cui l'indagato intrattiene i rapporti. Ad essa accedono, infatti, oltre alle autorità fiscali, soltanto per citare i più rilevanti, il Ministro dell'interno, il Direttore Generale del Dipartimento di Pubblica Sicurezza, Questori, autorità giudiziaria e la DIA anche per l'applicazione di misure di carattere patrimoniale e la stessa UIF presso la Banca d'Italia. Dal 2013 è prevista la comunicazione anche delle giacenze e dei dati

³⁸ CRIF è il gestore di un Sistema di Informazioni Creditizie (SIC), che raccoglie i dati forniti direttamente dagli enti finanziatori che vi partecipano su base volontaria. La rilevazione centralizzata dei rischi (Sistemi di informazioni creditizie o SIC), come CRIF Eurisc, Experian, CTC, Assilea ha natura privatistica e non sono soggetti ad alcuna supervisione o attività di regolamentazione da parte della Banca d'Italia.

³⁹ Per un approfondimento sull'anagrafe dei conti di cui all'art. 20 della legge 413 del 1991 e dell'Archivio dei rapporti finanziari, v. L. STEFANUCCI, V. ERRICO, G. TONETTI, *Le nuove indagini finanziarie*, con prefazione di L. MAGISTRO, ITA edizioni, Torino, 2008.

contabili dei rapporti, da utilizzare esclusivamente per la predisposizione di liste selettive di potenziali evasori.

La moltiplicazione di banche dati, tuttavia, e la previsione per legge di uno specifico utilizzo fa emergere che seppur nella diversa finalità (lotta all'evasione, antiriciclaggio, repressione dei reati) non è infrequente che gli organi inquirenti si trovino ad analizzare fatti che tra loro possono assumere contemporaneamente la qualificazione di illecito amministrativo e penale. In questo caso, la settorializzazione di poteri e di normative, in assenza di un coordinamento, potrebbe creare inefficienze a svantaggio dell'accertamento dell'illecito qualora l'organo accertatore non svolga altresì funzioni di polizia giudiziaria⁴⁰. Sarebbe auspicabile quindi una razionalizzazione delle banche dati finanziarie e delle competenze al fine di favorire, da un lato una maggiore condivisione delle informazioni soprattutto in presenza di reati particolarmente gravi o indagini complesse e dall'altro agevolare il reperimento delle fonti di prova, adottando al contempo delle misure idonee ad evitare la propalazione e l'utilizzo illecito delle informazioni.

In ogni caso, l'attribuzione ad un ente pubblico della responsabilità della gestione di una banca dati contenente dati sensibili, quali quelli finanziari, è un aspetto che il legislatore non deve, a mio avviso sottovalutare. Emblematico è in tal senso l'accordo del 2006⁴¹ avente ad oggetto la trasmissione in blocco dei dati delle transazioni finanziarie mondiali da parte dello SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*)⁴², società residente in Belgio e quindi sottoposta alla normativa in tema di trattamento dei dati personali di tale Paese, in favore del Dipartimento del Tesoro americano, sul presupposto della localizzazione negli USA dei *server* contenenti le informazioni. La richiesta di acquisire tali informazioni nasceva dall'esigenza di fornire le agenzie americane di uno strumento per la prevenzione antiterrorismo, a seguito degli

⁴⁰ Si pensi al caso degli illeciti di carattere fiscale ove il fatto costituisca anche reato fiscale, oppure accerti l'esistenza di reati di altra natura. Inoltre, i reati di natura fiscale hanno rappresentato, di frequente, uno dei reati presupposto previsti dall'art. 648-bis del cod. pen., prima dell'introduzione del reato di autoriciclaggio da parte del nuovo art. 648-ter 1 cod. pen.

⁴¹ L'accordo è rimasto segreto fino al 2006, quando il New York Times ha pubblicato un articolo in cui segnalava l'acquisizione delle transazioni da parte del Dipartimento del Tesoro. A questo punto l'Unione europea ha intrapreso iniziative per disciplinare e limitare l'acquisizione dei dati di cittadini europei da parte degli USA.

⁴² Lo SWIFT è una società cooperativa con sede legale in Belgio che gestisce servizi relativi alle transazioni finanziarie globali in tutti i continenti, in oltre 200 paesi e territori e serve più di 11.000 istituzioni in tutto il mondo, i cui principali server, tuttavia, sono localizzati negli USA, precisamente in Virginia.

eventi dell'11 settembre. Appare evidente che tale tipo di approccio nei confronti di un ente privato ha costituito un tentativo di eludere le regole vigenti nella giurisdizione di appartenenza dei soggetti titolari dei dati personali, anche in relazione ai principi di proporzionalità e necessità, in base ai quali le autorità possono richiedere le informazioni strettamente necessarie per le finalità di interesse pubblico e che esse siano conservate per un tempo massimo. Per tale motivo l'Unione europea, tramite l'autorità Europea per la protezione dei dati e la Banca Centrale, ha adottato dei provvedimenti relativi al caso SWIFT per disciplinare e limitare l'acquisizione dei dati di cittadini europei da parte degli USA, concretizzate con la Decisione 2010/412/EU, che ha dato vita al *Terrorist Finance Tracking Program (TFTP)*⁴³.

Altro aspetto correlato al segreto bancario e su cui, di recente, anche la Cassazione si è occupata nel caso “*Mevaluate*”⁴⁴, riguarda la liceità della profilazione delle persone tramite algoritmi di intelligenza artificiale per finalità reputazionali. Il Garante ha sancito l'illiceità del trattamento dei dati così prospettato argomentando, con provvedimento n. 488 del 24 novembre 2016, che «*il consenso degli interessati, per essere conforme a legge, deve essere manifestato liberamente (art. 23 del Codice). Tale presupposto non ricorre se il consenso risulta manifestato – come nel caso di profili creati da altri – dietro necessità di contrastare gli effetti negativi derivanti da eventuali valutazioni avverse*» e che «*non apparirebbe frutto di libera autodeterminazione il consenso espresso da appaltatori, lavoratori e clienti in conseguenza della clausola contrattuale che l'associazione vorrebbe inserita nell'ambito dei rapporti intercorrenti con le controparti, non potendo considerarsi tale la volontà manifestata dagli interessati dietro “minaccia” della mancata stipula del contratto o quale condizione per la permanenza del vincolo negoziale*».

È sorto un contenzioso che ha visto prevalere in primo grado le ragioni privatistiche di Mevalue. Il giudice di prime cure, ha ritenuto legittima la profilazione attraverso

⁴³ V. https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/comments/negotiations-eu-us-concerning-swift-data_en, consultato in data 8 febbraio 2025.

⁴⁴ In particolare, la predetta società aveva approntato un sistema di calcolo, mediante un sofisticato algoritmo matematico, che attribuiva un “punteggio” complessivo da assegnare agli interessati (c.d. “*rating reputazionale*”) atto a determinarne il grado di affidabilità degli stessi, suddiviso in cinque *sub-rating* (“penale”, “fiscale” e “civile”, oltre, eventualmente, a “lavoro e impegno civile” e, limitatamente alle persone fisiche, “studio e formazione”) e reso disponibile agli altri utenti della piattaforma mediante apposite “interrogazioni” del sistema. V., F. BRAVO, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, (II), fasc. 6, 2021, p. 1005 e F. CASTAGNA, *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1-2, 2022, p. 501.

strumenti di intelligenza artificiale in ragione del principio dell'autonomia privata tutelato dall'articolo 41 della Costituzione, con riferimento alla libertà di iniziativa economica privata sancita, considerato che una diversa interpretazione avrebbe potuto ostacolare lo svolgimento dell'attività economica, e dall'altro dalla circostanza che l'interessato avesse facoltà di esprimere il consenso al trattamento dei propri dati. Inoltre, l'elaborazione di profili reputazionali non è espressamente vietata ed è già prevista e regolamentata in alcuni ambiti specifici, come il rating d'impresa e la valutazione del merito creditizio.

Di diverso avviso la Cassazione che, con ordinanza n. 14381/2021, i cui contenuti hanno anticipato le misure normative predisposte in sede europea nel Regolamento (UE) n. 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di pratiche vietate di intelligenza artificiale⁴⁵, ha precisato *«In simile quadro di regole e principi l'espressione "chiaramente individuato" — che contraddistingue il trattamento del dato personale — presuppone che il consenso debba essere previamente informato in relazione a un trattamento ben definito nei suoi elementi essenziali, per modo da potersi dire che sia stato espresso, in quella prospettiva, liberamente e specificamente»*. Non è sufficiente, quindi, un consenso generico, ma è necessario che l'interessato sia informato su aspetti come il titolare, le finalità, i mezzi e l'ambito di circolazione dei dati.

In particolare, quando il trattamento si basa su elaborazioni algoritmiche, è essenziale che il funzionamento dell'algoritmo sia trasparente e chiaramente individuato. Pertanto, in ambito di piattaforme di rating basate su algoritmi, il consenso non può considerarsi valido se gli interessati non hanno conoscenza dello schema esecutivo e degli elementi che compongono l'algoritmo utilizzato per il calcolo dei punteggi di affidabilità⁴⁶.

Peraltro, una recente pronuncia della Corte di Giustizia UE del 7 dicembre 2023 (cause riunite C-26/22 e C-64/22 e C-634/21), ha posto alcuni paletti all'utilizzabilità dei sistemi

⁴⁵ In particolare, l'articolo 5, rubricato *«pratiche vietate»* stabilisce espressamente il divieto, alla lettera c) dell' *«immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti:*

i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità».

⁴⁶ Osserva F. BRAVO, *op. cit.* e F. CASTAGNA in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1-2, 2022, p. 501, che con la pronuncia in argomento *«la Cassazione abbia voluto tracciare una linea diversa rispetto a quella percorsa dalla giurisprudenza amministrativa: la S.C. non richiede affatto che la trasparenza dell'algoritmo si traduca nell'obbligo di comunicazione del codice sorgente, che per di più risulterebbe del tutto inadeguato al raggiungimento dello scopo indicato nell'ordinanza in commento»*.

di intelligenza artificiale nel «*credit scoring*», classificato, conformemente al già citato Regolamento sull'Intelligenza artificiale, come “ad alto rischio” per il suo impatto sulla vita delle persone e per la possibilità di perpetuare discriminazioni sistemiche basate su fattori come origine etnica, genere, età o disabilità⁴⁷. Di interesse è, inoltre, uno studio del 2022 realizzato dalla Banca d'Italia⁴⁸ che analizza l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale e *machine learning* (ML) nel *credit scoring*, evidenziando come tali modelli, sebbene migliorino l'efficienza delle valutazioni creditizie, possano introdurre distorsioni nella selezione dei clienti. In particolare, il pericolo che si vuole prevenire è che la valutazione dell'affidabilità creditizia non sia del tutto aderente alla reale rischiosità del soggetto, con possibili effetti discriminatori.

Tale problematica, viene affrontata dal Regolamento (UE) n. 575/2013, che impone agli intermediari finanziari di implementare processi di controllo sulla qualità dei dati utilizzati, verificandone l'accuratezza, la completezza e la pertinenza. L'indagine della Banca d'Italia rileva, altresì, che i modelli di *credit scoring* basati su IA utilizzano prevalentemente dati interni o acquistati da fornitori di *analytics* del settore creditizio, mentre l'uso di dati provenienti dal web o dai social media è ancora limitato.

Tuttavia, alcuni intermediari stanno pianificando una progressiva riduzione dell'intervento umano nei processi decisionali, consentendo un'automatizzazione della concessione del credito in caso di valutazione positiva da parte dell'algoritmo. Sul piano dottrinale, emerge quindi la necessità di conciliare il principio di sana e prudente gestione con quello di prestito responsabile, tenuto conto che la valutazione del merito creditizio incide direttamente sui rapporti con la clientela, anche la fase di *credit scoring* deve garantire un'adequata tutela del soggetto finanziato. Ciò impone ai finanziatori di predisporre misure per prevenire il rischio di *bias* algoritmici e garantire la trasparenza del processo decisionale.

Se l'utilizzo delle tecniche di intelligenza artificiale per l'analisi dei dati finanziari è già realtà nel settore privato, anche nel settore pubblico si sta avviando una nuova fase di utilizzo della IA per finalità di selezione delle posizioni a rischio evasione della banca dati dell'Archivio dei rapporti finanziari.

⁴⁷ Per un approfondito commento alla sentenza v., V. PIETRELLA, S. RACIOPPI, *Il credit scoring e la protezione dei dati personali: commento alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 7 dicembre 2023*, in *Rivista Italiana di informatica e diritto*, CNR-IGSG, 10 giugno 2024.

⁴⁸ V., *Intelligenza artificiale nel credit scoring. Analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 721, ottobre 2022.

In proposito, il Garante per la protezione dei dati personali, nel provvedimento 276 del 2022 ha stabilito alcuni principi relativi all'utilizzo delle tecniche di intelligenza artificiale da parte dell'amministrazione fiscale. Il Garante evidenzia la necessità di garantire maggiore trasparenza nei confronti dei contribuenti, in particolare per quanto riguarda i processi di profilazione automatizzata utilizzati nell'ambito dell'analisi del rischio fiscale fornendo agli interessati un quadro chiaro sulla logica sottostante ai processi decisionali basati su trattamenti automatizzati, al fine di ridurre i rischi di interferenze con i loro diritti fondamentali. Ciò in linea con i principi sanciti a livello internazionale nei documenti dell'UNESCO (punti 44 e 47 della *UNESCO Recommendation*), che considerano la trasparenza e la correttezza nei processi decisionali automatizzati presidi essenziali per garantire un utilizzo affidabile dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'azione amministrativa. Ciò si traduce nel principio di non esclusività della decisione algoritmica che è stato oggetto di alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa⁴⁹.

Il Garante rileva, inoltre, un potenziale rischio nell'utilizzo delle banche dati fiscali: nonostante la pseudonimizzazione dei soggetti selezionati, gli operatori potrebbero affidarsi in modo passivo ai risultati dell'algoritmo, riducendo la reale efficacia del controllo umano e trasformando la supervisione in un mero atto formale. Per questo motivo, il parere sottolinea la necessità di adottare misure adeguate alla formazione del personale coinvolto, ai sensi dell'art. 29 del Regolamento (GDPR)⁵⁰.

4. Il ruolo di impulso delle organizzazioni internazionali e delle istituzioni europee nello sviluppo della disciplina per il contrasto all'impiego dei capitali illeciti

La progressiva erosione del principio del segreto bancario a favore di una maggiore trasparenza costituisce una delle più rilevanti trasformazioni del sistema finanziario internazionale. Tale evoluzione è determinata dall'esigenza di contrastare efficacemente

⁴⁹ V. Consiglio di Stato, sentenza n. 8472/2019.

⁵⁰ In particolare, gli operatori devono essere in grado di: comprendere i limiti e le capacità del processo algoritmico; monitorare eventuali anomalie e disfunzioni, intervenendo tempestivamente per correggerle; interpretare correttamente i risultati dell'analisi algoritmica, tenendo conto delle sue caratteristiche specifiche; esercitare un controllo attivo, avendo la possibilità di disattendere le risultanze dell'algoritmo, ove necessario.

fenomeni quali l'evasione fiscale, il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo, che assumono sempre più una dimensione sovranazionale. Le istituzioni internazionali, attraverso l'adozione di strumenti normativi specifici, hanno favorito lo sviluppo di meccanismi di scambio automatico di informazioni bancarie, contribuendo così a rafforzare la cooperazione tra Stati. Le prime misure internazionali di contrasto ai capitali illeciti risalgono al 1977, quando il Consiglio d'Europa istituì un Comitato di esperti, oggi denominato "GAFI" (Gruppo d'azione finanziaria), per sviluppare strategie di contrasto da condividere e rendere effettive tra gli Stati membri. Ciò portò alla Risoluzione del 1980 che sollecitava i legislatori nazionali ad adottare misure di prevenzione e scambio informativo tra istituzioni finanziarie e autorità investigative. Questo primo passo rappresentò l'inizio di una crescente attenzione della comunità internazionale verso il fenomeno del riciclaggio. Accanto al GAFI operano, inoltre, sin dagli anni '90 il Gruppo EGMONT⁵¹ e il MONEYVAL (*Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures*)⁵².

Nel 1988, il Comitato di Basilea pubblicò la "*Dichiarazione dei principi*" per impedire l'uso del sistema bancario a fini di riciclaggio, introducendo obblighi per l'identificazione della clientela e la conservazione dei documenti. Questa dichiarazione costituì la base per la successiva regolamentazione bancaria in numerosi paesi.

Parallelamente, la Convenzione di Vienna del 1988 delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope rappresentò il primo atto normativo vincolante con valenza internazionale, che ha approntato una definizione comune del reato di riciclaggio⁵³ e promosso una effettiva cooperazione internazionale. Questo

⁵¹ È l'organismo globale delle FIU (Financial Intelligence Unit), è stato istituito nel 1995, il numero delle FIU è rapidamente incrementato e ad oggi sono più di 150. Gestisce la rete Egmont Secure Web (ESW), utilizzata dalle FIU per lo scambio di informazioni operative. Promuove e stimola lo sviluppo delle FIU e lo scambio di informazioni, fornendo anche un'assistenza tecnica.

⁵² È stato istituito nel 1997 all'interno del Consiglio d'Europa, è l'organo dedicato alle politiche antiriciclaggio all'interno del Consiglio ed opera agisce come organo regionale del GAFI.

⁵³ V. art. 3, lettera b) della Convenzione, che introduce la punizione delle condotte finalizzate:

«I) alla, conversione o al trasferimento dei beni nella coscienza che essi provengono da uno o più reati determinati in conformità con il capoverso a) del presente paragrafo o da una partecipazione alla sua perpetrazione, allo scopo di dissimulare o di contraffare l'origine illecita di detti beni o di aiutare qualsiasi persona, la quale sia implicata nella perpetrazione di uno di tali reati, a sfuggire alle conseguenze legali dei suoi atti;

II) alla dissimulazione o all'alterazione della natura dell'origine, del luogo, della disposizione, del movimento o della proprietà reale dei beni oppure dei diritti relativi nella coscienza che essi provengano da uno o più reati determinati conformemente al capoverso a) del presente paragrafo o da una partecipazione ad uno di questi reati.»

trattato ha fornito agli Stati aderenti un quadro giuridico per armonizzare le proprie legislazioni e combattere il fenomeno in maniera coordinata.

Di pari passo, L'Unione europea ha sviluppato nel tempo una serie di direttive per rafforzare il contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, migliorando le misure di prevenzione e la cooperazione tra Stati membri, tra cui la Direttiva 91/308/CEE (1991) che ha introdotto tra gli altri, l'obbligo di identificazione della clientela per gli intermediari finanziari, ponendo le basi per la prevenzione del riciclaggio nei circuiti bancari.

L'Italia è stato il primo Paese in Europa a recepire le direttive per la prevenzione del riciclaggio e, poi, del finanziamento del terrorismo. Nel 1991, il decreto legge n. 143 dava attuazione alla Direttiva 91/308 prima della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale UE. Peraltro, l'Italia aveva già attuato alcune delle suddette misure internazionali con la c.d. legge "Rognoni-La Torre" (legge n. 646 del 1982), che ha introdotto il reato di riciclaggio e la misura patrimoniale della confisca, particolarmente efficace nel contrastare in maniera diretta i proventi delle attività criminali e renderle così meno vantaggiose.

Di seguito si illustrano in dettaglio le iniziative adottate da parte delle Nazioni Unite, dall'OCSE e dall'Unione Europea.

4.1. L'ONU e la Convenzione di Palermo sul crimine transnazionale

Il rafforzamento della cooperazione internazionale nella lotta alla criminalità organizzata costituisce un obiettivo pluridecennale delle Nazioni Unite. Alla istituzione del Programma delle Nazioni Unite per la Prevenzione della Criminalità e per la Giustizia Penale fece seguito, nel 1992, la creazione della Commissione sulla Prevenzione della Criminalità e per la Giustizia Penale, avente come finalità il potenziamento delle iniziative contro la criminalità organizzata transnazionale. In occasione della prima riunione della Commissione, tenutasi pochissimi mesi prima della strage mafiosa che ne avrebbe determinato la morte, il giudice Giovanni Falcone⁵⁴, capo della delegazione italiana, prospettò l'idea di una conferenza internazionale incentrata sulla cooperazione

⁵⁴ Giovanni Falcone è stato più volte invitato dal 1983 a partecipare alla riunione del gruppo di esperti incaricato di redigere uno studio in tema di confisca dei proventi illeciti del traffico di stupefacenti, organizzata a Vienna dal 24 al 28 ottobre 1983, che avrebbe portato all'inserimento, per la prima volta in una convenzione internazionale della misura patrimoniale della confisca.

multilaterale nella lotta al crimine organizzato, che troverà il suo primo rilevante compimento con la Convenzione di Palermo del 2000.

Nel novembre 1994 si tenne a Napoli la Conferenza Ministeriale Mondiale sulla Criminalità Organizzata, che rappresentò uno dei più significativi eventi nella storia del Programma sulla Prevenzione del Crimine e la Giustizia Penale delle Nazioni Unite. I 142 Stati che parteciparono adottarono, all'unanimità, la Dichiarazione Politica e il Piano di Azione globale contro il crimine organizzato transnazionale. La Dichiarazione fu approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite un mese più tardi.

Il successivo *step*, ovvero l'elaborazione di un testo che sancisse una nozione unanime di crimine organizzato, come base per migliori risposte a livello nazionale e per una più efficace cooperazione internazionale, si sviluppò attraverso la Conferenza interministeriale latino americana sui seguiti della dichiarazione di Napoli, nel novembre 1995, nonché attraverso una serie di seminari regionali (Dakar 1997, Manila 1998), due riunioni di esperti, la prima a Palermo, nell'aprile 1997, la seconda a Varsavia, nel febbraio 1998.

Su raccomandazione del Consiglio Economico e Sociale, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con Risoluzione del 9 dicembre 1998, deliberò di costituire un Comitato intergovernativo con lo scopo di redigere una Convenzione internazionale contro il crimine organizzato transnazionale, nonché di discutere strumenti pattizi internazionali concernenti il traffico di donne e bambini, il traffico illecito di armi e munizioni, ed il traffico e trasporto illegale di migranti, anche via mare. Il Comitato, nel luglio del 2000, approvò la Convenzione e, nell'ottobre dello stesso anno, i Protocolli sul Traffico delle persone e contrabbando di immigranti. Il 15 novembre, l'Assemblea Generale ha formalmente adottato questi strumenti che furono, poi, sottoscritti a Palermo nel mese di dicembre 2000. Il Protocollo concernente le armi leggere da fuoco è stato adottato dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel maggio 2001.

L'importanza della Convenzione di Palermo non è soltanto nelle misure normative, seppur rilevanti, da essa introdotte, ma anche nell'attenzione culturale e politica per il fenomeno della criminalità da parte del massimo organismo mondiale interstatale. Se fino ad un certo punto della storia il crimine organizzato è stato visto come un problema di ordine pubblico che riguardava i singoli Stati nazionali, l'instaurazione di sistemi economici statali sempre più interdipendenti, lo sviluppo dei mezzi di trasporto, dei

sistemi di comunicazione e del commercio internazionale e l'emergere di un mercato finanziario globale hanno determinato un radicale mutamento del contesto in cui il crimine organizzato opera, alterandone in maniera significativa la stessa natura.

Nel contrastare questa minaccia, la Convenzione delle Nazioni Unite consente di definire il fenomeno del crimine organizzato transnazionale e mira a rendere comune al più vasto numero possibile di legislazioni l'esperienza e il relativo strumentario normativo di quei Paesi che già lo avevano affrontato, tra cui l'Italia.

In primo luogo, la Convenzione punta ad armonizzare gli ordinamenti interni di tutti i paesi affinché si possa affermare con certezza che un reato sia tale in qualsiasi Paese, nel chiaro intento di agevolare le indagini, le procedure giudiziarie e l'esecuzione delle pene. Allineare le normative dei singoli Stati al fine di prevenire difficoltà operative e procedurali tipiche della cooperazione giudiziaria internazionale, consente inoltre di rimuovere gli ostacoli normativi derivanti dall'applicazione del principio della doppia incriminazione, espressione di una norma di diritto internazionale generale. Più specificamente è l'art. 5 della Convenzione che disciplina le rogatorie a scopo di perquisizione e di sequestro prevedendo la possibilità di subordinare dette rogatorie al già menzionato principio. Va osservato che l'adozione di fattispecie di reato comuni nella giurisdizione richiedente e richiesta consente di superare "a monte" la problematica della doppia incriminazione.

La Convenzione prevede, inoltre, all'art. 7 le misure per il contrasto al riciclaggio di denaro, da svolgersi mediante il monitoraggio dei flussi finanziari da e verso l'estero (*cross-border transfer*) e degli strumenti finanziari negoziabili.

Allo stesso tempo, il punto 6 dell'articolo 12 stabilisce la necessità che le operazioni finanziarie siano rese disponibili, in deroga al segreto bancario (*State Parties shall not decline to act under the provisions of this paragraph on the ground of bank secrecy*) a seguito di una richiesta di cooperazione internazionale.

A tale scopo, è stato istituito in Italia, anche in attuazione della Decisione Quadro n. 2007/845/GAI (Consiglio Giustizia e Affari Interni) l'*Asset Recovery Office* (ARO), incaricato di facilitare il reperimento e l'identificazione dei proventi di reato e altri beni connessi con reati che possono essere oggetto di un provvedimento di congelamento, sequestro, ovvero confisca, emanato dall'autorità giudiziaria competente nel corso di un

procedimento penale o, per quanto possibile, nel rispetto del diritto nazionale dello Stato membro interessato, di un procedimento civile.

Sul fronte della cooperazione giudiziaria, inoltre, viene espressamente stabilito che essa, tra gli altri, debba riguardare la trasmissione degli originali o di copia di documenti e notizie relativi a informazioni finanziarie detenute dalle banche e altre istituzioni finanziarie (Art, 18, lett. f).

L'approccio globale adottato dalla Convenzione, che interviene sia nella definizione dei reati sia nella creazione di strumenti amministrativi per il tracciamento e lo scambio di informazioni, rappresenta il primo concreto strumento con cui la comunità internazionale ha affrontato il problema dei capitali illeciti. Grazie a questo meccanismo, gli Stati aderenti hanno potuto superare gli ostacoli derivanti dalla tutela del segreto bancario.

La Convenzione di Palermo è stata successivamente implementata dalla risoluzione adottata il 16 ottobre 2020, su iniziativa italiana, dalla Conferenza delle Parti delle Nazioni Unite per il contrasto al Crimine transnazionale. Si tratta della Risoluzione 10/4, anche detta "Risoluzione Falcone"⁵⁵ intitolata: «*Celebrating the twentieth anniversary of the adoption of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and promoting its effective implementation*»⁵⁶.

La Risoluzione ha come obiettivo di rendere ancora più effettiva l'implementazione della Convenzione attraverso l'adozione di più incisivi strumenti di indagine finanziaria e di intercettare con maggiore celerità i fenomeni criminali transazionali.

Viene, inoltre, prevista al punto 15, una specifica prescrizione per l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) che ha trovato attuazione con la pubblicazione nel 2022 di una nuova versione della «*Legge modello sull'assistenza reciproca in materia penale*» (*Model Law on Mutual Assistance in Criminal Matters, as amended with provisions on electronic evidence and the use of special investigative techniques*).

Successivi sviluppi ispirati dalla "Risoluzione Falcone" si sono avuti nel 2021 con la pubblicazione, da parte delle Nazioni Unite, della nuova versione delle «*Previsioni*

⁵⁵ L'ispirazione ideale della risoluzione è espressa in modo particolarmente incisivo dal suo Preambolo, che rende «*uno speciale tributo a tutte quelle persone, come il giudice Giovanni Falcone, il cui lavoro e sacrificio hanno aperto la strada alla adozione della Convenzione*», affermando che «*la loro eredità sopravvive grazie al nostro impegno globale per prevenire e combattere la criminalità organizzata*».

⁵⁶ Per un approfondimento, v. A. BALSAMO, *op. cit.*

legislative modello contro la criminalità organizzata» (Model Legislative Provisions against Organized Crime), con la finalità di implementare presso i 191 Paesi aderenti alcune soluzioni già ampiamente operative in Italia, tra cui la normativa italiana in tema di associazione di tipo mafioso, associazione per delinquere, responsabilità delle persone giuridiche, circostanze aggravanti e attenuanti applicabili ai reati di criminalità organizzata (con la riduzione di pena prevista per i collaboratori di giustizia), estensione dei termini di prescrizione, criteri di scelta delle misure cautelari personali, esame in videoconferenza per gli agenti sotto copertura e gli imputati in un procedimento connesso.

Sempre in tempi recenti sono state adottate la “Dichiarazione di Kyoto” del 7 marzo 2021 in apertura del Congresso ONU sulla prevenzione della criminalità e la giustizia penale, che prevede un preciso impegno ad affrontare la dimensione economica della criminalità e si articola in due paragrafi, che assegnano agli Stati membri delle Nazioni Unite il compito di assumere misure efficaci sia *«per affrontare le dimensioni economiche della criminalità e privare i delinquenti e le organizzazioni criminali di qualsiasi guadagno illecito»*, sia per *«regolare l'amministrazione dei proventi di reato sequestrati e confiscati»*, la Conferenza degli Stati parte della Convenzione ONU di Merida contro la corruzione e la Dichiarazione Politica approvata nel giugno 2021 dalla Sessione Speciale dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite contro la corruzione.

Accanto alle misure poste in essere dalla Convenzione di Palermo, sono state implementate, a partire dalla Convenzione di New York del 1999, le linee strategiche della lotta al finanziamento del terrorismo internazionale, che impone agli Stati firmatari di prevedere adeguate misure per l'identificazione, la scoperta e il congelamento o il sequestro di tutti i fondi utilizzati o stanziati per compiere atti terroristici. Ad essa si affiancano le Risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU, che prevedono misure di congelamento dei fondi e delle risorse economiche detenuti da persone collegate alle organizzazioni terroristiche, tra cui le risoluzioni 1267/1999 e 1373/2001.

Le Risoluzioni delle Nazioni Unite sopra descritte sono state recepite dall'UE con la Posizione comune 931/2001/Pesc, successivamente modificata, e il regolamento (CE) n. 2580/2001, che contempla misure di embargo e di congelamento dei capitali posseduti o controllati, direttamente o indirettamente, presso istituzioni bancarie e finanziarie presenti nel territorio europeo, e impongono agli operatori obblighi di comunicazione relativamente ai soggetti elencati in apposite liste (c.d. *black list*).

4.2. Le misure adottate dall'Unione europea per la prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo

L'impulso dato alla lotta ai capitali illeciti da parte delle Nazioni Unite è stato affiancato da una serie di iniziative coeve adottate dalle istituzioni europee, tra cui la Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, l'identificazione, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, e la Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo. In particolare, la Convenzione di Varsavia ha posto le basi per un rafforzamento delle misure antiriciclaggio e antiterrorismo estendendo l'ambito di cooperazione a tutte le fasi tipiche della prevenzione del riciclaggio (verifica dell'identità della clientela, obbligo di segnalazione di operazioni sospette, ecc.) e introducendo la definizione di "*Financial Intelligence Unit*", quale ufficio deputato al ricevimento della segnalazione di operazioni sospette.

La prima Direttiva comunitaria in materia di antiriciclaggio risale ai primi anni Novanta (Direttiva 91/308/CEE del 28 giugno 1991). La Direttiva obbligava gli Stati membri a contrastare l'attività di riciclaggio dei proventi da reato connessi con il traffico di stupefacenti e affidava agli intermediari bancari e finanziari un ruolo di prevenzione del crimine mediante il compito di esaminare le transazioni finanziarie. I principi cardine della direttiva possono sintetizzarsi nei seguenti punti:

- a) l'armonizzazione dei controlli per contrastare il riciclaggio, senza incidere sulla libertà di movimento dei capitali e di prestazione dei servizi finanziari e sulla libera concorrenza;
- b) introduzione di una definizione comune di riciclaggio;
- c) recepimento delle indicazioni contenute nelle Raccomandazioni GAFI, attraverso la previsione di una serie di obblighi in capo ai soggetti destinatari (identificazione della clientela e accertamento dell'identità delle persone per conto della quale agiscono; conservazione di documenti, scritture e registrazioni; collaborazione con le autorità di settore; astensione dall'esecuzione di operazioni anomale o sospette; attivazione di procedure di controllo interne e di programmi di formazione del personale).

Tuttavia, è dal 2001, a seguito degli eventi terroristici avvenuti negli USA, che le istituzioni europee maturano la decisione di modificare la normativa al fine di creare degli

strumenti giuridici di contrasto e prevenzione più efficaci e di rafforzare gli obblighi di collaborazione attiva con le autorità di vigilanza e di polizia. Viene così approvata la seconda Direttiva (Direttiva 2001/97/CEE del 4.12.2001), con la quale si definiscono i reati “gravi” (ad esempio, corruzione e frode per le modalità di realizzazione correlate a flussi di denaro) e si precisa la nozione di riciclaggio, inteso come conversione o trasferimento o occultamento o dissimulazione o acquisto o detenzione di beni, denaro o risorse provenienti da attività illecite.

Si estende, inoltre, l’ambito soggettivo degli obblighi ai professionisti, tra cui i revisori, i consulenti tributari, gli agenti immobiliari, i notai, i commercianti di oggetti di valore e le case da gioco. Si stabilisce, infine, la possibilità di identificazione a distanza della clientela.

A conferma dell’impegno manifestato nella lotta al riciclaggio e alla minaccia terroristica, il 26 ottobre 2005 le istituzioni europee approvano la terza Direttiva (Direttiva 2005/60/CE) che, abrogando e sostituendo le prime due, detta misure specifiche e dettagliate per la prevenzione del riciclaggio e il finanziamento del terrorismo. In particolare, la terza Direttiva, oltre ad estendere l’ambito di applicazione della disciplina a nuovi soggetti (tra cui gli intermediari assicurativi) e a nuove operazioni, conferma la nozione di riciclaggio contenuta nella Direttiva 2001/97 e definisce la fattispecie finanziamento del terrorismo quale *«la fornitura o la raccolta di fondi, in qualunque modo, direttamente o indirettamente, con l’intenzione di utilizzarli, in tutto o in parte, per compiere uno dei reati di cui agli articoli da 1 a 4 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo, o sapendo che saranno utilizzati a tal fine»*. La Direttiva contiene, inoltre, obblighi di verifica adeguata della clientela (*customer due diligence*), variabili in funzione del rischio associato al tipo di cliente, di rapporto e di prodotto (c.d. principio del *risk based approach*).

Ancora una volta, a seguito degli attentati terroristici avvenuti durante il 2015 e la minaccia del sedicente Stato islamico si è resa necessaria l’esigenza di moltiplicare gli sforzi nella lotta al finanziamento del terrorismo su base internazionale, regionale e nazionale. È in questo contesto che, anche al fine di allineare la normativa europea agli *standard* internazionali e alle Raccomandazioni GAFI del 2012, le istituzioni europee adottano, il 20 maggio 2015, la quarta Direttiva (Direttiva 2015/849/UE), relativa

alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che abroga la Direttiva 2005/60 e il Regolamento (UE) 847/2015 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi.

Tra le principali novità introdotte dalla quarta Direttiva, vi è l'ampliamento della normativa ai soggetti che negoziano opere d'arte e ai prestatori di servizi di gioco d'azzardo. Viene adottato un approccio correlato al rischio sia a livello sovranazionale, di competenza diretta della Commissione europea e basato sui pareri delle autorità di vigilanza, sia a livello nazionale, affidando agli Stati membri il compito di valutare i rischi e definire politiche di mitigazione.

L'evoluzione del mercato finanziario dovuta alle nuove forme di investimento in criptovalute, nonché a seguito delle lacune normative evidenziate dal caso “*Panama Papers*”⁵⁷, porta all'introduzione nel 2018 della quinta Direttiva antiriciclaggio (Direttiva UE 2018/843), entrata in vigore il 10 gennaio 2020.

Una delle principali novità introdotte riguarda la maggiore trasparenza sui titolari effettivi delle società. I registri dei beneficiari effettivi diventano pubblici, con l'obbligo per gli Stati membri di interconnetterli a livello europeo. Inoltre, tali misure sono state estese anche ai *trust*, per rafforzare il controllo su strumenti finanziari spesso utilizzati per occultare l'identità dei reali proprietari.

La direttiva ha poi, come già illustrato, regolamentato meglio il settore delle criptovalute, includendo gli *exchange* e i *wallet* provider tra i soggetti obbligati al rispetto della normativa antiriciclaggio.

L'ultima azione adottata a livello europeo dal Consiglio UE per il contrasto al riciclaggio dei capitali illeciti si è realizzata con l'approvazione, il 30 maggio 2024, di un pacchetto di misure normative (*AML Package*) che rafforzano e armonizzano il sistema europeo per il contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo. Si tratta di un intervento atteso da tempo che determina un vero e proprio salto di qualità nella lotta al riciclaggio e che si articola nell'adozione:

- del Regolamento 2024/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio che, a partire dal 10 luglio 2027, diverrà la disciplina di riferimento degli adempimenti antiriciclaggio per gli operatori finanziari e non finanziari, i cui obblighi vengono estesi a nuovi soggetti

⁵⁷ V., *supra*, par. 2, nota n. 23.

obbligati, nello specifico i *service provider* di criptovalute⁵⁸, i commercianti di automobili di lusso, aerei, yacht e di opere d'arte e le società ed agenti del settore del calcio professionistico. Con il Regolamento si introduce, inoltre, per la prima volta una soglia unica in tutti gli Stati membri di 10.000 euro per i pagamenti tra terzi effettuati senza strumenti tracciabili;

- della Direttiva europea 2024/1640 (Sesta Direttiva Antiriciclaggio), che abroga la direttiva 2015/849 e stabilisce la disciplina, che gli Stati membri dovranno recepire entro il 10 luglio 2027⁵⁹, per il rafforzamento della trasparenza attraverso l'implementazione del registro centrale dei titolari effettivi, del registro dei conti bancari e dei sistemi di pagamento elettronici comprese le informazioni dei titolari di conti di cripto attività, nonché del registro unico delle informazioni immobiliari;

- del Regolamento 2024/1620 istitutivo dell'autorità antiriciclaggio europea (*Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism – AMLA*).

Per la prima volta, quindi, viene adottato un regolamento anziché una direttiva per la disciplina antiriciclaggio, al fine di garantire l'uniforme applicazione delle norme in tutta la UE, eliminando possibili elusioni, lacune e frammentazioni normative nell'applicazione delle misure ai soggetti obbligati. L'istituzione di un'autorità antiriciclaggio europea rappresenta, inoltre, un importante cambio di passo nel coordinamento delle iniziative e delle indagini transfrontaliere di contrasto al riciclaggio. Anche sotto il profilo degli strumenti di indagine, oltre all'accesso al registro dei titolari effettivi la nuova autorità potrà accedere alle informazioni dei registri dei conti bancari presso gli altri Stati membri, da implementare attraverso il sistema di interconnessione dei registri dei conti bancari (SIRCB), istituito dalla Sesta Direttiva antiriciclaggio (2024/1640). I registri centrali degli Stati membri contenenti informazioni sulla titolarità effettiva, già disciplinati dalla direttiva (UE) 2018/843, sono già interconnessi attraverso la piattaforma centrale europea istituita dalla direttiva (UE) 2017/1132. Le informazioni “minime” che popoleranno i registri dei dati finanziari sono ora previste dall'articolo 16 della Direttiva 2024/1640, vale a dire i dati anagrafici degli intestatari di conti bancari,

⁵⁸ Per completezza, va osservato che già nel 2023 il Consiglio ha adottato con Regolamenti 2023/1114 e 2023/1113 la disciplina europea sul mercato della criptovalute.

⁵⁹ Fatta eccezione per l'articolo 74, relativamente all'accesso al registro dei titolari effettivi, da recepire entro il 10 luglio 2025, nonché gli articoli 11, 12,13 e 15 entro il 10 luglio 2026 e all'articolo 18 entro il 10 luglio 2029 con riguardo all'accesso informazioni di natura immobiliare.

compresi quelli dotati di IBAN virtuali, di conti di pagamento, conti titoli, conti di cripto attività e dei locatari di cassette di sicurezza.

4.3. L'OCSE e gli accordi di scambio per la trasparenza finanziaria internazionale

Nel novero delle azioni adottate per il contrasto ai capitali *offshore* e al riciclaggio anche l'OCSE ha avuto, soprattutto nei tempi recenti, un ruolo di rilievo.

È una iniziativa dell'OCSE l'adozione dello scambio automatico di informazioni finanziarie, noto come “*Common reporting standard – CRS*” che oggi coinvolge più di 100 Stati. L'obiettivo principale del CRS è rafforzare la trasparenza fiscale e prevenire l'occultamento di redditi e patrimoni nei paradisi fiscali. Per raggiungere questo scopo, le istituzioni finanziarie (banche, assicurazioni, fondi d'investimento) devono tenere in evidenza le informazioni sui titolari dei conti con residenza all'estero, inclusi nome, indirizzo, codice fiscale e saldo del conto. Questi dati vengono poi trasmessi all'autorità fiscale nazionale, che li condivide automaticamente con le autorità degli altri Paesi aderenti. La globalizzazione ha reso, infatti, più semplice per individui e aziende trasferire capitali oltre confine, sfruttando le lacune normative e i paradisi fiscali per occultare redditi e patrimoni.

La crisi finanziaria del 2008 ha evidenziato la necessità di una maggiore trasparenza fiscale per garantire l'equità del sistema tributario e la stabilità economica globale. Inoltre, la crescente pressione dell'opinione pubblica e delle organizzazioni internazionali ha spinto i governi ad adottare misure più incisive per prevenire l'elusione fiscale e recuperare entrate tributarie.

La genesi della normativa sullo scambio automatico di informazioni finanziarie si colloca, tuttavia, negli USA e precisamente nel 2010. Il Congresso USA, a fronte della rilevante evasione fiscale commessa dai contribuenti statunitensi attraverso la detenzione di capitali in Paesi *offshore*, ha ritenuto necessario un cambio di passo rispetto alle disposizioni contenute nei *Qualified Intermediary Agreements* (QIA), che non erano state sufficienti a contrastare tale fenomeno. È stata quindi emanata una nuova normativa nota come “*Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA*” approvata dal Congresso il 18 marzo 2010 ed entrata in vigore il 1° luglio 2014. Si tratta di uno schema di accordo per adesione tra l'Autorità fiscale statunitense (IRS – *Internal Revenue Service*) e le

istituzioni finanziarie a livello globale per la comunicazione dei proventi finanziari percepiti dai cittadini statunitensi. In caso di mancato accordo è prevista una ritenuta alla fonte del 30% sui pagamenti di fonte statunitense corrisposti a clienti che non forniscono le necessarie informazioni, i cosiddetti “*recalcitrants*”, e agli intermediari esteri che non si adeguano alla nuova normativa⁶⁰.

Al fine di ridurre quanto più possibile gli oneri gravanti sulle proprie istituzioni finanziarie connessi all’implementazione della disciplina FATCA e, nel contempo, per assicurare una reciprocità nello scambio di informazioni, nel corso del 2012 Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito hanno elaborato con gli USA uno schema di Accordo Intergovernativo (*Intergovernmental Agreement – IGA Model 1*), sottoscritto dall’Italia il 10 gennaio 2014⁶¹ e, in seguito, da numerosi altri Paesi. In base a tale accordo la trasmissione delle informazioni agli USA viene svolta dall’autorità fiscale nazionale e non dal singolo intermediario finanziario. Ciò ha richiesto l’adozione di normative per gli intermediari di adeguata verifica e di segnalazione della clientela statunitense, integrata e allineata alle regole di identificazione della clientela (“KYC – *Know Your Customer rules*”) già previste dalla locale normativa antiriciclaggio (AML – *Anti Money Laundering*).

La positiva iniziativa statunitense e l’esigenza di recuperare gettito manifestata da molti Stati, sia in sede OCSE sia in seno al G20, ha suggerito la strada della trasparenza delle operazioni finanziarie quale strumento di politica di cooperazione amministrativa atto a contrastare fenomeni di evasione e, specificamente, a contrastare l’erosione e lo spostamento della base imponibile verso Paesi a bassa fiscalità (Progetto BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*). La soluzione è stata di ridefinire lo standard richiesto nello scambio di informazioni riformulando l’articolo 26 della Convenzione OCSE sullo scambio di informazioni, fino ad allora attivabile esclusivamente su richiesta da parte di

⁶⁰ Secondo le sezioni da 1471 a 1474 del codice tributario statunitense (*Internal Revenue Code*) in caso di titolare del conto non collaborativo (*recalcitrant*), specificamente in caso di omissione o inesattezza delle informazioni richieste, l’FFI è gravata dell’onere di applicare una ritenuta del 30% sui pagamenti rilevanti, provvedendo al successivo versamento all’*Internal Revenue Service* (IRS). La violazione degli obblighi FATCA comporta la decadenza dello status di “FFI conforme”, con conseguente applicazione della ritenuta del 30% su tutti i pagamenti di fonte statunitense diretti all’istituzione inadempiente, indipendentemente dalla qualifica dei singoli titolari di conto.

⁶¹ L’Accordo Intergovernativo tra USA e Italia è disponibile sul sito internet dello US Treasury al link: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Italy-1-10-2014.pdf>

un'Amministrazione fiscale e nel caso in cui tali informazioni siano “prevedibilmente pertinenti” (*foreseeably relevant*) ai fini fiscali.

Nel corso del 2013 l'OCSE ha lavorato al progetto e con l'aiuto soprattutto delle Autorità dei 5 Paesi che avevano già aderito al FATCA ha elaborato lo «*Standard for Automatic Exchange of Information*». Tale Standard è stato approvato dall'OCSE nel gennaio 2014 e dal G20 nel febbraio 2014. L'intero pacchetto è stato presentato ai Leader del G20 nel corso del Meeting del 15-16 novembre 2014 tenutosi a Brisbane, in Australia.

L'effetto persuasivo derivante dal nuovo schema di accordo sulla trasparenza finanziaria è stato dirompente. Il 29 ottobre 2014, nel corso del «*Global Forum on Transparency and Exchange of Informations for Tax Purposes*» tenutosi a Berlino 58 giurisdizioni hanno sottoscritto il *Multilateral Competent Authority Agreement* (MCAA). Inoltre, nell'ambito di tali Paesi (c.d. “*early adopters*”), figurano oltre all'Italia ed ai principali Paesi UE, anche numerosi Paesi in passato poco trasparenti, quali ad esempio Liechtenstein, San Marino, Lussemburgo, Belgio. Altre 35 giurisdizioni hanno altresì sottoscritto il MCAA, impegnandosi a scambiare informazioni sulla base dello Standard AEOI a partire dal 2018; tra tali Paesi figurano anche ex paradisi fiscali quali Svizzera, Monaco, Andorra.

Il CRS, così come predisposto dall'OCSE ai fini dell'*Automatic Exchange of Information* e poi recepito alla lettera nella Direttiva europea DAC2, è nella sostanza molto simile agli accordi IGA, sia per quanto riguarda l'ambito oggettivo che le modalità applicative (con solo alcune specificità e piccole differenze). È invece più ampio l'ambito soggettivo, in quanto interessa non più solo la clientela statunitense, ma tutti i clienti fiscalmente non residenti. Lo scambio da parte delle giurisdizioni aderenti è stato avviato nel 2016. Le comunicazioni riguardano le consistenze dei saldi e dei proventi finanziari percepiti in relazione a conti di deposito, conti di custodia, contratti di assicurazione e i contratti di rendita e le quote di capitale ed i titoli di debito che non siano regolarmente negoziati nei mercati regolamentati e che siano emessi da Entità di Investimento.

Il CRS è, inoltre, strettamente collegato alla normativa antiriciclaggio, poiché entrambi i quadri normativi mirano a prevenire l'abuso del sistema finanziario per scopi illeciti e le procedure di rilevazione delle informazioni sono integrate. In particolare, le istituzioni finanziarie devono integrare le verifiche richieste dal CRS con quelle previste dalle direttive antiriciclaggio per garantire un efficace scambio di informazioni. Il CRS

condivide inoltre la definizione di titolare effettivo⁶², che deve essere rilevato secondo la definizione e le regole antiriciclaggio vigenti nella giurisdizione di riferimento.

5. Prossimi scenari nella lotta ai capitali illeciti: il CARF (Crypto Asset Reporting Framework) OCSE e il “Pact for the future” adottato dalle Nazioni Unite

Negli ultimi anni lo sviluppo dell’economia digitale ha portato alla diffusione di nuove modalità di investimento (*Crypto-Assets*) e di nuovi strumenti di pagamento (*digital money products*)⁶³ che hanno reso necessaria l’adozione di nuove strategie di controllo per contrastare i rischi di evasione fiscale, di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Stime recenti quantificano la capitalizzazione del mercato delle cripto-attività in una misura compresa tra 2,2 e 2,5 trilioni di dollari⁶⁴, di cui soltanto il 7 per cento imputabile alle cd. *stablecoins*⁶⁵. Le nuove tecnologie digitali, insieme ai prodotti e ai servizi ad esse correlati, pur rappresentando un’importante opportunità di sviluppo tecnologico ed economico, non sono esenti, allo stesso modo delle attività tradizionali, da un loro utilizzo per scopi illeciti. Tale rischio, tuttavia, è molto più concreto tenuto conto che la diffusione delle criptovalute e dei *crypto-assets* si è svolta in un mercato non regolamentato né vigilato dalle autorità creditizie fino all’adozione dei Regolamenti UE n. 1114/2024 (cd. Regolamento MiCAR) e n. 1113/2024, che ha altresì apportato modifiche alla normativa antiriciclaggio⁶⁶.

⁶² Il titolare effettivo o *ultimate beneficial owner*, è, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, lett. pp), del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, «la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell’interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l’operazione è eseguita».

⁶³ Per un approfondimento sul mercato delle criptovalute, v. D. ONORI, *Anonimato in rete e cripto valute*, in www.centrostudilivativo.it, 27 febbraio 2024.

⁶⁴ V. audizione di M. DORIA, del 1° agosto 2024 presso la Commissione Finanze del Senato della Repubblica resa in relazione al Regolamento UE 2023/1114 (MiCAR).

⁶⁵ La categoria delle cripto-attività comprende strumenti di diversa natura; la principale distinzione attiene alla possibilità che il loro valore sia determinato con riferimento a specifiche attività (ad esempio valute, *commodities* o titoli) o derivi invece da altri parametri, connessi essenzialmente con la loro quantità e la relativa domanda e offerta. Nel primo caso, nel quale rientrano prodotti come Tether e USD Coin, si parla comunemente di *stablecoins*, in quanto le cripto-attività intendono mantenere un valore stabile rispetto alle attività di riferimento; le altre cripto-attività, ad esempio Bitcoin ed Ethereum, possono essere invece definite “non garantite”, in quanto non vi sono attività alle quali è ancorato il rispettivo valore.

⁶⁶ Il Regolamento 1113/2024, entrato in vigore il 30 dicembre 2024, ha ad oggetto i dati informativi relativi all’ordinante e al beneficiario che devono accompagnare i trasferimenti di fondi in qualsiasi valuta nonché i dati relativi al cedente e al cessionario che accompagnano i trasferimenti di cripto-attività e che riprende le definizioni di *crypto-asset* e *crypto asset service provider* contenute nel Regolamento (UE) 2023/1114. Il Regolamento si applica ai trasferimenti di fondi e cripto-attività inviati o ricevuti da un prestatore di servizi di pagamento o da un prestatore intermediario di servizi di pagamento stabilito nell’Unione.

Va osservato, inoltre, che tali attività virtuali si basano sul sistema della *blockchain* che rende più difficoltosa l'individuazione del soggetto controparte dell'operazione in criptovaluta e che, come accade anche in altri settori del commercio elettronico, non è sempre individuabile in maniera netta la sede del *Service Provider* e della relativa giurisdizione di riferimento. A ciò va aggiunto che in Italia soltanto un numero esiguo di operatori finanziari già vigilati ha dichiarato di valutare la presentazione di una istanza di autorizzazione alla prestazione di servizi per le cripto-attività in Italia⁶⁷. Questo contesto operativo ha reso, pertanto, necessaria l'adozione di nuove strategie di contrasto dei rischi di evasione fiscale, di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

L'8 giugno 2023 l'OCSE ha quindi adottato un nuovo schema per il reporting delle criptovalute e degli *asset* digitali che porterà ad una integrazione dell'attuale standard CRS. È previsto che tale implementazione normativa, nota come *Crypto-Asset Reporting Framework* (CARF) sarà operativa dal 2027. Anche il Dipartimento del Tesoro americano e l'IRS hanno adottato nell'agosto 2023 un nuovo reporting sugli *asset* digitali predisponendo il nuovo *form* 1099-DA, che sarà operativo a partire dal 2026, ad integrazione della normativa FATCA.

Il CARF è stato predisposto per colmare le lacune dell'attuale assetto del CRS nella rendicontazione delle transazioni in criptovalute e altri *asset* digitali. L'ambito oggettivo della comunicazione include una vasta gamma di *crypto-asset*, come criptovalute, *stablecoin* e *token* non fungibili (NFT), escludendo quelli che non sono trasferibili o negoziabili i cui relativi titolari non potranno, quindi, essere anonimi. I soggetti obbligati alla rilevazione e acquisizione delle informazioni sono gli intermediari finanziari e le piattaforme di scambio e i fornitori di *wallet*.

L'introduzione del CARF presenta alcune sfide operative, tra cui l'armonizzazione con altre normative esistenti, in primo luogo con le normative antiriciclaggio ma rappresenta

Restano esclusi dall'ambito di applicazione del Regolamento:

- a) i trasferimenti di fondi o di *token* di moneta elettronica effettuati utilizzando carte di pagamento, strumenti di moneta elettronica, telefoni cellulari o altri dispositivi simili digitali o informatici prepagati o postpagati, qualora: i) il trasferimento sia eseguito per il pagamento di beni o servizi; e ii) il numero della carta dello strumento o del dispositivo si accompagni a ogni trasferimento generato dalla transazione;
- b) taluni trasferimenti, come, ad esempio, il prelievo di contante da parte dell'ordinante dal proprio conto di pagamento o il pagamento di imposte o sanzioni a un'autorità pubblica;
- c) i trasferimenti di cripto-attività, qualora sia il cedente sia il cessionario agiscano per proprio conto ed il trasferimento abbia luogo da persona a persona (*person-to-person*) senza il coinvolgimento di un prestatore di servizi per le cripto-attività.

⁶⁷ V. "Rapporto sulle scelte di investimento delle famiglie italiane", Consob, luglio 2024.

una efficace risposta atta a migliorare la trasparenza del mercato in questione e limitare il rischio di utilizzi per finalità di riciclaggio e di occultamento dei patrimoni.

Le ultime più recenti prospettive in tema di lotta ai capitali illeciti sono contenute, inoltre, nel “*Pact for the Future*” adottato il 22 settembre 2024 dalle Nazioni Unite, in occasione del Summit del Futuro volto a rafforzare la cooperazione multilaterale per affrontare le sfide globali del XXI secolo. Questo documento si propone di rafforzare l’azione internazionale in aree strategiche quali lo sviluppo sostenibile, la sicurezza globale, l’innovazione digitale e la governance internazionale.

Il Patto per il Futuro affronta tematiche cruciali per il progresso globale. L’impegno per lo sviluppo sostenibile si concretizza nel rafforzamento dell’Agenda 2030 e degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDG), assicurando che siano disponibili risorse adeguate alla loro realizzazione. In questo contesto, il Patto pone particolare attenzione alla necessità di colmare il crescente divario finanziario che ostacola il raggiungimento degli SDG nei paesi in via di sviluppo. Per far fronte a questa sfida, il documento prevede azioni mirate a garantire finanziamenti sostenibili, trasparenti e prevedibili, coinvolgendo sia risorse pubbliche che private. La pace e la sicurezza internazionale costituiscono un pilastro fondamentale del Patto, da realizzare attraverso iniziative mirate alla prevenzione dei conflitti, al miglioramento della governance della pace e alla promozione di soluzioni multilaterali per la gestione delle crisi globali.

L’innovazione tecnologica e la cooperazione digitale sono aspetti chiave del documento, con l’obiettivo di costruire un ecosistema equo in cui l’accesso alle tecnologie digitali sia universale e la sicurezza informatica garantita, i cui principi sono definiti nel *Global Digital Compact*.

Un elemento essenziale del documento è la lotta al crimine transnazionale, che viene inteso come un fenomeno che minaccia la stabilità e la sicurezza globale. Il Patto evidenzia il pericolo rappresentato dalla criminalità organizzata internazionale e dai relativi flussi finanziari illeciti, sottolineando come questi fenomeni possano avere un impatto sulla sicurezza, sui diritti umani e sullo sviluppo sostenibile. Quindi il fenomeno criminale assume una valenza sociale, quale ostacolo allo sviluppo della persona oltre che dell’economia degli Stati. Per affrontare questa minaccia, si propone un rafforzamento della cooperazione internazionale attraverso strategie di prevenzione, rilevamento precoce e indagini multilaterali. Inoltre, il documento si propone di intensificare gli sforzi

per eliminare i paradisi fiscali, combattere la corruzione e recuperare i beni ottenuti attraverso attività illecite.

Particolare enfasi viene data al contrasto della criminalità informatica, con il riconoscimento dell'importanza della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità informatica, adottata dall'Assemblea Generale il 24 dicembre 2024. Essa rappresenta un importante strumento normativo volto a disciplinare e contrastare i reati informatici su scala globale. La Convenzione mira, inoltre, a rafforzare la cooperazione internazionale e a garantire un'armonizzazione legislativa tra gli Stati membri per contrastare con maggiore efficacia le attività illecite perpetrate nel cyberspazio⁶⁸.

6. Riflessioni conclusive

È stato analizzato nei paragrafi precedenti come il contrasto all'utilizzo dei capitali illeciti da parte delle organizzazioni criminali ha avuto una forte implementazione negli ultimi anni su impulso delle organizzazioni internazionali. Ciò consente, senza dubbio, di affermare la centralità del ruolo delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, ONU, OCSE e Unione europea, nel dare una risposta efficace alla dimensione globale della criminalità. Lo sviluppo di una normativa comune, di procedure di cooperazione volte a favorire la trasparenza bancaria e ad erodere il segreto bancario hanno contraddistinto le azioni svolte dalla comunità internazionale per fronteggiare la criminalità finanziaria e il terrorismo. Allo stesso tempo, la condivisione delle tecniche di indagine e delle esperienze ha consentito di raggiungere degli standard internazionali comuni tra gli Stati.

Tuttavia, le iniziative adottate a livello internazionale riguardano spesso ambiti di applicazione tra loro distinti ma che, *ex post*, mostrano una condivisione di intenti sconfinando in ambiti tra loro strettamente connessi, quali evasione fiscale, antiriciclaggio e la repressione dei reati transnazionali in genere. La settorialità, sebbene vada a vantaggio della specializzazione delle competenze, potrebbe creare sovrapposizione di competenze tra autorità e una perdita di efficienza del sistema nel suo complesso. Occorrerebbe un approccio condiviso nella prevenzione degli illeciti, penali, amministrativi, fiscali, che tenga di una maggiore condivisione delle finalità, della

⁶⁸ Il fenomeno non risparmia il nostro Paese, si veda *Le mafie puntano a metaverso, la DIA: attenzione al web*, in *Il sole 24 ore*, 14 settembre 2023.

circolarità delle informazioni, soprattutto di quelle finanziarie, rispetto alla proliferazione delle banche dati pubbliche contenenti dati finanziari, con connesso aumento del rischio *privacy* per gli individui e dei costi di *compliance* per gli operatori obbligati a trasmettere le informazioni.

Mi riferisco, ad esempio, all'implementazione dello scambio internazionale di informazioni finanziarie basato sul Common Reporting Standard OCSE. La disponibilità delle informazioni dei soggetti, compresi i beneficiari effettivi, aventi conti all'estero se è, senza dubbio, molto rilevante nella lotta all'evasione fiscale, lo è altrettanto nelle indagini sui crimini transnazionali. Nonostante, infatti, come illustrato, la *due diligence* richiesta ai fini CRS si incentri su quella che gli operatori finanziari sono tenuti a svolgere ai fini antiriciclaggio, non è prevista espressamente da una norma la possibilità di utilizzare tali dati per scopi antiriciclaggio o indagini di natura diversa da quella fiscale. Sebbene, quindi, la commistione tra le due normative sia evidente, non altrettanto lo è la finalità di intenti. Ma anche per le finalità di contrasto all'evasione non è prevista, ad esempio, una integrazione dei dati internazionali CRS con l'Archivio dei rapporti finanziari. Va registrato che nell'Unione Europea un primo passo in avanti nella direzione di un maggiore coordinamento in ambito antiriciclaggio si è realizzato con l'istituzione dell'Autorità europea antiriciclaggio (AMLA), che rappresenta la prima autorità sovranazionale in tale campo dotata di autonomi poteri ispettivi e sanzionatori⁶⁹.

A tale quadro si aggiunge, a partire dal 2024, il CESOP (*Central Electronic System of Payment Information*) introdotto dal Regolamento (UE) 2020/283 con l'obiettivo di monitorare e raccogliere informazioni sui pagamenti effettuati all'interno dell'UE, specialmente quelli con controparti situate al di fuori dell'Unione. Il sistema opera raccogliendo informazioni sui pagamenti elettronici effettuati attraverso fornitori di servizi di pagamento (PSP) che sono obbligati a segnalare i dati relativi alle transazioni transfrontaliere alle autorità fiscali nazionali, che successivamente li trasmettono al sistema centrale europeo. In particolare, i PSP devono trasmettere informazioni dettagliate sui pagamenti transfrontalieri quando il destinatario riceve più di venticinque pagamenti in un trimestre e le informazioni raccolte vengono analizzate dalla

⁶⁹ Per un approfondimento della mission e dei poteri dell'AMLA, v. L. STEFANUCCI, *Lotta all'impiego dei capitali illeciti: la nuova Autorità europea antiriciclaggio*, in www.centrostudiliviatino.it, 10 novembre 2024.

Commissione europea tramite un database centralizzato, risultando poi accessibili alle amministrazioni fiscali degli Stati membri per facilitare controlli e verifiche transnazionali. La banca dati CESOP, non sarà integrata, ad esempio, con il sistema di interconnessione dei registri dei conti bancari (SIRCB), istituito dalla Sesta Direttiva antiriciclaggio (2004/69/CE) e che contiene alcune informazioni comuni al CESOP, quali i dati anagrafici degli intestatari di conti bancari, compresi quelli dotati di IBAN virtuali.

Restando in ambito nazionale, anche le consistenze dei saldi e delle movimentazioni presenti nell'Archivio dei rapporti finanziari, che contiene anche i titolari effettivi dei rapporti (come rilevati secondo la normativa antiriciclaggio) e dei soggetti che svolgono operazioni occasionali senza soglia di importo (a differenza di quanto accade per l'antiriciclaggio), oltre ad essere informazioni indubbiamente utili per le indagini patrimoniali o per l'applicazione delle misure di prevenzione, non sono utilizzabili in forma aggregata per la profilazione dei soggetti a rischio riciclaggio o su cui applicare misure di prevenzione, ma soltanto per la creazione di liste selettive per la lotta all'evasione⁷⁰. Inoltre, tenuto conto che l'Archivio è consultato, tra gli altri, dall'UIF, dal nucleo valutario della Guardia di finanza, dalla DIA, dal DIS e dall'Autorità Giudiziaria, si potrebbe ipotizzare integrazione con le SOS e con le operazioni che gli istituti finanziari registrano nell'archivio informatico antiriciclaggio, per una più efficace analisi delle posizioni considerate a rischio riciclaggio. Gli approfondimenti, inoltre, potrebbero essere svolti in maniera dematerializzata e in brevissimo tempo attraverso utilizzando la procedura telematica già disponibile per Agenzia delle Entrate e Guardia di finanza dal 2006. Tale procedura prevede un sistema di colloquio telematico con le banche e gli altri intermediari finanziari basato sullo standard XML e valido ai fini legali mediante la sottoscrizione delle risposte con la firma digitale e che consente di svolgere analisi avanzate dei dati, soprattutto in caso di indagini molto complesse per numero dei soggetti coinvolti e numerosità delle informazioni da gestire⁷¹. Oltre ai vantaggi operativi, anche in termini di riservatezza delle indagini va osservato che le banche utilizzano dei sistemi automatizzati per l'interrogazione delle informazioni, senza dubbio più sicuri rispetto alla notifica a mezzo della polizia giudiziaria svolta presso la filiale di radicamento del conto.

⁷⁰ Si pensi, ad esempio, all'informazione contenuta relativamente alle cassette di sicurezza del numero annuale di accessi, oltre in generale alla possibilità di individuare eventuali casi di interposizione fittizia.

⁷¹ Per un approfondimento, v. L. STEFANUCCI, G. CANTIELLO in *Fisco Oggi*, 26 marzo 2009, <https://www.fiscooggi.it/rubrica/attualita/articolo/indagini-finanziarie-piu-efficienti-lanalisi-delle-risposte>.

Peraltro, la stessa UIF utilizza il formato XML per gli approfondimenti di indagine con gli intermediari finanziari, mentre le altre autorità inquirenti della magistratura non hanno adottato ancora uno standard simile, non aderendo al momento a tale possibilità, prevista dall'articolo 11-bis del decreto-legge n. 201/2011.

Questa breve riflessione non intende muovere una critica, bensì auspicare che in futuro gli strumenti attuali e i nuovi che saranno messi in campo per il contrasto agli illeciti finanziari si ispirino sia a livello internazionale che interno ad una maggiore sinergia, di intenti e di finalità, nella lotta che quotidianamente, le autorità amministrative, fiscali e di polizia e la magistratura affrontano con dedizione e impegno, in continuità con la celebre tecnica investigativa del *“follow the money”* di Giovanni Falcone e degli altri magistrati, tra cui Rosario Livatino, che hanno dedicato la vita alla lotta alle mafie.

Abstract

LUIGI STEFANUCCI, Dalla tutela del segreto alla trasparenza delle informazioni bancarie: il ruolo delle istituzioni internazionali e la nuova visione globale in tema di contrasto all'impiego dei capitali illeciti

La progressiva erosione del principio del segreto bancario a favore di una maggiore trasparenza costituisce una delle più rilevanti trasformazioni del sistema finanziario internazionale. Se fino ad un certo punto della storia il crimine organizzato è stato visto come un problema di ordine pubblico che riguardava i singoli Stati nazionali, l'instaurazione di sistemi economici statali sempre più interdipendenti, lo sviluppo dei mezzi di trasporto, dei sistemi di comunicazione e del commercio internazionale e l'emergere di un mercato finanziario globale hanno determinato un radicale mutamento del contesto in cui il crimine organizzato opera, alterandone in maniera significativa la stessa natura. Dall'intuizione del pool antimafia si è così giunti alla Convenzione di Palermo del 2000. Le istituzioni internazionali, ONU, OCSE e Unione Europea hanno avuto un ruolo centrale nel dare una risposta efficace alla dimensione globale della criminalità attraverso l'adozione di strumenti normativi specifici, che hanno favorito lo sviluppo di meccanismi di allineamento delle normative e delle tecniche di indagine, nonché lo scambio automatico di informazioni bancarie, contribuendo così a rafforzare la cooperazione tra Stati.

Parole chiave: segreto bancario, antiriciclaggio, crimini finanziari, cripto valute, cooperazione internazionale.

LUIGI STEFANUCCI, From the protection of secrecy to the transparency of banking information: the role of international institutions and the new global vision in combating the use of illicit capital

The progressive erosion of the principle of banking secrecy in favour of better transparency represents one of the most significant transformations of the international financial system. While organized crime was once considered a public order issue concerning individual nation-states, the increasing interdependence of national economies, the development of transportation, communication systems, and international trade, as well as the emergence of a global financial market, have radically changed the context in which organized crime operates, significantly altering its very nature. From the insights of the anti-mafia task force, the process led to the Palermo Convention of 2000. International institutions such as the UN, OECD, and the European Union have played a central role in providing an effective response to the global dimension of crime through the adoption of specific regulatory instruments. These have facilitated the development of mechanisms for aligning regulations and investigative techniques, as well as the automatic exchange of banking information, thereby strengthening cooperation among states.

Key words: banking secrecy, anti-money laundering, financial crimes, cryptocurrencies, international cooperation.

ANTONIO TOMASELLI
Dottore di ricerca in Filosofia del diritto
Università del Salento

DIRITTO E MUSICA IN UNA PROSPETTIVA STORICA*

SOMMARIO: 1. Premesse di metodo – 2. La *Dark age* e i cantori omerici – 3. Dall’inizio dell’VIII al V sec. a.C. Musica e diritto nell’età arcaica 4. I *nomoi* tra musica e diritto – 5. Il rapporto diritto e musica nella letteratura del XVII secolo d.C.: L’Arcadia – 6. Diritto e musica nel contemporaneo – 7. Conclusioni.

1. Premesse di metodo

Alcune premesse di metodo: il tema si iscrive in un campo di ricerca, *law and humanites*, che negli ultimi cinquant’anni ha occupato il dibattito scientifico sia dal punto di vista della filosofia del diritto che da quello più propriamente di teoria generale della norma giuridica¹. Circoscrivere il campo di indagine da un lato fa acquisire significato alla ricerca stessa, dall’altro consente di diversificare gli ambiti in cui il diritto si differenzia, spostando la riflessione sulla costruzione narrativa del diritto stesso, «è possibile osservare il diritto come una delle espressioni della costruzione narrativa della realtà»². I testi narrativi si avvalgono di molteplici materiali simbolici: musica, pittura, fotografia, teatro, poesia. In una prospettiva simbolica, il diritto richiede l’osservazione

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Quando ci addentriamo in questo campo partiamo sempre da una acquisizione importante: l’obbligatorietà della norma giuridica non è conseguenza dell’esistenza di una sanzione, ma deriva soprattutto dall’esistenza della norma stessa che definisce gli obblighi delle parti all’interno di una relazione. Cfr. F. POGGI, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, ETS, Pisa, 2013; T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 50 «è comunque il precetto a creare l’obbligo, nel momento in cui stabilisce che qualcuno dovrà tenere (o non tenere) un determinato comportamento nei confronti di qualcun altro». Cfr. J.M. BALKIN, S. LEVINSON, *Law and Humanities: An Uneasy Relationship*, in *Yale Journal of Law & Humanities*, 18, 2006. La dottrina nordamericana per prima ha declinato il rapporto tra diritto e musica, come una delle più moderne frontiere del movimento *law and humanities*.

² M.P. MITTICA, *Diritto e costruzione narrativa. La connessione tra diritto e letteratura: spunti per una riflessione*, in *Rivista di Scienze della comunicazione*, n. 1/2010. Cfr. *Critical Inquiry, On Narrative*, vol. 7, n.1/1980. Il percorso “narratologico” prende piede negli States agli inizi degli anni ’80 contemporaneamente alle riflessioni di Luhmann in Germania. In Francia, invece, cfr. F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l’imaginaire juridique*, Paris, 2004. Pioniera in Italia nel 2009 è stata M.P. MITTICA con la pubblicazione *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell’arte e riflessione sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.1/2009. Cfr anche P. RICOEUR, *L’identità narrativa tra ermeneutica e psicoanalisi*, a cura di G. Martini, V. Busacchi, RomaTre Press, 2021.

di esso come fatto culturale, prodotto del linguaggio e della relazione sociale; il pensiero narrativo è dunque il luogo eletto nell'elaborazione simbolica della dimensione relazionale³ che restituisce «*la dimensione degli uomini al diritto*»⁴. In questo contesto la costruzione del diritto è il risultato di operazioni⁵ che in una prospettiva storica⁶, parte dal rapporto tra diritto e musica. Musica e diritto in rapporto tra loro, sono costitutivi di una ontologia loro propria, che non sarebbe più tale nel momento in cui la musica da una parte e il diritto dall'altra dovessero raccontarsi autonomamente. L'interpretazione della musica e del diritto occupano spazi differenti, ma acquisiscono significato solo se considerati insieme (in rapporto tra loro). La ragione del rapporto innanzitutto è strutturale; ad esempio, lo spartito musicale è di suo imperfetto, perché esprime la traccia della musica, ma non la musica. L'introduzione del pentagramma rese sì "normativi", cioè necessari nell'esecuzione tempi e frequenze, ma non era assimilabile a ciò che nel diritto aveva rappresentato l'opera dei grandi *nomomethai*⁷; lo spazio interpretativo del diritto rimane pertanto molto stretto. L'interprete musicale invece ha uno spazio creativo che gli permette di veicolare anche messaggi opposti.

In termini di teoria generale invece il rapporto tra musica e diritto ci conduce ad indagare le imperfette radici fondanti della regola giuridica; la nascita, lo sviluppo e la sua continua riproduzione.

Anche in questa ottica, lo spazio affidato alla interpretazione della musica è molto più ampio rispetto a quello dell'interprete del diritto. Questa distinzione evidenzia nel *logos*⁸, quale ragione e regola del buon senso, la differenza sostanziale tra il diritto e la musica: la musica non presuppone un *logos* e resta evocativa del trascendente. In tale ottica Aristotele sostenne che "talune forme di musica rendono (addirittura) ignobili". Si pensi allora alla Nona Sinfonia di Beethoven e alla sua funzione rituale: ha a che fare, per come

³ S. CHATMAN, *What novels can do that films can't (and Vice Versa)*, in *Critical Inquiry*, vol 7, n. 1; *On Narrative*, 1980.

⁴ F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto*, Franco Angeli, Milano, 2008, cit., p. 67.

⁵ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Mulino, Milano, 1990.

⁶ G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra, variazioni sul tema: "diritto e musica"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLI, n. 2, dicembre 2011, p. 443. L'autore ritiene di comprendere il rapporto tra diritto e musica nel momento in cui si siano acquisite le modalità con cui, nel corso del tempo, tale rapporto ha operato nei diversi contesti storici. «*L'unico approccio che può davvero contribuire ad una migliore comprensione del fenomeno interpretativo, nel diritto come nella musica, è quello storico*».

⁷ Il termine deriva dal greco antico *nomo-teteo* che significa appunto darsi leggi, ordinare, prescrivere.

⁸ Deriva dal greco *légo* che significa scegliere, raccontare, enumerare, parlare, pensare. Successivamente ha assunto molteplici altri significati: «*stima, studio (come suffisso), apprezzamento, relazione, legame, proporzione, misura, ragion d'essere, causa, spiegazione, frase, enunciato, definizione, argomento, ragionamento, ragione, disegno*». Cfr. W. CAVINI, in *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, 1981.

venne diretta, con il compleanno di Hitler nel 1942, oppure veniva intesa come inno nazionale della Rhodesia? A volte allora la musica arriva a contrapporsi, fino a sostituirsi al *logos*, come nei totalitarismi. Ma qui siamo passati già ad altro che al rapporto tra musica e diritto: siamo giunti al rapporto tra musica e potere. Individuato nel rapporto indissolubile di musica e diritto l'oggetto di discussione, diviene fondamentale inscrivere la relazione in un processo storico che parte dalle prime forme di organizzazione sociale, in cui la musica era espressione di vita comunitaria e felice; quindi, di civiltà.

Nella cultura Occidentale tale rapporto comincia ad animarsi nella Grecia antica, e «*si tratta della più antica espressione culturale che ci è dato conoscere [...] caratterizzata almeno fino al V sec. a. C. dall'unità di poesia, melodia e azione gestuale*»⁹. Il pensiero narrativo da cui siamo partiti è di per sé stesso frutto della influenza della comunicazione sociale perché è finalizzato a produrre ricadute sui sistemi di vita dei soggetti stessi. Questo è un altro punto essenziale in cui inscrivere il rapporto musica e diritto, quello appunto di una teoria sociale, a tal punto da costituire per Platone la musica insieme alla ginnastica, la base dell'educazione dei governatori della sua "città ideale"; per Aristotele invece era una vera e propria medicina dell'anima¹⁰.

Comprendere il rapporto musica e diritto significa, sempre nell'ottica del metodo, comprenderlo anche come storia; «*nella scienza giuridica impieghiamo idee e concetti che non appartengono al regno delle scienze e delle verità naturali, ma si collocano nel regno di quelle verità che sono inevitabilmente condizionate dal tempo e dalla storia*»¹¹. Racconteremo il rapporto tra musica e diritto all'interno di processi di continuità e

⁹ M.P. MITTICA, *Quando il mondo era «mousikè»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6/2004. Della stessa autrice, *Cantori di nostoi. Strutture giuridiche e politiche delle comunità omeriche*, Aracne, Roma, 2007.

¹⁰ Per ciò che attiene il diritto come relazione sociale, cfr. A. TADDEI, *Louis Gernet e le tecniche del diritto ateniese*, Giardini editori e stampatori, Pisa, 2001. In particolare, cfr. pp. 48-50. Nel cap. 5 *des Etudes sur la technique du droit athénien à l'époque classique*, Gernet «*[...] si sofferma sul processo formativo della nozione di obbligazione nel diritto ateniese. [...] Ad essere in questione è l'idea stessa che il semplice accordo delle volontà sia sufficiente a realizzare un vincolo di reciprocità. Si tratta di una sezione particolarmente lunga ma basilare per nutrire di sostanza ogni argomentazione sul diritto come fatto sociale. Ad entrare in gioco sono quelle che potremmo chiamare forme pre-giuridiche dell'obbligazione, fondate sul rispetto di un formalismo valutato come fiducia nella forza efficace delle forme e di cui una testimonianza plutarchea, relativa ad un rito praticato a Cnosso, costituisce un esempio. L'accordo reciproco delle volontà pare collocarsi sullo stesso piano del vincolo generato dalla prestazione di un dono, la cui mancata restituzione ha, come l'etnologia maussiana ha dimostrato, conseguenze funeste*».

¹¹ P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in ID., *Storia, Diritto, Stato. Un recupero per il giurista*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3 ss.

discontinuità¹²; quindi attraverso distinzioni temporali. Se è vero quanto sostenuto da Luhmann e de Giorgi che «*la storia nasce quando eventi rilevanti per la società vengono osservati attraverso un prima e un dopo (cioè come cesure)*»¹³ allora questo ci permetterà di osservare il rapporto tra diritto e musica innanzitutto in una ottica storica, partendo dalla prime civiltà micenee fino al V-IV secolo a.C. circa. Tale rapporto sarà ripreso nella letteratura della fine del XVII secolo d. C.; successivamente si manifesterà una discontinuità dalla fine dell'800 fino alla prima metà del XX secolo e la ricostruzione del rapporto dagli anni '40 fino ad oggi. Per questo «*una cosa, infatti, non dobbiamo mai dimenticare: nella scienza giuridica impieghiamo idee e concetti che non appartengono al regno delle scienze e delle verità naturali, ma si collocano nel regno di quelle verità che sono inevitabilmente condizionate dal tempo e dalla storia. Come è stato scritto efficacemente, "comprendere il diritto vuol dire comprenderlo come storia"*»¹⁴.

2. La *Dark age* e i cantori omerici

Avendo deciso di muovere il rapporto diritto e musica da una prospettiva storica¹⁵ tocca relazionarci con periodizzazioni di cui tentiamo una costruzione in presenza di

¹² T. KUHN, *The structure of scientific revolution*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1962; tr. it. (a cura di) A. Curago, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1969.

¹³ N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, ed. Franco Angeli 1991, p. 244.

¹⁴ T. GRECO, *Ibidem*, cit., p. 17; M. BREONE, *Diritto e Tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2004, cit., p. 64. Il contesto storico è importante non solo perché predilige il rapporto relazionale ma anche perché volge particolare attenzione al rapporto tra tendenze formalistiche e visioni materiali del diritto che si qualificano come adeguate ad una concezione dinamica e creativa frutto del progresso.

¹⁵ Il processo storico all'interno del quale si vuole inscrivere il rapporto, viene declinato non solo sotto la distinzione di certezza/incertezza, ma soprattutto come distinzione tra mutabilità/immutabilità. Sono tutti questi motivi, che fanno ad esempio della filosofia di Savigny una "forma dell'evoluzione del diritto" la quale non si pone il problema teorico del diritto declinato come gnoseologia della verità, ma è attento a rappresentare le molteplici forme di costruzione di esso, sforzandosi di eludere la questione della contingenza normativa attraverso una filosofia particolarmente attenta ad identificare le necessità logiche e storiche. Questa posizione, come ha sostenuto P. Becchi sulla scia di A. Baratta manifesta la propria radice normativa non nell'oggetto prodotto, bensì nell'atto stesso, in quella dialettica che costruisce volta per volta oggettività e che la determina in rapporto alla situazione storica. È questo particolare aspetto che salda il rapporto tra essere e dover essere, tra soggetto e oggetto, sottolineando il carattere "umano" del diritto che giunge ad esso attraverso tre stadi evolutivi che originano dalla consuetudine, per passare attraverso l'elaborazione della giurisprudenza, sino a giungere alla formulazione in leggi che siano degne dell'uomo. Tutto questo rende evidente il distacco dal giusnaturalismo classico da un lato, mentre dall'altro continua a maturare quella crisi del positivismo giuridico così come si era sviluppato durante il periodo weimariano. Il diritto allora si costruisce nel rapporto complementare tra positivismo e diritto naturale, due fratelli che avevano bisogno l'uno dell'altro. Da questo punto di vista il diritto, a partire dalla filosofia di Savigny, non dipende più da una visione contrattualistica, bensì esso, in quanto creatore di ordine sociale e di giustizia è un'arte vera e propria. «*Ogni teoria giuridica è un'opera d'arte e il sistema del diritto nel suo complesso è un'arte assai nobile e grave. [...] In quanto arti, il diritto e la giurisprudenza sono scopritori di verità sociali, creatori di ordine sociale e giustizia; alle loro costruzioni non basta la tecnica,*

materiale archeologico scarsissimo, a cui fortunatamente a partire dal XX sec. d. C. si sono affiancati studi di antropologia e di filologia. Partiamo dalla civiltà minoica (tra il XX e il XII sec. a.C.) ed in particolare dalla decadenza della civiltà stessa che si accompagna alla assenza della scrittura. Questo aspetto è fondante il rapporto in oggetto, perché determina una necessità pratica: quella appunto finalizzata in gergo “all’amministrazione dei palazzi”¹⁶ che riconosceva alla scrittura una funzione importantissima. Tutto ciò che non poteva essere più oggetto di essa, necessitava di essere trasmesso oralmente; e tra le rappresentazioni orali, il canto era indubbiamente quello che consentiva meglio di qualsiasi altra “tecnica”, di attivare la funzione della memoria, permettendo di resistere all’oblio. Procedendo nella periodizzazione del rapporto che ci interessa, gli studi di filologia classica hanno parlato di una vera e propria archeologia dei poemi omerici, partita dalla scomparsa della civiltà minoica fino all’VIII sec. a.C., detta *Dark Age* (1100-800 a.C.). Acquisita la posizione di Giambattista Vico, che nella *Scienza Nuova* dedica il terzo libro¹⁷ (*Della scoperta del vero Omero*) alla composizione orale dei poemi ad opera di molteplici aedi, si prospetta in ambito filologico un punto interessantissimo: l’abbandono definitivo che i due poemi (*Iliade* ed *Odissea*) abbiano avuto origine dalla scrittura, per avvalorare il convincimento che si sia trattato di testi trasmessi oralmente, definendo una vera e propria svolta oralista¹⁸.

Milman Parry «ipotizza nel 1929 che la lingua dei poemi omerici si origini dall’improvvisazione orale di canti in esametri davanti ad un uditorio presente, attraverso una forma di composizione tradizionale praticata probabilmente anche da cantori preomerici»¹⁹. L’indagine tra diritto e musica condotta con metodo filologico

ma occorre l'intuizione artistica e il costruito è un'opera d'arte, non già il risultato di una tecnica». F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts* (1840-1851); tr. it. (a cura di) V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 1, Unione Tipografica, Torino, 1886-1898; cit. pp. 1-7, pp. 404-418; Cfr. R. DE GIORGI, *Wahrheit und Legitimation* (1980) tr. it. *Scienza del diritto e legittimazione*, con poscritto del 1998, Pensa Multimedia, Lecce, 1998. Cfr. *Storicità del diritto, dignità dell'uomo, ideale cosmopolitico*, in *Archivio di storia della cultura, Quaderni*, n. 4; ed. Liguori, (a cura di) N. DE FEDERICIS, C. PALAZZOLO, Pisa, 2006; cit., p. 19; F. TESSITORE, *Giuliano Marini, la scuola storica e lo storicismo*, in *Ibidem*, cit. p. 21. Cfr. E. RIPEPE, *Giuliano Marini e la storicità del diritto: percorsi interpretativi di filosofia giuridica*, in *Ibidem*, cit. p. 162.

¹⁶ A. ERCOLANI, *Omero*, Carocci, Milano, 2006; M.P. MITTICA, *Ibidem*, cit., p. 14.

¹⁷ G. VICO, *La Scienza Nuova*, libro III, *Della scoperta del vero Omero*, (a cura di) N. Abbagnano, Unione Tipografica-Editrice Torinese, ed. 1968.

¹⁸ M. Parry, filologo e grecista statunitense fondatore della teoria della oralità pura nella formazione dei testi omerici. Cfr. M. PARRY, *L'épithète traditionnelle dans Homère. Essai sur un problème de style homérique*, Parigi, 1928; A.B. LORD, *The Singer of Tales*, Harvard U.P., Cambridge, 1960, trad.it., *Il cantore di storie*, Argo, Bari, 2005.

¹⁹ M.P. MITTICA, *Ibidem*, cit., p. 15.

attribuisce al canto funzione mnemonica²⁰ quale arte che gli aedi o i rapsodi si tramandavano di generazione in generazione, attraverso l'uso ripetuto di un determinato ritmo, che sortisce l'effetto di imprimere in chi ascolta ciò che viene raccontato.

La memoria del poeta non è il semplice ricordo di qualcosa, ma conoscenza vera e propria, anzi di più: è sapienza «*divulgando ciò che si cela nella profondità del tempo, il poeta reca, nella forma stessa dell'inno, dell'incantesimo e dell'oracolo, la rivelazione d'una verità essenziale, che ha il doppio carattere d'un mistero religioso e di una dottrina di saggezza*»²¹.

Le Muse, dice Esiodo nella Teogonia, sono figlie di Zeus e della dea Memoria che «*partorì nove fanciulle di animo concorde, che dal canto, si danno pensiero nei petti e intatto da pena hanno il cuore*»²²; ciò «*vale a dire che dal canto musaico si dispiegherebbe lo svelamento della verità tramite la parola del poeta, che diviene l'unica fonte di verità sugli dei e sugli uomini [...] ciò interverrebbe a ordinare anche la vita quotidiana delle comunità politiche, articolandosi in una forma per il buon governo che Esiodo esprime in un forte legame tra mousikè e sovranità*»²³.

L'epica, cantata nei poemi omerici, contiene regole, usi e stili di vita che il filologo Havelock E.A. ha nominato come grammatica antropologica o *reportage* sociale evidenziando efficacemente una funzione prettamente giuridica²⁴. L'epica racconta con metodo sociologico, facendo proprio il punto di vista di Parson T. per cui la sociologia nasce e si sviluppa sempre come sociologia del diritto²⁵, le narrazioni giuridiche perché

²⁰ La funzione mnemonica della poesia non è sufficiente a Detienne per spiegare il culto delle Muse da un lato e dall'altro la sopravvivenza del valore del canto anche quando la scrittura si sia già affermata. Dunque, la memoria non è solo il supporto materiale della parola cantata; cfr. M. DETIENNE, *I maestri di verità nella Grecia arcaica*, trad. it. A. Fraschetti, Laterza, 2008.

²¹ J.P. VERNANT, *Mito e pensiero presso i Greci*, Einaudi, Torino, 1970, cit. pp. 398.

²² ESIODO, *Teogonia*, vv. 60-62 e 77-79, a cura di E. Vasta, Mondadori, Milano, 2004.

²³ Nel rapporto musica e diritto particolare attenzione viene rilevata al diritto pubblico generale. Cfr. M.P. MITTICA, *Quando il mondo era mousikè*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.1/2014.

²⁴ V. FARENGA, *Narrative and Community in Dark Age Greece: A Cognitive and Communicative Approach to Early Greek Citizenship*, Arethusa, 31, 1998; E.A. HAVELOCK, *The Muse Leans to Write. Reflections on Orality and Literacy from Antiquity to Present*, Yale U.P., New Haven-London 1986, trad. it. *La musa impara a scrivere. Riflessioni sull'oralità e l'alfabetismo dall'antichità a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005. A proposito dei "racconti cantati" e della loro funzione giuridica contenente regole, cfr. E.A. HAVELOCK, J.P. HERSHBELL, *Communication Arts in the Ancient World*, Hastings, New York, 1978; tr. it. *Arte e comunicazione nel mondo antico*, Laterza, Roma-Bari, 1992.

²⁵ T. PARSONS, *Sociological Theory and Modern Society*, Free Press, 1967.

Tale espressione evidenzia la vicinanza di prospettive tra Parson e Durkheim. «*Gli uomini (scriveva Durkheim) non hanno atteso l'avvento della scienza sociale per formarsi idee sul diritto, sulla morale, sulla famiglia e sullo Stato, sulla società stessa, poiché non potevano farne a meno per vivere*». Queste pre-nozioni appartenevano all'uomo in quanto tale, perché costitutive della natura sua stessa. Gli studi sociologici allora non solo pre-esistono a quelli di teoria generale della norma giuridica, ma ne costituiscono

finalizzate alla realizzazione di un ordine sociale che muta sempre al mutare degli equilibri che essa stessa produce. Un testo musicale o giuridico che sia, necessita di essere sempre compreso storicamente, antropologicamente e filologicamente²⁶.

La *Dark Age* è espressione di una diffusione narrativa attraverso il canto; quello degli aedi²⁷, dei cantori e dei rapsodi, che assegna significato alle regole organizzative sociali che i poemi omerici vanno diffondendo. «*La composizione dei poemi si ipotizza essere avvenuta quindi per opera di cantori professionisti che si sarebbero esibiti ripetutamente in performance orali*»²⁸. I cantori narrano in musica le relazioni e gli intrecci, indicando i confini tra ciò che è giusto o ingiusto; essi, attraverso la musica, forniscono il pubblico della possibilità di riconoscere i propri confini volta per volta.

In questo contesto allora il processo narrativo epico si determina come indicazione normativa finalizzata alla solidarietà sociale, intesa come bene comune presente in Omero. La solidarietà è il fine di tutte le indicazioni valoriali e normative presenti nei poemi²⁹. La grammatica omerica custodisce attraverso il canto, la memoria stessa dello sviluppo della civiltà Occidentale; Ulisse, per esempio, diviene l'incarnazione delle molteplici inquietudini dell'essere umano e dei suoi fondamenti culturali, dell'uomo disperso nella complessità della vita, dalla quale intende fuggire realizzando il proprio

il fondamento senza cui non potrebbero essere rilevate questioni basilari del diritto come pratica civile. Tale assunto porta in sé quello tra teoria e prassi; una distinzione che non intende la contrapposizione tra due aspetti che caratterizzano l'uomo in società. I fatti sociali richiedono un trattamento oggettivo, «*i fenomeni sociali sono cose*» ha detto Durkheim. Partendo da questo assunto, la manifestazione oggettiva del soggetto si rivela in un processo di riduzione della complessità o di sua regolarità dell'interiorizzazione dell'oggetto da parte del soggetto. È attraverso questo processo che si attiva un radicale processo educativo.
²⁶ A. TADDEI, *Louis Gernet e le tecniche del diritto ateniese*, con il testo delle *études sur la technique du droit athénien à l'époque classique*, Giardini, Pisa, 2001. «*Il primo dei saggi che sono andati a comporre Technique, si apre affrontando una questione assai specifica e strettamente connessa con la dimensione procedurale, l'adozione della scrittura nella formulazione dell'accusa da parte dell'attore. [...] Scopo dell'argomentazione è dimostrare che l'introduzione della scrittura non avvenne, come proposto da un'interpretazione diffusa, in seguito all'emanazione di un provvedimento legislativo unico e generale, ma si realizzò attraverso un lungo periodo di gestazione, significativamente diverso a seconda degli ambiti procedurali coinvolti*» cit., p. 34. R. DI DONATO, *Esperienza di Omero*, Pisa, 1999.

²⁷ Gli aedi non hanno solo la funzione di dilettere, «*l'aedo ha mente egregia ed è simile per voce agli dèi. Grazie al suo canto è possibile accedere alla sola verità: ciò che non inganna, che consente di vedere. Come un padre tra tutti, è il predestinato di un viaggio che conduce alla pace e alla prosperità per la gente. È uomo e sovrano ideale*» M.P. MITTICA, *Ibidem*, cit., p.184.

²⁸ M.P. MITTICA, *Cantori di nostoi. Strutture giuridiche e politiche delle comunità omeriche*, Aracne, Roma 2007, cit., p. 15; v. anche L.E. ROSSI, *I poemi omerici come testimonianza di poesia orale*, in R. BIANCHI BANDINELLI (a cura di), *Storia e civiltà dei Greci*, vol. I, Bompiani, Milano, 1979. La performance, l'oralità, e la società tradizionale, sono una sola cosa con la narrazione come sostiene Aloni, in A. ALONI, *Cantare glorie di eroi. Comunicazione e performance poetica nella Grecia arcaica*, Scriptorium, Torino, 1998.

²⁹ A. FOUCHARD, *Homme et le bon ordre politique*, in *GAIA Revue interdisciplinaire sur la Grèce ancienne*, 7, 2003.

ritorno (ὁ νῶστος) attraverso un corrispondente cammino nostalgico e doloroso che si nutre di speranza³⁰. In questa maniera l'aedo fornisce significato alla vita, ciò che dà senso compiuto ad essa. Essi nella loro capacità di mediare tra gli uomini e le divinità, riflettono armonia sociale nella realizzazione dei *nostoi*. Ritornare significa allora rielaborare le proprie esperienze di vita narrandole attraverso un'intima connessione di musica e ambiente; quindi «*si trova nei racconti (narrazioni) essere stati nascosti i misteri di sì fatta sapienza volgare; e si medita così nelle cagioni onde poi i filosofi ebbero tanto desiderio di conseguire la sapienza degli antichi, a meditare altissime cose in filosofia e nelle comodità d'intrudere nelle favole la loro sapienza riposta*»³¹ [...] «*la musica che incessantemente fluisce dalle sue labbra in poesie così grandi nella loro varietà, e che anima ogni immagine, ogni suono delle sue parole, e che vive eterna con i suoi canti: tutto questo rende Omero unico nel suo genere*»³².

3. Dall'inizio dell'VIII al V sec. a.C. Musica e diritto nell'età arcaica

Nella Grecia arcaica il rapporto tra diritto e musica è espressione di civiltà³³. Essa si racconta mettendo in campo tutte le risorse relazionali proprie del diritto che tendono a riprodursi. Anche la mitologia classica ci viene incontro: Apollo, ad esempio, si guadagnò il titolo di Dio della musica, proprio grazie ad un furto.

³⁰ F. FERRUCCI, *Oltre l'assedio e il ritorno*, P. BOITANI, R. AMBROSINI (a cura di), *Ulisse: archeologia dell'uomo moderno*, cit., p. 126.

³¹ Tale riflessione di Vico G.B. attribuisce un inedito valore epistemologico al mito. La compresenza di una *corpulentissima* fantasia ha dato i natali a quelle che Vico chiama favole; creazioni della mente umana che, nell'impossibilità di comprendere ciò che si trova di fronte, ricorre all'invenzione, alla finzione. Ma come può ciò che è stato generato da fantasia e ignoranza essere vero? Vico rimanda a tale proposito ad un modello di verità che insieme alla costruzione di un diritto universale ed una alleanza filologica, delinea come problema di fondo quello della costruzione di un diritto universale, di una Scienza Nuova appunto, capace di cogliere le fasi fondamentali di sviluppo dell'umanità, in virtù dei principi presenti ed operanti nella mente umana che ne è l'artefice. Da questo punto di vista è evidente il parallelo con l'attività bio-cognitiva e dinamica del diritto. A sostegno del rapporto tra musica e diritto a partire dai poemi omerici cfr. J.G. HERDER, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità*, Laterza, Roma-Bari, cit., p. 289. La concettualità di Herder tipicizzerà soprattutto lo spirito greco classico poiché l'animo greco, sotto il cielo azzurro e sereno dell'Ellade era naturalmente predisposto alle arti. Herder ravvisava in Omero l'*Aufang* della poesia. Lo Stato non è la condizione ultima della perfetta felicità degli uomini e nella Grecia classica, pur non essendoci ancora una idea di Stato, si raggiunse una forma di civiltà molto più alta rispetto alla modernità.

³² J.G. HERDER, *Ibidem*; Cfr. M. COMETA, *Nemesi-Adrastea. Sulla cultura visuale di Herder e Holderlin*, ETS, Pisa, 2007. Herder riprenderà quella concettualità che nel periodo omerico raccontava l'umanità come legge della ragione e dell'equità che si fonda su una sorta di "perfezione specifica" consistente nello stare tra due limiti, *maximus* e *minimum*. Cfr. nozione aristotelica di *mimesis* e la sua valenza antropologica che permette di distinguere l'uomo dagli altri esseri viventi, spingendosi oltre i limiti della propria sensibilità, attivando conoscenza e apprendimento.

³³ G. DUSO, *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano, 1998; cfr. p.7 ss.

Ad inventare la lira, fu una divinità di nome Hermes quando, dopo aver rubato la mandria sacra di Apollo, usò le interiora di due vacche come corde per il guscio di una tartaruga, e inventò così la lira. Apollo infuriato per il furto della mandria, lo inseguì nella grotta di Maia, la madre di Hermes; ma, appena sentì il suono di quello strumento, propose ad Hermes il baratto: ti lascio la mia mandria se tu mi dai in cambio la lira che hai costruito.

Questo racconto avvalorava la tesi per cui il rapporto tra musica e diritto presuppone sempre una relazione tra soggetti alla base di esso, che non è possibile ridurlo a puro esercizio della sanzione o della forza. Esistono obblighi specifici per i soggetti della relazione; *«si potrebbe dire, che è solo quando l'uomo non incontra l'uomo che è necessario mettere in moto i meccanismi attraverso i quali l'uomo muove l'uomo [...] la pratica giuridica ha sempre il fine di dirigere una condotta e non quello di distribuire sanzioni»*³⁴.

Acquisito questo punto di vista, il rapporto tra musica e diritto nella Grecia arcaica si realizza nella regolazione armonica³⁵ delle parti, contrariamente appunto alla declinazione sanzionatoria, costitutiva del significato stesso della norma giuridica; rendendo il diritto strumento assolutamente democratico di uguaglianza tra soggetti. L'armonia che proviene dalla musica entra in rapporto col diritto, generando a sua volta una concezione della giustizia che è tale quando il sistema del diritto adegua la propria complessità a quella dell'ambiente³⁶.

Il rapporto musica e diritto è finalizzato a regolare volta per volta armonia al mutare delle condizioni ambientali, facendo uso dell'equità e della reciprocità per regolare il dovere di ciascuno nei confronti degli altri concittadini³⁷. Il canto riconosce nell'intonazione la forma della saggezza; Solone, ad esempio, era convinto che la giustizia potesse originarsi attraverso il canto poetico, ispirandone la saggezza ed evidenziando la valenza della funzione poetica nella società, favorendo tramite il canto i principi per una convivenza pacifica. Tale amabile saggezza prende il nome di *eunomia*. *«Essa va intesa non astrattamente, ma come adattamento di una cosa all'altra. Ogni cosa è come si conviene se è adatta, proporzionata, ovvero in armonia con tutte le altre. In*

³⁴ T. GRECO, *Ibidem*, cit., p. 53.

³⁵ "Armonia", nella lingua greca antica ha il significato di "corrispondenza delle parti col tutto, adattamento". Equilibrio fra vari elementi; vivere in buona armonia, in concordia.

³⁶ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, 1990, cit., p. 315 ss.

³⁷ M. BRETON, M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

tutto ciò Solone non dimentica che la matrice di eunomia sia comunque il canto. Come se non potesse esistere ordine senza il suono, volto a mitigare le azioni e a rasserenare gli animi»³⁸ sebbene, premette Plutarco, «non si potesse dire nulla di certo»³⁹. L'unico dato certo su Licurgo, ad esempio, è il fatto di essere stato un uomo di grande levatura morale; alla fine è proprio la sua storia, che si caratterizza nei suoi elementi essenziali intorno alla metà del V sec. a. C. Legislatore eccellente è colui intorno al quale si addensano le caratteristiche dell'essere immune dalla tirannia a favore del bene superiore della concordia sociale.

L'equità⁴⁰ rappresenta il principio a cui si deve ispirare l'attività decisionale dei giurati; essa non ha una funzione residuale ma costituisce il fine attraverso cui si dispiega il rapporto stesso tra diritto e musica. Esso occupa uno spazio interpretativo ampio che, come ebbe modo di sostenere Vallauri, va a costituire una vera e propria "ermeneutica greca"⁴¹ in cui «l'interpretazione evolutiva diviene una vera e propria tecnica a disposizione dell'interprete» essendo essa anche una attività politica. La musica per i Greci è allora scienza da un lato, nonché sapere pratico.

4. I *nomoi* tra musica e diritto

Tra il V e il IV sec. a. C. il rapporto tra musica e diritto tende ad allentarsi, soprattutto in considerazione della sempre maggiore diffusione della scrittura. Questo, tuttavia, non ha determinato come contraltare la separazione del rapporto tra musica e diritto; esso invece ha continuato a determinarsi, attraverso l'opera dei musicisti che si trovano ancora a dover differenziare la propria arte a seconda delle diverse funzioni sociali affidate alla stessa ed anche alla sua stessa fruizione. Quando quest'ultima era appannaggio di un determinato strato sociale, generalmente quello popolare, venivano riservate le composizioni di canti corali⁴² dalla struttura semplice destinate per lo più a feste e

³⁸ M.P. MITTICA, *Ibidem*, cit., p. 204.

³⁹ PLUTARCO, *Licurgo e Numa*, (trad. it. di) G. Farranda, (a cura di) B. Scardigli, Milano, BUR, 2012.

⁴⁰ Nella Grecia antica, il principio di equità veniva declinato con l'espressione *gnome dikaiotate*. Aristotele nella *Retorica* affida ad essa non più una funzione residuale da adottare nel momento in cui venissero a mancare norme scritte, ma le riconosce il significato proprio di giustizia, di fine ultimo.

⁴¹ Cfr. L. VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967. Il poeta comico Ferecrate nel V sec a.C. circa nel suo *Chirone*, fece pronunciare a tal proposito un atto d'accusa della musica alla giustizia.

⁴² Cfr. PLATONE, *Leggi*, III, 700, in *Opere*, II, trad. it. di A. Zadro, Bari, 1966. Platone ci ricorda che tra i differenti significati che assume il termine *vomos*, vi era anche quello di canto. A tale proposito è interessante ricordare l'esistenza presso comunità Inuit del Nord America di vere e proprie competizioni canore per la risoluzione di liti. Ciò evidenzia il valore catartico della musica nella risoluzione non violenta

cerimonie religiose; dall'altro i canti da solisti erano rivolti invece ad un uditorio più raffinato. In un'ottica più strettamente antropologica, l'intersezione tra musica e diritto è fatta di pratiche istituzionali sue proprie e funzioni convergenti che ci ricordano che la musica, non meno del diritto rappresenta un importante elemento simbolico di una determinata identità culturale⁴³.

L'osservazione del rapporto invece in una prospettiva filologica ci conduce a inventare il rapporto facendo seguito al significato terminologico stesso. Quanto più aumenta la differenza tra gli strati sociali e di conseguenza la funzione stessa del diritto, tanto più si evidenzia la necessità di trovare in musica il significato adeguato del rapporto.

Sino ad ora abbiamo notato che le melodie seguivano soprattutto l'aspetto metrico e la scansione ritmica procedeva attraverso i *nòmoi*⁴⁴. Il termine greco *nòmos* (con l'accento grave sulla prima o) indica sia la legge che il procedimento legislativo, e in particolare leggi per regolamentare l'educazione e la pratica musicale⁴⁵. Tale significato pratico diventa ancora più manifesto se si pensa all'assenza di vere e proprie raccolte di leggi scritte a cui si sopprimeva con l'utilizzo di ritmi cadenzati.

La lingua greca arcaica aveva accenti e spiriti, declinazioni, aperture e chiusure che la rendevano appunto ritmica e melodica determinando una forte relazione tra metrica e musica. Spostando invece l'accento *nomòs* (l'accento rimane grave ma sulla seconda o) il significato cambia per assumere quello di superficie o territorio; quest'ultimo

delle controversie. Cfr. N. ROULAND, *Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit*, in *Etudes Inuit Studies*, vol. 3, hors-série, 1979. La pratica del canto delle leggi è ampiamente documentata presso i Greci. Tanto nelle Leggi quanto nella Repubblica, Platone ravvisa nella musica una componente importante del programma educativo, essendo questa «capace di parlare direttamente all'elemento irrazionale dell'anima, indirizzandola nel suo complesso verso un comportamento corretto» cfr. G. PANNO, *Dionisiaco e Alterità nelle "Leggi" di Platone. Ordine del corpo e automovimento dell'anima nella città-tragedia*, Milano, 2007, p. 136.

⁴³ Cfr. G. RESTA, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLI, n. 2, dicembre 2011.

⁴⁴ I *nòmoi* sono componimenti musicali introdotti dal poeta Terpandro; cfr. a tale proposito E. PICOZZA, *Il nòmos nella musica e nel diritto*, in *L'armonia del diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, RomaTrePress, 2020. Secondo alcuni storici greci essi (i *nòmoi*) avevano anche una funzione pratica finalizzata alla suddivisione del territorio dell'antico Egitto; a tale proposito cfr. C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum europaeum*, trad. it. Milano 1990.

⁴⁵ Per PLATONE, la musica insieme alla ginnastica erano la base dell'educazione per i governatori della "città ideale". Per Aristotele invece era una medicina dell'anima. La musica deriva dal greco antico *mousikios* e riguarda le Muse, le scienze, la poesia, le arti; oppure *musico*, *musicale*, *armonico*. La Musica, quale divinità, era composta da nove Muse figlie di Zeus e della Musa suprema, la dea Mnemosyne che occupa un ruolo di primo piano quale espressione di vita comunitaria e felice, armonia nell'universo e incantesimo che guarisce. Perfino la scienza si ammantava di musica; Pitagora accostò la musica sia alla matematica che all'astronomia e con l'invocazione alle Muse, iniziano la Teogonia di Esiodo e l'Iliade di Omero, che sono i poemi più antichi della civiltà occidentale.

significato, che riprende la relazione espressa già da C. Schmitt⁴⁶, coglie perfettamente il significato di territorio quale fondativo dell'organizzazione delle prime forme dell'idea di Stato.

Questo aspetto è particolarmente importante perché la “costituzione” dello Stato presuppone nella maggior parte dei casi pace sociale⁴⁷. Le analisi sulle origini del diritto, dal prediritto al diritto, sono infatti tese a dare senso proprio all'idea del diritto pubblico; per essere ripresa successivamente come vedremo alla fine del XVII sec. d.C.; il suono pronunciato con intonazione e ritmi appropriati, secondo un rito celebrato da chi riceve dagli dèi il dono «*di dire la verità della vita agli uomini*»⁴⁸.

Le rappresentazioni delle relazioni tra musica e diritto, sottoforma di vere e proprie *performance*⁴⁹, conservavano la tonalità prodotta dall'accordamento degli strumenti, propria di ciascuno di esso, per questo furono anche chiamati *nòmoi*, in quanto non era lecito trasgredire appunto il modo di accordatura stabilito per ciascuno strumento. Tali “linee melodiche” avevano anche una funzione rituale ben precisa; nei matrimoni o nei funerali come nelle partenze in guerra, sempre però in un contesto di diffusione orale. Col passare dei secoli, i *nòmoi* formalizzavano delle melodie che non erano conosciute al di fuori di grandi contesti, ma che tuttavia cercavano di diffondersi e tramandarsi anche in zone geografiche diverse: il *nòmos* eolico, quello beotico (della Boezia), quello di Sparta che aggiunge più corde allo strumento passando da quattro a sette. Tali cambiamenti del numero delle corde, determinano nel rapporto diritto e musica un distanziamento che il tempo tenderà ad aumentare allentando sempre di più il rapporto.

⁴⁶C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Greven, Colonia, 1950, trad. it. *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello “ius publicum europaeum”*, Adelphi, Milano, 1991.

⁴⁷Eloquente in questa ottica, ad esempio, è lo scontro tra israeliani e palestinesi.

⁴⁸Cfr. S.H. MAINE, *Diritto antico*, 1861, (a cura di) V. Ferrari, Giuffrè, Milano, 1998. In riferimento alla nozione di prediritto quale «*luogo in cui forze religiose sono funzionali a fini che il diritto realizzerà più tardi attraverso strumenti propri*» cfr. L. GERNET, *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, in *Année sociologique*, III, 1951, p. 119.

⁴⁹Al pari del diritto anche la musica costituisce una disciplina performativa. Cfr. G. RESTA, G., *Ibidem*, cit.p.441. «*Diritto e musica fanno emergere una relazione triangolare tra soggetti; coloro che creano il diritto, coloro che lo interpretano e coloro che sono coinvolti; la stessa relazione triangolare connota le arti performative e segnatamente la musica, ove pure esistono tre soggetti distinti: compositore, esecutore, pubblico. Il diritto si compone non soltanto di testi, ma anche e soprattutto di specifiche attività performative [...] del pari, le composizioni musicale non parlano da sole e richiedono lo sforzo congiunto di più soggetti*».

Da una prospettiva filologica, la radice di *nòmos* deriva dal verbo *nèmo* che significa assegnare, dare porzioni, distribuire, nonché abitare, governare ed amministrare⁵⁰. «Si tratta nello specifico di un fare le parti secondo l'uso o la consuetudine, dunque di una attribuzione regolare. [...] *nòmos* si specializzerebbe come termine che designa ciò che è conforme alla regola e in ambito musicale [...] come una specifica aria, melodia»⁵¹.

Allo stesso modo il canto interverrebbe ad ordinare la quotidianità delle comunità politiche, articolandosi in una forma per il buon governo. L'aedo⁵² è simile per voce agli dèi; egli (Odisseo come aedo) è il sovrano lungimirante, amorevole, capace di mediare tra diverse fazioni; è l'uomo ed il sovrano che conduce alla prosperità.

Dal VI sec. a.C. in poi, l'aggiunta di corde agli strumenti, determina maggiore complessità per la creazione e la diffusione di armonie. Si diffonde la poetica di Terpandro, cantore di Lesbo, che letteralmente significa «colui che diletta gli uomini». A lui si attribuiscono scale e ritmi particolari; in campo strumentale è ricordato soprattutto per l'invenzione della cetra a sette corde. Grazie alle sue stesse iniziative «Terpandro è indicato come il fondatore della prima scuola musicale greca»⁵³.

In particolare, l'aumento delle corde dello strumento consente di raccontare attraverso la musica sempre più complessità; conseguentemente all'aumento delle corde, aumentano anche le note e di conseguenza le possibilità di descrizione della realtà. L'armonia è il risultato di un rapporto biunivoco adeguato tra diritto e musica. Ciò determina aumento o riduzione della complessità sociale, a seconda dei casi, per cui l'adeguamento del diritto alla musica produce riduzione anziché aumento della complessità⁵⁴. La scoperta, per esempio, dell'uso del metronomo a doppio battito (con oscillazione completa a sinistra e a destra) ha dato adito ad esempio ad una nuova interpretazione della Sonata op. 106 in SI bemolle maggiore *Hammerklavier* di Ludwig Van Beethoven. In questa opera, la misura della regola-metronomo diviene sempre più difficile da esprimere; i battiti aumentano e diminuiscono drasticamente rendendo estremamente complesso il contesto

⁵⁰ P. CHANTRAINE, *Dictinnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 4 voll., 1968-1980.

⁵¹ M.P. MITTICA, *Quando il mondo era mousikè*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.1/2014; cit. pp 179-180.

⁵² «Aédo»: cantore di professione nella Grecia antica e spesso anche compositore di canti epici, che accompagnava il suono della cetra.

⁵³ A. GOSTOLI, *Terpandro e la funzione etico-politica della musica nella cultura spartana del VII sec. a.C.*, in B. GENTILI, R. PRETAGOSTINI (a cura di), *La musica in Grecia*, Laterza, Roma-Bari, 1988.

⁵⁴ E. PICOZZA, *Il Metronomo. L'interpretazione tra musica e diritto*, in *Ars Interpretandi*, n. 9/2004.

ambientale. A tal proposito, eloquente è stata l'opera di Ingmar Bergman *Sinfonia d'Autunno* dove ad un punto la protagonista dice alla madre pianista «quando suoni *Hammerklavier*, entri in un mondo fantastico dove non esistono confini, vivi una realtà che non riuscirai mai a definire, che non potrai mai esplorare. È la paura che ci ha fatto inventare i limiti e i confini; il confine non esiste, né nei pensieri, né nei sentimenti. È la tensione che crea dei limiti e dei confini».

In questo contesto allora si esprime il bisogno di una complessità adeguata⁵⁵ che determini la realizzazione di forme di significato. Ciò non ha una funzione residuale alla mancanza di norme; già Aristotele nella *Retorica* riconosce alla *gnome dikaiotate*, che non è più una fonte normativa residuale da applicare quando vengono a mancare o siano inadeguate le altre fonti positivamente sancite, il principio cui si deve globalmente ispirare l'attività decisionale dei giurati. Nel V capitolo dell'*Etica Nicomachea*, Aristotele difatti sostiene che «ciò che è giusto e ciò che è equo sono la stessa cosa, e, pur essendo entrambe eccellenti, l'equo è migliore. [...] è una correzione del giusto legale. E questa è la natura dell'equo, di essere correzione della legge, nella misura in cui essa viene meno a causa della sua formulazione essenziale»⁵⁶.

Tale correzione sarà possibile perché continueremo a rappresentare il diritto come frutto di una relazione tra soggetti, nonché come costruzione di operazioni finalizzate a regolare il diritto ai mutamenti ambientali. L'introduzione di tecniche a partire dal V e IV sec a.C. diviene ancora più esplicito nel lavoro del grecista Louis Gernet, le cui argomentazioni prendono le mosse dalla importanza che l'adozione della scrittura assume nei tribunali ateniesi⁵⁷. L'argomentazione procede ed ha come scopo principale quello di illustrare le relazioni tra sfera giuridica e ambito sociale, considerando appunto il diritto stesso come un fatto sociale. La relazione è quella che si instaura tra gruppo sociale e pratica giuridico-giudiziaria, relazione che non consente di inquadrare nelle caratteristiche di un manuale, il diritto greco antico; il principale nodo critico è quello di instaurare una stretta relazione tra la visione grecista e quella romanistica, dove il principale nodo critico è costituito dall'opportunità di usare le categorie giuridiche proprie del diritto romano per comprendere realtà proprie di un gruppo sociale diversamente determinato nel tempo e nello spazio.

⁵⁵ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Milano, 1990; cfr. p. 315 ss.

⁵⁶ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, 1999, cit. p. 215.

⁵⁷ A. TADDEI, *Louis Gernet e le tecniche del diritto ateniese*, Giardini, Pisa, 2001.

5. Il rapporto diritto e musica nella letteratura del XVII secolo d.C.: L'Arcadia

Raccontando in un'ottica temporale il rapporto tra musica e diritto abbiamo evidenziato periodizzazioni in cui tale relazione costituiva un vero e proprio cambiamento di paradigma fino al punto di riconoscerle il valore di una *superteoria* che privilegiava l'idea di una frattura, come sosteneva T. Kuhn, più che quella della continuità del sapere scientifico, prediligendo la crisi della concezione lineare e cumulativa dello sviluppo scientifico⁵⁸. Il paradigma del rapporto tra musica e diritto della cultura greca classica tende pian piano a dissolversi. Il diritto va costituendosi all'interno di un sistema suo proprio dove i confini non gli permettono di entrare in rapporto con altre realtà, come nel caso in questione con la musica.

Dalla diffusione della cultura romanistica, il diritto si esprime già nei codici e tende via via a perdere la relazione con l'ambiente, perché irrigidendosi non consente di inventare⁵⁹ volta per volta realtà sempre nuove. La ragione si autoimplica, legittimandosi da sola. Se il diritto si formalizza codificandosi attraverso la chiusura dei propri confini⁶⁰, la relazione che abbiamo ritenuto essere fondante, non solo passa in secondo piano, ma scompare definitivamente. Il diritto da regolatore di rapporti, come lo era stato fino al II sec. a.C. circa, diviene distributore di sanzioni. Il "rotolo di papiro", che il mondo antico conosceva da millenni, fu sostituito dal codice. Il processo è graduale perché comincia alla fine del I secolo a.C. e si conclude nel IV d.C. circa. Il passaggio al codice è il segno di un mutamento psicologico e non solo tecnico⁶¹. Se il diritto ricerca una manifestazione solenne, il codice è predisposto a fornirgliela. In esso si raccolgono anzitutto le costituzioni imperiali e le opere dei giuristi classici, quali trattati, editti e responsi.

È naturale che questa dovesse apparire manchevole e criticabile dal giusrazionalismo sei-settecentesco⁶². Il rapporto *law&humanities* e nello specifico la funzione della musica in rapporto col diritto, rende evidente il distacco dal giusnaturalismo classico da una parte, dall'altra la crisi del positivismo giuridico stesso. Tale rapporto torna a legittimare una

⁵⁸ T. KUHN, *The Structure of scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

⁵⁹ H. VON FOERSTER, B. PORKSEN, *La verità è l'invenzione di un bugiardo*, Meltemi, Sesto San Giovanni, 2020.

⁶⁰ Il riferimento è alle declinazioni rappresentate nell'uso della scrittura. Attraverso essa si diffonde l'uso del codice che sistematizza le produzioni giuridiche.

⁶⁰ C.H. ROBERTS, *Proceedings of the British Academy*, in *The Codex*, vol. 40, Cambridge University Press, 1954.

⁶² M. BREONE, M. TALAMANCA, *Ibidem*, cit. p. 114.

visione del diritto che si costruisce nel rapporto complementare di positivismo e diritto naturale. La composizione musicale è una forma d'arte così come lo è il diritto, in quanto creatore di ordine sociale e giustizia. Così come nella civiltà omerica il diritto era espressione del vivente nonché creazione e forma d'arte, così a distanza di diversi secoli, il diritto torna nuovamente ad essere creazione ermeneutica finalizzata alla giustizia sociale.

La letteratura dell'Arcadia, ad esempio, sarà finalizzata a descrivere il diritto quale strumento di creazione di giustizia sociale. «*Ogni teoria giuridica è un'opera d'arte e il sistema del diritto nel suo complesso è un'arte assai nobile e grave. [...] in quanto arti, il diritto e la giurisprudenza sono scopritori di verità sociali, creatori di ordine sociale e giustizia; alle loro costruzioni non basta la tecnica, ma occorre l'intuizione artistica e il costruito è un'opera d'arte, non già il risultato di una tecnica*»⁶³. In una ottica per la quale il progresso è fatto di continui rimandi e mai di una prospettiva strettamente lineare⁶⁴, il rapporto tra musica e diritto riprenderà ad acquisire significato intorno al XVII secolo d.C.

Anche in termini di teoria generale della norma giuridica, essa riprenderà il significato strettamente relazionale che era proprio della cultura classica greca, ponendo in secondo piano il significato sanzionatorio. In tale contesto il rapporto musica e diritto ci riporta al mito dell'Arcadia e dei suoi abitanti, inaugurando un mondo dispiegato dal mito e dalla poesia⁶⁵. La riflessione politica e giuridica che passava attraverso la letteratura dell'Arcadia conduceva, come vedremo nell'opera di Carl Schmitt⁶⁶, a prediligere e percorrere istanze prestatili, sopravvissute alla crisi della razionalità moderna. Così come l'essenza del politico veniva ricercata aldilà dello Stato, anche il diritto era slegato da esso. Le norme non coincidevano né con universali astratti né con decisioni sovrane, ma erano il prodotto di determinate situazioni storico-sociali. Questa interpretazione dell'Arcadia, così necessaria e confortante, ruotava quindi intorno al recupero dell'origine poetico-musicale della legge: musica praticata collettivamente, in quanto

⁶² M. HOURIOU, *Teoria della istituzione e della fondazione*, (a cura di) Widar Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano, 1967.

⁶³ A questo proposito è evidente il riferimento di T. Kuhn ai cosiddetti "periodi rivoluzionari" della scienza. In tale periodo il sapere viene riorganizzato a partire dalla prospettiva aristotelica per la quale appunto in natura non poteva esistere il moto rettilineo infinito.

⁶⁵ M. FERRANDO, *Il regno errante, l'Arcadia come paradigma politico*, Neri Pozza, Vicenza, 2018.

⁶⁶ C. SCHMITT, *Der nomos der frole im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker&Humbolt, Berlino, 1950; M. FERRANDO, *Ibidem*.

forma indistinguibile di armonia sociale, comunicazione, sacralità. Dal punto di vista della musica si tende a rincorrere una armonia fatta di sobrietà di stile e di solidità formale⁶⁷. La norma giuridica non si impone con la forza né si disegna nel rigore astratto e distante; essa era cantata e si trasmetteva attraverso la musica, servendosi del ritmo metrico che mostrava un rimedio mimetico contro la violenza. La realtà arcadica pastorale che ne scaturiva delineava quindi un mondo pacifico, senza guerre, di comunità. Per questo l’Arcadia prima ancora di giungere a costruire il modello dello Stato di diritto pubblico, contrapponeva e presupponeva una forma primigenia della pace e della giustizia.

In questa ottica, il diritto si presentava già come elemento costitutivo di una organizzazione sociale. Dai verbali, infatti, che si redigevano durante il *Commune* o *Confederazione degli arcadi*, compariva il 20 maggio 1696, vergato da sconosciuto, un verbale in cui si raccontava che Crescimbeni aveva curato una vera e propria raccolta sottoforma di compendio degli “Avvenimenti e Costumanze” approvati dagli arcadi nel corso degli anni, per il governo del loro *Commune*.

Tale relazione tra diritto e musica se pure a distanza di secoli e con le trasformazioni proprie del tempo, conserva comunque finalità sotto alcuni aspetti molto simili; tra questi sicuramente la capacità di destare ammirazione e di procurare godimento⁶⁸. Per questo motivo il rapporto musica e diritto rappresentava attraverso l’opera d’arte una vocazione etica e politica, grazie ai processi relazionali che era capace di innescare. Una rigenerazione estetica o del bello non era già questo un progetto etico ed essenzialmente politico? Giunti a questo punto possiamo allora evidenziare alcune acquisizioni: in primo luogo che il rapporto musica e diritto è costitutivo del significato proprio della norma giuridica. Essa è sempre frutto di una relazione tra soggetti; in secondo luogo, il rapporto è finalizzato a declinare il diritto sempre come giustizia, come processo di adeguamento del sistema all’ambiente in cui si realizza. La vocazione estetica ed etica del diritto è direttamente connessa al principio di solidarietà sociale ed alla sua dedizione al bene comune. La musica favorisce e riconosce nel diritto la solidarietà tra gli individui che «non è qualcosa che ha bisogno di essere prodotto ma è un elemento che richiede di

⁶⁶ In questo contesto particolarmente interessanti sono le composizioni di Francesco Gasparini; Arcangelo Corelli e Bernardo Pasquini.

⁶⁸ A.E. HOUSMAN, *The name and nature of poetry*, Cambridge, 1933.

essere riconosciuto e favorito»⁶⁹. Fraternità, cooperazione, relazione, sono chiavi di lettura del significato proprio del diritto. All'autorità di esso che si concentra nell'esercizio dell'uso della forza, essendo il diritto votato sin dall'inizio ad una declinazione fortemente verticistica, l'utilizzo di forme corali permette invece di descriverlo in una *interrelazione orizzontale*, facendosi portatore di equità.

È dunque a questa capacità di relazione che occorre attenersi, se si vuole svincolare la normatività del diritto dall'argomento della sua forza coattiva, secondo cui la nostra vita quotidiana è una continua «*cooperazione per scopi comuni, nella quale ogni persona, agendo per gli altri, agisce anche per sé, ed in cui ogni persona, agendo per sé, agisce anche per gli altri*»⁷⁰. Se il fine del rapporto diritto e musica allora è la pace sociale come abbiamo evidenziato, esso continua a manifestarsi attraverso la lotta sociale; «*ognuno è un lottatore nato, per il diritto, nell'interesse della società*»⁷¹. È unicamente quest'ultima declinazione della forza quale caratteristica della lotta sociale ad essere ammessa come legittima.

6. Diritto e musica nel contemporaneo

Giunti alla fine del XVIII secolo d.C., il rapporto diritto e musica tende nuovamente a dissolversi, contemporaneamente al fallimento degli ideali che il movimento dell'Arcadia intendeva realizzare, tra cui pace e giustizia sociale. Riprenderà ad acquisire significato l'idea di un diritto strettamente formale e di una organizzazione della struttura della società fortemente verticistica fino soprattutto agli anni 40 circa del XX secolo, quando prendono a diffondersi con intensità gli studi di *law&humanities* nonché quelli del rapporto tra musica e diritto, soprattutto come conseguenza dell'aumento della complessità sociale, connotata dall'emergere di nuovi soggetti nonché categorie e tipologie di interessi. Rispondere ai bisogni di una stratificazione sociale particolarmente accentuata ci conduce ad individuare strumenti in grado di declinare il diritto in rapporto con l'ambiente all'interno del quale esso opera; per questo le *humanities* sono importanti. In particolare, il rapporto tra diritto e musica riprende le proprie funzioni in maniera più

⁶⁹ T. GRECO, *Ibidem*, p. 74.

⁷⁰ R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., p. 75; A. LEVI, *Ubi societas, ibi ius* (1920) in ID., *Saggi di teoria del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1923; G. MARINO, *La filosofia giuridica di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, Jovene, Napoli, 1976.

⁷¹ R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. Racinaro, Giuffrè, Milano, 1989, p. 130.

o meno simultanea, sia negli Stati Uniti che in Italia. A tale proposito eloquente risulta la pubblicazione nella rivista *Columbia Law Review* di un importante saggio di Jerome Frank, intitolato: *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation* (1947). Più o meno un anno dopo nella “Rivista italiana per le scienze giuridiche” appare la Prolusione al corso di diritto civile del 1948 di Emilio Betti e pubblicata con il titolo *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*. All’interno di essa viene dedicato ampio spazio al tema della interpretazione musicale⁷² e al suo raffronto con quella giuridica.

Tra gli anni ‘70 ed ‘80 del XX secolo, in Germania anche Luhmann⁷³ ha esplicitato la necessità di tale rapporto capace di tenere insieme e di intessere un legame tra diritto e ambiti culturali differenti. In questo contesto prendono a diffondersi i “cori multietnici”⁷⁴. Essi sono espressione di una teoria della società estremamente complessa, dove l’alta differenziazione sociale presuppone sempre il continuo riconoscimento di sé stesso e dell’altro.

La musica nei cori sembra giungere lì dove il diritto purtroppo “arranca”; varietà timbriche, ritmiche, modali e plurilinguismo si mettono al servizio dell’idea di una società più giusta e accogliente. Molti di questi cori nascono soprattutto in ambienti dove l’inclusione è una vera e propria emergenza, come nelle carceri o nei centri di accoglienza per migranti. La motivazione a partecipare a queste esperienze collettive può pertanto essere molto forte, perché il senso di gruppo che il coro realizza, diviene compensazione rispetto alle crisi di identità che il migrante porta con sé.

Il progetto nasce da una idea di W.F.W.P. Italia-Federazione delle donne per la Pace nel mondo⁷⁵, la cui finalità di promuovere la pace, l’integrazione, la conoscenza tra le

⁷² Limitatamente alla interpretazione musicale particolarmente interessanti sono gli studi sempre in Italia di Pugliatti. Egli da esperto musicologo nonché da giurista dedica al tema diversi scritti confluiti nel 1940 nel testo *L’interpretazione musicale*. Per un’attenta valutazione dell’opera di Pugliatti musicologo, si veda la *Presentazione* di Enrico Fubini alla ristampa del volume in oggetto, edita dalla Filarmonica Laudamo, Messina 1991.

⁷³ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Milano, 1990; N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1991.

⁷⁴ Molti canti sono stati raccolti in un CD dal titolo “*Ius Soli-voci e canti per l’Italia futura*” curato da L. Manca e A. Portelli. Il lavoro contiene 47 brani e una prima “mappatura” dei cori multietnici presenti in tutta la penisola. Quelli che si ascoltano sono canti per l’infanzia, canti che toccano questioni di memoria e di identità molteplici. I contesti in cui sono stati registrati sono la strada, la scuola, l’intimità familiare. Il primo coro multietnico nasce proprio in Italia nell’anno 2000.

⁷⁵ È una organizzazione no profit e non governativa che opera «per riunire le donne con diverse funzioni politiche e con diversi background religiosi e filosofici, nell’obiettivo di studiare e far conoscere le cause della guerra, e promuovere una pace permanente», e per unire le donne di tutto il mondo che si oppongono all’oppressione e allo sfruttamento.

varie nazionalità, ha l'intento di educare non solo alla musica ma soprattutto al rispetto dell'altro e alla solidarietà. I cori multietnici distribuiti in tutta Italia sono nati da necessità non solo di inclusione sociale ma anche dal bisogno di rispondere a fenomeni di xenofobia o di violenza che spesso il diritto stesso realizza attraverso il suo stesso funzionamento⁷⁶.

La musica dei cori in rapporto col diritto è una vera e propria esperienza di fusione, distante da qualsiasi logica di mercato, nata direttamente dall'impegno sociale di chi ha fondato i cori e dalle relazioni tra coristi che fluiscono veloci e ci danno l'immagine immediata di un mondo che cambia molto più a ritmo, seguendo il passo in fatto di migrazioni e diritti civili, rispetto alla lenta e stantia legislazione italiana.

Il linguaggio universale della musica tocca sempre le corde emotive del pubblico. CONfusion, il coro multietnico formato da migranti e italiani che negli anni ha partecipato ad importanti eventi musicali, ha dichiarato che *«il pubblico è sempre stato molto affettuoso, rispondendo con entusiasmo alla nostra emergenza, perché quello che vogliamo trasmettere è vita, voglia di vivere, di esserci, di dire è possibile. È possibile vivere insieme, è possibile costruire un mondo in cui le persone non vengono escluse, è possibile tutelare l'impossibile, la giustizia»*.

Ad oggi, il rapporto tra musica e diritto si arricchisce di dimensioni proprie delle contraddizioni presenti nella società. La musica ritorna ad essere espressione delle classi popolari, come del resto abbiamo già visto nella Grecia antica; di gruppi sociali emarginati, sfruttati e migranti; del rifiuto di riconoscere come parte della società i ragazzini che nascono da genitori immigrati.

La musica che i migranti portano con sé non è soltanto una eredità delle origini autoctone ma è in qualche modo ripensata, ricostruita, reinventata alla luce dell'esperienza dell'emigrazione. Il coro multietnico ci mette di fronte a dei dati di fatto, e cioè che l'Italia paese, è anche tutta questa moltitudine; che i "canti di migrazione" sono appunto "italiani" perché nati in Italia; perché raccontano la quotidianità di migranti con la realtà in cui vivono. Tutto ciò conduce a rivedere tematiche come quella della sovranità o più strettamente patriottiche.

⁷⁶ Nicoletta Giugni del Coro *Multispilla*, racconta di come nel suo lavoro di impiegata presso un ufficio pubblico, fosse esasperata dal clima di razzismo. Carlo Mayer invece del coro *Canto Sconfinato* in seguito ad alcuni tafferugli durante l'apertura di una struttura-dormitorio per rifugiati a Pordenone, sperimentò l'inutilità del dialogo su certi temi e con certi interlocutori. Messaggi alternativi più efficaci delle parole, rivestendo le proprie speranze nella musica.

7. Conclusioni

A questo punto possiamo riconoscere alle *humanities*, nonché alla musica, la funzione descrittiva di tutta la complessità di cui il diritto è proprio nonché il bisogno di dichiararle come fondative del diritto stesso e della sua funzione primaria: la riflessione sulla giustizia. Nelle società complesse che pervadono la vita pratica, l'agire di ognuno di noi è sempre contingente; potrebbe essere in un modo ma anche in un altro diametralmente opposto.

Rendere decidibile la contingenza, oltrepassa una soglia al di là della quale la giustizia non può essere intesa come modello di perfezione; il mondo non può più essere compreso come insieme ordinato e finito, ma soltanto come orizzonte indeterminato di ulteriori possibilità; «*non può più essere celebrato e rappresentato come caelum caeli ma soltanto co-esperito e riflettuto come orizzonte degli orizzonti in ogni superamento di confine*»⁷⁷.

I modelli di perfezione sono incapaci a rappresentare la differenziazione sociale. Tuttavia, è possibile costruire volta per volta giustizia sociale o maggiore regolarità sistemica attraverso l'utilizzo dei significati che le *humanities* raccontano e che diventano costitutive e funzionali a principi di equità sociale; esse sono condizioni di giustizia che rendono possibile un alto grado di variabilità strutturale mediante specificazione delle trasformazioni del diritto.

Il sistema del diritto assicura anche il controllo interno della variabilità strutturale, mantenendo alta la reattività del sistema rispetto all'ambiente, attraverso la quale vengono introdotte le asimmetrie finalizzate alla realizzazione di sempre maggiore regolarità. Esse divengono strumenti di regolazione della giustizia.

La musica, quale sottosistema delle *humanities*, ci aiuta a comprendere e corregge gli effetti di incremento delle devianze che si producono attraverso il funzionamento di un diritto incapace di rompere la propria autoreferenza; essa permette di manifestare tutta quella complessità fatta anche di sensazioni, stati d'animo ed emozioni che il diritto in sé stesso non è in grado di descrivere. Se da una parte le asimmetrie, le *humanities* e nello specifico la musica permettono al sistema del diritto di aprirsi all'ambiente e di produrre possibilità di collegamenti, dall'altro lato queste asimmetrie introducono il principio di equità come limite e come funzione di correttivo⁷⁸. Equità, asimmetrie, complessità

⁷⁷ N. LUHMANN, *Ibidem*.

⁷⁸ R. DE GIORGI, *Temi di filosofia del diritto*, PensaMultimedia, Lecce, 2006.

portano a riconoscere grande importanza alla funzione ermeneutica del diritto e della musica. Per questo Lina Bigliazzi Geri⁷⁹, ha presentato il rapporto tra musica e diritto attribuendo un valore interpretativo molto simile in contrapposizione a quella di un comune lettore fortemente personalistica ed in quanto tale priva di un *quantum* di oggettività.

L'interpretazione di musica e diritto è connessa con il mestiere stesso di musicista o giurista, acquisita durante gli anni di studi; tale interpretazione anche se creativa è anche influenzata da precedenti interpretazioni. L'operazione ermeneutica contemporanea richiama la funzione creativa del diritto nella Grecia antica, dove le decisioni giuridiche venivano costruite caso per caso. La comprensione passa attraverso l'impiego di un metodo sistematico e storico-evolutivo, che incide con apporto creativo sul fatto indagato. In questo senso la musica consente la realizzazione di quel principio di adeguatezza che determina giustizia sociale.

La riproposizione delle modalità proprie della cultura greca dell'VIII secolo a.C. nella cultura giuridica contemporanea fa acquisire significato alla funzione della *fantasia*, determinante nella invenzione del diritto. Ed è per questo che l'ermeneutica è il luogo in cui si esercita l'autoriflessione metodologica, in cui si esercita la fantasia dell'interprete⁸⁰ appunto. Lungo questa stessa analisi si pone anche la posizione di E. Betti⁸¹, per il quale il compito fondamentale dell'esecutore musicale, raffigurato come intermediario tra l'opera d'arte e il pubblico, consiste nel trasmettere all'ascoltatore l'originaria intuizione del compositore attraverso una sintesi tra il momento ricognitivo della idea altrui e quello ri-creativo.

Tutto ciò mette in evidenza il superamento della distinzione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico che Werner Maihofer⁸² esplicitò sforzandosi di porre fine a quella rigida separazione metodica; ciò significa per A. Kaufmann che «*diritto giusto in generale, non sussiste come una entità o come uno stato incontrabile già pronto; esso piuttosto avviene storicamente in un processo che non giunge mai a fine. La voce*

⁷⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁸⁰ R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, PensaMultimedia, Lecce, 1998, cit., p. 107.

⁸¹ E. BETTI, *On a general theory of Interpretation: The Raison d'Etre of Hermeneutics*, in *American Journal of Jurisprudence*, 32, 1987.

⁸¹ W. MAIHOFFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Wissenschaftliche, Darmstadt, 1962.

⁸² A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, (a cura di) G. Marino, Giuffrè, Milano, 2003.

storicità, marca nel modo più chiaro il distacco della filosofia del diritto dal pensiero giuridico giusnaturalista e positivista»⁸³ come del resto abbiamo visto nella civiltà greca antica, in cui la realtà non era concepita come una entità normativa, ma come qualcosa che viene prodotta volta per volta, che deve essere sempre fatta, creata, storicizzando la legge nella forma del diritto attraverso un atto creativo e non puramente recettivo.

Le *humanites* e la musica in particolare mostrano che il diritto in quanto creatore di ordine sociale e di giustizia è un'arte. «Ogni teoria giuridica è un'opera d'arte e il sistema del diritto nel suo complesso è un'arte assai nobile e grave. [...] In quanto arti, il diritto e la giurisprudenza sono scopritori di verità sociali, creatori di ordine sociale e giustizia; alle loro costruzioni non basta la tecnica, ma occorre l'intuizione artistica e il costruito è un'opera d'arte, non già il risultato di una tecnica».

Sostenere queste posizioni allora significa ripensare anche alle fonti stesse del diritto e gettare un'ombra su tutto il diritto di derivazione romanistica, perché esso si presentava come già deciso nei codici e non come una realtà da costruire ogni volta al presente partendo dalle condizioni ambientali. Ma tutto questo è già altro rispetto il tema che ci ha interessato argomentare e che ritengo di concludere qui.

⁸³ M. HOURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, tr. it. a cura di Widar Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano, 1967.

Abstract

ANTONIO TOMASELLI, Diritto e musica in una prospettiva storica

L'articolo racconta la relazione tra diritto e musica in una prospettiva storica. Prese le distanze da una declinazione del diritto come forza, la musica permette di discostarsi dall'idea di diritto come pena, dall'altro lato racconta tutta la complessità del diritto stesso, regolandolo come giustizia in qualità di equità sociale. L'articolo parte dalla declinazione del diritto nella civiltà della Grecia antica, fino alla fine del XVII secolo col movimento politico e letterario del movimento della Arcadia, fino ad arrivare alla contemporaneità che descrive il rapporto facendo riferimento ai "cori multietnici" in quanto capaci di regolare equità sociale attraverso operazioni di operazioni.

Parole chiave: musica e diritto, civiltà greca, Arcadia, cori multietnici, ermeneutica.

ANTONIO TOMASELLI, Law and music in a historical perspective

The paper intends to tell the law as a relationship with music in a historical perspective. Having cleared the field of declination as force or even worse as a penalty, music allow the law to highlighth all its complexity on the one hand, on the other it allows its funtioning to be regulated from the point of you of justice as social equity. The paper intends to go to the roots of law, from the civilitation of ancient Greece, to be taken up again at the end of seventeenth century by the literary and political movement of Arcadia, up to reaching the contemporary and the function, that multiethnic choirs are able to produce throught operation of operation, that tend to regulate social equity.

Key words: music and law, greek civilization, Arcadia, multi-ethnic choir, hermeneutics.

SEZIONE RECENSIONI

Itinerari della modernità penale in Italia. Profili critici (1800-1930), di Mauro Ronco, Giappichelli Editore, Torino, 2025

Se per Giambattista Vico la natura di una cosa si disvela nella sua origine, il nuovo libro di Mauro Ronco si propone di studiare la natura del diritto penale moderno, concentrando l'attenzione sulle sue origini storiche, politiche, filosofiche e culturali.

Si tratta principalmente di un libro di diritto criminale, che tuttavia parte da lontano, nella convinzione che la contemporaneità penale non possa essere compresa senza prima studiare le idee giuridiche ma anche, *ab imis*, i fatti reali che hanno scatenato il sorgere di tali idee nelle élite culturali, nell'accademia, nel ceto forense, nella curia, nelle istituzioni e negli organi di governo italiani ed europei.

Cosa è stata davvero, nella concreta realtà dei fatti, la rivoluzione francese?

Cosa significava la parola “libertà” negli antichi regimi, quale “libertà” è stata effettivamente coltivata dai rivoluzionari francesi e cosa accadde con la restaurazione?

Quale fu la “libertà” del così chiamato “liberalismo” ottocentesco?

Quali furono i rapporti tra il “codice liberale” del 1889 (il codice Zanardelli) e il codice autoritario del 1930 (il codice Rocco)?

Da molti penalisti di oggi questi interrogativi – tranne, forse, l'ultimo – vengono spesso ritenuti come sostanzialmente superflui ed eccentrici rispetto alla loro disciplina giuridica, in una sorta di apparente agnosticismo politico-culturale (il quale, in realtà, è mosso – come tutte le opinioni umane – da idee e convinzioni precise, pur nulla neutre); probabilmente, in quanto rispondere a tali quesiti richiede un enorme impegno di studio e di analisi, di critica e di dialettica, oltre che il coraggio della parresia, del “dire tutto ciò che si pensa” su questioni cruciali, spinose o persino scabrose del tempo passato e attuale.

Il libro di Mauro Ronco, partendo dall'analisi delle fonti storiche, filosofiche, giuridiche e letterarie, si propone di esaminare anzitutto i fatti oggettivi e gli accadimenti politici che vanno dal 1789 al 1930, soprattutto tra Francia, paesi germanici e Italia, e poi le dottrine politiche e giuridiche che ne sono scaturite; ciò con l'intento di sfatare una serie di miti, di pregiudizi e di luoghi comuni che tutt'oggi circolano diffusamente nella comunità scientifica, offuscando spesso le reali idee loro sottostanti, primo fra tutti il

topos della contrapposizione tra una “scuola classica” e una “scuola positiva” del diritto penale italiano.

Il testo si distende in tre parti, seguite da tre “appendici” e una lunga parte finale di taglio enciclopedico, contenente le biografie sintetiche *«dei giuristi, degli uomini di cultura e della politica la cui opera è presa espressamente in considerazione nel testo»*.

La prima parte, che consta di un unico e corposo capitolo, contiene *«uno sguardo sulla penalistica italiana della prima parte del secolo XIX»*: è questo il luogo in cui l’Autore comincia a mettere in discussione la dicotomia tralatizia tra scuola classica e scuola positiva.

Per Mauro Ronco, la scuola positiva, pur contenendo al proprio interno vari orientamenti in parte eterogenei, è davvero esistita e ha trovato in Lombroso, Ferri, Garofalo e altri importanti autori i propri rappresentanti; di contro, la scuola classica sarebbe pressoché una invenzione a tavolino di Enrico Ferri, un “contenitore storico” nel quale vennero impropriamente collocati, quasi in via residuale, tutti i celebri autori che venivano prima e “fuori” della scuola positiva.

Per l’Autore del testo, accostare sotto la medesima etichetta di “scuola classica” criminalisti come Carmignani e Carrara a Romagnosi e ad altri criminalisti “non positivisti” rappresenta, dunque, un vero e proprio “falso storico”; infatti, si tratta di penalisti che – a differenza dei positivisti – non solo non avevano alcuna intenzione o consapevolezza di cooperare ad una scuola in qualche modo unitaria, ma partirono da premesse gius-filosofiche e giunsero a conseguenze teorico-giuridiche completamente differenti e, in gran parte, incompatibili tra loro.

In particolare, l’utilitarismo e l’illuminismo di conio francese di Beccaria, nonché il sensismo empiristico (quasi pre-positivistico) di Romagnosi, risultano assai distanti dalle radici giusnaturalistiche classiche di Carmignani e Carrara: i filoni di pensiero sono, infatti, completamente differenti e persino contrapposti.

Carmignani e Carrara si riallacciano alla tradizione italiana classica, di lontana matrice aristotelico-tomistica e poi vichiana (che, tuttavia, a fine ‘700 si era grandemente inaridita e opacizzata nelle prassi di scuola, poiché non ne venivano più attentamente studiate le fonti originarie), e non sono affatto allineati al mainstream dei Lumi francesi e mitteleuropei.

Di contro, Beccaria e soprattutto Romagnosi si ricollegano direttamente alla più recente esperienza del sensismo francese di Helvétius, Condillac e Condorcet, proponendo una teoria penale più vicina a quella di Feuerbach.

Prova ne sia – osserva l’Autore – che Carrara criticò aspramente l’idea romagnosiana della “spinta criminosa”, dimostrando di non aderire in alcun modo alla stessa e, ancor più, ai suoi presupposti teoretici ed etico-pratici.

Quella di una asserita “scuola classica” è, dunque, a giudizio di Mauro Ronco, una narrazione convenzionale appositamente congegnata da Enrico Ferri per comodità tassonomica e soprattutto per fini “promozionali”, vale a dire per segnare il solco tra una presunta dottrina penale passata e interamente superata, e il nuovo corso di una dottrina positivista destinata, nelle intenzioni di Ferri, a dominare il futuro dell’esperienza criminale italiana ed europea, come in parte realmente avvenne.

La presunta contrapposizione tra una “scuola classica” e la scuola positiva si sarebbe, poi, affermata nel dibattito contemporaneo nell’indifferenza dei penalisti e la pigrizia degli storici, come notato dallo storico Mario Sbriccoli, oltre che nella latitanza dei filosofi, come aggiunge Mauro Ronco nella sua disamina, cercando con il proprio studio di rimeditare problematicamente questa artificiosa ricostruzione dicotomica.

Nella prima parte del lavoro, l’Autore esamina la penalistica italiana della prima parte del XIX secolo, suddividendola per comodità espositiva e comunanza di vedute in quattro filoni: quello lombardo-padano di Romagnosi e dei suoi seguaci (Giuseppe Giuliani e Carlo Cattaneo), quello toscano, quello napoletano e quello della retribuzione morale di Pellegrino Rossi.

Dopo un’approfondita critica al sistema romagnosiano e ai suoi postulati teorici, Mauro Ronco dedica un’ampia parte alla disamina del pensiero di Giovanni Carmignani, nella sua confutazione del kantismo giuridico e della sua concezione della pena, e alla dottrina di Francesco Carrara, sulla quale si è accumulata nel corso di oltre un secolo una serie di equivoci interpretativi e persino di pregiudizi ideologici che l’Autore si propone di esaminare e di sanare (cfr. anche le tre appendici finali del libro).

Un’analisi altrettanto estesa viene, poi, dedicata alla scuola napoletana oggi sostanzialmente dimenticata, anche a causa della *damnatio memoriae* di fonte post-unitaria: in pensatori come Gian Vincenzo Gravina, Giambattista Vico e, più di recente, Antonio Genovesi, Tommaso Natale, Gaetano Filangieri, Mario Pagano e Niccola

Nicolini, Mauro Ronco individua la radice di un pensiero penalistico il quale, pur affrontando i problemi della modernità criminale, ebbe la pretesa di costruire un sistema proprio e in parte originale, senza necessariamente prendere a immediato modello la nuova dottrina penale francese e poi post-rivoluzionaria.

La seconda parte del libro concerne Il consolidamento del sistema penale italiano nel codice del 1889 e nelle leggi di prevenzione.

La disamina parte da una significativa narrazione di carattere storico circa il collasso della giustizia penale nell'Italia post-unitaria, la contestuale frattura tra lo Stato a guida sabauda e la società civile del tempo, l'emergere della questione meridionale e della crisi economica generale del Paese, la "complicità di Stato" a favore dell'usura e dello strozzinaggio ("liberisticamente" non punite dall'ordinamento penale), con la conseguente profonda sfiducia delle popolazioni rurali – cioè, della quasi totalità degli italiani riuniti – nei confronti del nuovo Stato.

A fronte di tali criticità e dei conseguenti fenomeni di instabilità politica, la reazione della monarchia non si fece attendere: ad un sistema penale apparentemente liberale e "umanitario", che nell'abolizione della pena di morte vedeva lo specchio più evidente del proprio progresso, si accompagnò fin da subito la creazione e l'accrescimento di un corpus repressivo e autoritario di misure di prevenzione, asseritamente giustificate dalla necessità di far fronte – senza, però, le garanzie del diritto penale sostanziale – a oziosi, vagabondi, ladri, grassatori, truffatori, ricettatori già ammoniti, briganti e altre figure soggettive sgradite al sistema borghese.

A ciò si accompagnò poi un codice di procedura penale fortemente inquisitorio e illiberale, nel quale le garanzie dell'imputato erano pressoché un *flatus vocis* di fronte allo strapotere dell'esecutivo e dei pubblici ministeri; inoltre, la pena detentiva disciplinata dallo Stato unitario, in una sorta di ibridazione tra sistema filadelfiano e sistema auburniano, era ben poco umana e "liberale": pur a fronte della grande conquista dell'abolizione della pena capitale, l'ergastolo nel codice Zanardelli costituiva una sorta di «pena di morte consumata a fuoco lento», mentre reclusione, detenzione e arresto erano coneggnate in modo altrettanto disumano, con l'aggiunta dell'isolamento diurno iniziale quale strumento di feroce intimidazione.

Per Mauro Ronco, non è vero che il codice Zanardelli sia realmente e autenticamente "liberale" e, soprattutto, segua la linea teorica della cosiddetta "scuola classica" di

Carrara; quest'ultimo penalista fu, infatti, via via marginalizzato nell'ambito delle commissioni di riforma, soprattutto dopo la svolta politica del 1876, e il suo pensiero non incise in modo decisivo nella formulazione del nuovo corpus normativo. Piuttosto, è vero che il codice del 1889 seguì in gran parte l'altro filone teorico – erroneamente inserito da Ferri nella stessa “scuola classica” – vale a dire quello romagnosiano, profondamente normativistico, prevenzionistico e oggettivistico.

Non è un caso, soggiunge l'Autore, che il codice Zanardelli non menzioni mai espressamente i concetti di “dolo” e di “colpa”, ritenuti evidentemente come troppo soggettivi e psicologici, e contenga palesi forme di responsabilità oggettiva oggi ritenute inaccettabili, che il codice Rocco non escogitò *ex nihilo* ma riprese a piene mani dal codice ottocentesco.

La terza parte del testo riguarda L'irruzione del positivismo criminologico e le nuove vie del diritto penale.

Qui viene esaminato a fondo il pensiero di Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, anche in comparazione con la sociologia criminale di Franz von Liszt, non prima di un ampio approfondimento sulle radici darwiniane, evoluzionistiche e materialistiche della loro dottrina penale.

Nella seconda sezione, l'Autore illustra le ulteriori tendenze del positivismo criminologico in autori come Napoleone Colajanni, Scipio Sighele, Alfredo Niceforo e soprattutto Filippo Grispigni, nonché la voce dei loro oppositori come Emilio Brusa, Alessandro Stoppato ed Enrico Pessina.

La terza sezione, intitolata L'affiancamento del tecnicismo giuridico al positivismo criminologico, ha ad oggetto le dottrine penali di Vincenzo Manzini, Arturo Rocco e Eduardo Massari, ritenuti i “padri nobili” dell'indirizzo tecnico-giuridico, seguiti poi da studiosi come Giulio Battaglini e Ottorino Vannini: all'epoca, cioè nei primi anni del '900, la così chiamata “scuola classica” non aveva più, praticamente, alcun rappresentante al proprio interno, così che l'apparente “nemico” dei tecnico-giuridici era, adesso, l'unica “scuola” a quel tempo ancora maggioritaria, ossia quella positiva.

Qui Mauro Ronco intende problematizzare, sfumandola, la “contrapposizione” tra epoca liberale/codice liberale, da un lato, e Codice Rocco dall'altro: quest'ultimo, infatti, al di là di rare eccezioni, non sembra contraddire in toto gli assunti fondamentali del

diritto penale cosiddetto “liberale” ma, per l’Autore del testo, finisce per condurre gli stessi ad estreme e ancor più illiberali conseguenze.

Anche in merito al *topos* del Codice Rocco inteso quale luogo di conciliazione e di superamento dell’antinomia tra le “scuole”, *topos* sul quale tanto insiste il Guardasigilli nella Relazione al Re, la posizione di Mauro Ronco è articolata e dialettica, mettendo in luce la forte curvatura che il nuovo codice subì, in effetti, verso il profilo della cosiddetta pericolosità del reo, la quale – come noto – costituisce il pilastro fondamentale della dottrina penale della scuola positiva.

Prima delle Biografie sintetiche dei giuristi, degli uomini di cultura e della politica la cui opera è presa espressamente in considerazione nel testo, il libro si conclude con tre ampie appendici finali, la cui lettura è indispensabile per comprendere lo spirito dell’intero testo monografico.

Nella prima appendice, l’Autore esamina il Giudizio di conio filosofico a riguardo di Carrara: sviluppando i rilievi critici dello storico Mario Sbriccoli in merito ai luoghi comuni via via elaborati sulla figura del celebre giurista toscano, Mauro Ronco sottopone a stringente critica le ricostruzioni filosofiche del pensiero carrariano elaborate, in epoche diverse, da Ugo Spirito, Fausto Costa e Alessandro Baratta, mettendone in luce gli aspetti discutibili o, a suo giudizio, infondati.

Analogo sguardo critico viene rivolto, nella seconda appendice, nei confronti delle riletture tecnico-giuridiche del Carrara: qui l’Autore affronta il comune addebito di “astrattezza metafisica” mosso a Carrara dagli autori di estrazione tanto tecnico-giuridica quanto positivistica.

Segue l’analisi delle opinioni espresse sulla dottrina carrariana da Giuseppe Maggiore, Giuseppe Bettiol e altri autori contemporanei: lo spirito della disamina è analogo a quello precedente, vale a dire il tentativo di superare alcune *communes opiniones* tralatizie, frutto più che altro di concrezioni doxastiche via via sedimentatesi nella dottrina attuale, ma non sempre fedeli al testo e alla ratio delle fonti di Carrara.

La terza e ultima appendice contiene la vera e propria *pars construens*, nella quale Mauro Ronco, alla luce dell’ampio studio storico, giuridico e gius-filosofico sin qui condotto, tira le fila del discorso e propone una rilettura originale del pensiero di Francesco Carrara: si tratta, per l’autore, di non cadere nell’equivoco di una (in realtà inesistente) scuola classica, ricostruendo piuttosto la visione di una “scuola italiana”,

alternativa sia al giusnaturalismo razionalistico e trascendentale dei tedeschi, sia al materialismo e al sensismo francesi.

Il precursore della “scuola italiana” si può individuare in Giambattista Vico che, per Mauro Ronco, rappresenta il culmine della scienza giuridica italiana, il quale, nel recuperare e rinnovare la tradizione platonico-aristotelica e tomistica, e nell’adeguare al corso dei tempi moderni, si rifiutò di seguire quegli indirizzi razionalistici ed empiristici che all’epoca, per via di ibridazione e di eclettismo, avrebbero dato sostanza all’Illuminismo europeo.

Partendo da Vico, poi, la “scuola italiana” transiterebbe per l’Autore attraverso la tradizione napoletana di Antonio Genovesi, Tommaso Natale, Gaetano Filangieri e Mario Francesco Pagano, innestandosi infine nella linea toscana, dal principale estensore della “Leopoldina”, Giuliano Tosi, a Giovanni Carmignani e, infine, Francesco Carrara.

Da Vico a Carrara, *«il giure penale ha la sua genesi e il suo fondamento nella legge eterna dell’universale armonia»*, *«la verità è il principio d’ogni diritto naturale»* e la giustizia è *«eterna verità della mente l’ordine eterno delle cose, l’eterna ragione, allorché essa prefigge alla mente il vero eterno; ella è eterna giustizia della eterna volontà, quando comanda all’animo l’equità»*.

Per Mauro Ronco, Carrara rintraccia il metodo della scienza penale in una *medietas* che lo sottrae ai rischi tanto del razionalismo quanto dell’empirismo.

La base scientifica dell’opera di Carrara sta nell’individuazione del principio che conferisce, per un verso, alla scienza un carattere dimostrativo e, per altro verso, è capace di razionalizzare l’insieme dei dati giuridici che la storia incessantemente e confusamente somministra agli operatori del diritto.

A giudizio dell’Autore, Carrara ritrova tale principio nella vera cognizione della natura umana, presupposto necessario della scienza giuridica: solo la metafisica può fornire il vero concetto della natura umana di cui la scienza giuridica ha bisogno.

Il concetto di diritto non può ultimamente fondarsi se non sul concetto di verità, poiché il diritto non può essere se non un modo con cui si manifesta la verità.

Il diritto penale, in specie, come peraltro ogni branca del diritto, è la composizione della giustizia, come istanza di uguaglianza e di proporzione, con le utilità che diversamente concernono l’egoismo umano. L’uguaglianza, peraltro, non si può stabilire con i soli sensi empirici, ma solo con la ragione, capace di guardare a qualcosa che

trascende ogni interesse e ogni particolarità, e che si impone non perché piacevole o facile o comoda, ma perché vera.

Come si legge, infine, nell'ultima parte dell'appendice, Carrara enuncia il carattere storico della scuola italiana, che si era formata concretamente «*nella doppia fucina dell'accademia e del foro*», serbandosi ugualmente incontaminata, come già detto, dalle visioni trascendentali del razionalismo e dal materialismo empirista.

Egli enuncia, per un verso, la genealogia del suo pensiero e, dunque, la sua natura, se è vero che – come detto nell'incipit – la natura di una cosa si disvela nella sua origine e, per un altro verso, chiarisce la sua estraneità alle filosofie del diritto penale che ne avevano solcato in modo particolarmente incisivo la storia nel secolo precedente.

Il caposaldo della scienza penale sta dunque – per Mauro Ronco nella sequela di Carrara – nell'esigenza che essa si formi nell'intreccio tra la ragione teorica, il cui luogo è l'accademia, e la ragion pratica, il cui luogo è il foro, le quali costituiscono il plesso in cui il diritto pulsa come cosa vivente, mentre la sede legislativa è contingente e, non infrequentemente, regressiva.

Gabriele Civello

***Lo Stato del potere. Politica e diritto ai tempi della post-libertà*, di Carlo Iannello, pubblicato da Meltemi, Milano, 2025, pp. 270**

Nel periodo storico della crisi della sovranità e, quindi dello Stato, in cui ciò che massimamente preme è registrare il grado di politicità del potere più che ragionare sui suoi limiti giuridici, e in un'epoca in cui il diritto viene osservato soltanto per i suoi aspetti funzionalistici di regolamentazione della convivenza tra consociati secondo il paradigma sociologico o per le sue capacità "econometriche" in grado di ottimizzare o meno la produzione e lo scambio di beni e servizi secondo il paradigma neoliberale, un recente volume del Carlo Iannello, professore di Diritto Costituzionale presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", pubblicato nel dicembre del 2024 per i tipi di Meltemi, sembra invertire il senso di marcia della attuale problematizzazione intorno al diritto, allo Stato e al potere.

L'opera di Iannello si configura come una vera e propria operazione diagnostica di ordine politico, economico e giuridico sull'Occidente in genere e sui temi suddetti in particolare, elaborando una critica liberale all'impostazione neoliberale odierna che – secondo quanto emerge dalle pagine del libro – ha sostanzialmente stravolto la concezione dello Stato.

L'autore da un lato mette in risalto la profonda divaricazione teoretica esistente tra l'attuale concezione neo-liberista che domina in Occidente e i fondamenti liberali classici, frattura così incisiva da poter considerare che l'attuale orientamento neo-liberale sia in antitesi con il liberalismo classico – sia nella sua accezione economica, sia in quella politica, sia in quella costituzionalistica – tanto da essere diventato una minaccia costante e crescente per la libertà medesima.

Non soltanto il neoliberalismo ha assottigliato – fino a farla svanire del tutto – la fondamentale distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, ma ha lentamente quanto inesorabilmente agito affinché l'azione di Governo tipica dello Stato liberale e dello Stato di diritto fosse fagocitata dalla più eterea forma denominata "governance" con la conseguenza di sterilizzare i meccanismi rappresentativi tipici della democrazia occidentale e di dissolvere la responsabilità politica e giuridica di coloro che manovrano il potere statale.

Il modello di governance agisce, secondo Iannello, in una duplice direzione, cioè verso il basso coinvolgendo «gli stessi amministrati, richiamando l'idea di un potere reticolare, che si sostiene in forza dell'adesione spontanea dei governati» (pag. 129) e verso l'alto, cioè oltre gli Stati, nella direzione della cosiddetta “governance globale”.

In questa dinamica si sostituisce il Governo politico e rappresentativo con la governance tecnocratica in cui soggetti ed enti non rappresentativi occupano il centro di gestione del potere decisionale, mentre i singoli governi statali diventano la mera cinghia di trasmissione di volontà assunte altrove tanto da poter ritenere che «il luogo dove si assume la decisione se è, come è, globale, non può essere definito democratico» (pag. 133).

Ecco che in un tale scenario il potere statale subisce una vera e propria mutazione, e con esso anche il costituzionalismo contemporaneo, poiché entrambi recedono dinnanzi al sopravanzare della figura del cosiddetto “antisovrano”, secondo la felice formula coniata da Massimo Luciani ed efficacemente ripresa da Iannello il quale per l'appunto osserva che «questo antisovrano è appunto il mercato che ha sostituito il governo con il suo opposto, cioè con la governance» (pag. 138).

Funzionale all'instaurazione di questo potere non democratico e non bilanciato da altri poteri secondo la teoria matrice del moderno costituzionalismo, è la diffusione della logica emergenziale, specialmente quale strumento derogatorio rispetto al principio di legalità e al fisiologico funzionamento dello spazio istituzionale e giuridico tipico dello Stato di diritto.

La logica emergenzialista, identica nel metodo e cangiante e camaleontica nel merito, ignora le procedure democratiche, poiché l'emergenza non ha il tempo di attendere che la democrazia espliciti le sue procedure formali e sostanziali, così come ignora il principio logico di non-contraddizione.

In tal senso Iannello evidenzia come «durante l'emergenza del SARS-Cov-2 occorre difendere la società e le vite umane e si chiedeva un pesante sacrificio individuale a detrimento della libertà. Con l'emergenza legata alla guerra in Ucraina la motivazione si è del tutto ribaltata. Questa emergenza è, infatti, sostenuta dall'idea che occorra combattere contro il dispotismo, per la libertà, quindi anche attraverso il sacrificio di vite umane» (pag. 185).

Sia il superamento della sovranità, sia la gestione antidemocratica del potere da parte del mercato, sia le continue pulsioni sociali determinate dalla paura e dal controllo tipici dell'emergenzialismo determinano una inevitabile erosione non soltanto degli spazi di libertà, ma anche una mutazione genetica del liberalismo che tradisce se stesso per servire la pura logica del mercato tanto da non porre più al centro della propria azione l'obiettivo della libertà e della dignità umana, ma del guadagno ottenibile anche al prezzo del sacrificio di queste ultime.

Il libro di Iannello, sicuramente ben più ricco di quanto fin qui sintetizzato, rappresenta una intelligente forma di critica non soltanto all'attuale concezione deviata dell'economia di mercato e della libertà, ma allo stesso odierno costituzionalismo che invece di fissare il perseguimento della propria vocazione, cioè la delimitazione del potere e l'affermazione dei diritti fondamentali della persona, si rende mero strumento di legittimazione formale dei suddetti processi di svuotamento del sistema democratico occidentale e dello stesso Stato di diritto.

Un volume prezioso, dunque, soprattutto per il sonnolento mondo dei giuristi che spesso troppo tardi si rendono conto dei mutamenti messi in essere contro le ragioni della persona e quindi del diritto stesso.

Aldo Rocco Vitale

***C'è ancora domani*, regia di Paola Cortellesi (2023)**

La città eterna, Roma, si trova in uno stato di dicotomia postbellica: da un lato, si percepisce un fervore rigenerativo, un'energia rinnovatrice che scaturisce dalla fine della guerra; dall'altro, le ombre persistenti della miseria, un retaggio doloroso lasciato dal conflitto che ha sconvolto la nazione. In questo contesto storico complesso, emerge la figura di Delia, un archetipo della donna casalinga nell'ambito della Roma del dopoguerra. La sua esistenza quotidiana è segnata da un impegno costante e minuzioso: mantiene il suo angolo di mondo, un modesto sottoscala, in uno stato impeccabile di pulizia, dedica il suo tempo alla preparazione dei pasti per il marito Ivano e i loro tre figli, si prende cura con dedizione del suocero, un uomo dall'indole burbera. Non si limita a questi doveri domestici, ma si impegna anche in piccole attività redditizie come il rammendo di biancheria, la riparazione di ombrelli e le iniezioni a domicilio. Tuttavia, secondo il severo giudizio del suocero, Delia è afflitta da un difetto: non esita a replicare, un comportamento considerato inappropriato in un'epoca in cui il silenzio era spesso imposto alle donne. Questa sua presunta insubordinazione è vista dal marito Ivano come un'insolenza che merita punizione; pertanto, non esita a sottoporla a maltrattamenti fisici e umiliazioni per ogni presunta trasgressione.

Nel frattempo, la loro figlia Marcella si trova sull'orlo di un cambiamento significativo nella sua vita: è prossima al fidanzamento con il figlio del proprietario del bar del quartiere, un evento che potrebbe innalzare il suo status sociale e permetterle di distanziarsi dalla realtà stagnante in cui la sua famiglia si trova immersa, e soprattutto dalla figura materna, perpetuamente avvolta nel suo grembiule e soggetta alle crudeltà del marito. Per fortuna, al di fuori delle mura domestiche, Delia non è priva di sostegno. Trova conforto e appoggio in alcune figure chiave: un meccanico che le vuole bene, un'amica che la sostiene con il suo spirito vivace, un soldato afroamericano disposto ad aiutarla. E, forse il più significativo di tutti, Delia nutre un sogno segreto, un desiderio profondamente custodito, ispirato da una lettera ricevuta inaspettatamente, che potrebbe rappresentare la chiave di una svolta nella sua vita.

Il cuore di questa narrazione cinematografica è Delia, donna coraggiosa ma oppressa, legata al violento Ivano e madre di tre figli, tra cui l'adolescente Marcella. Quest'ultima,

ostile nei confronti della madre per la sua apparente passività di fronte agli abusi coniugali, simboleggia la nuova generazione che ambisce a un cambiamento radicale. La vita quotidiana di Delia è un equilibrio precario tra le incombenze domestiche e le diverse occupazioni (rammendo di biancheria, la riparazione di ombrelli e le iniezioni a domicilio).

La trama si snoda attraverso l'amicizia di Delia con Marisa, una donna spiritosa e ottimista, e il riemergere di Nino, un meccanico con cui la protagonista ha avuto una relazione in passato. Il destino incrocia le loro strade quando Delia, nel restituire una foto di famiglia al soldato afroamericano William, si trova coinvolta in una rete di solidarietà inaspettata. William, testimone delle violenze domestiche subite da Delia, offre il suo sostegno, rivelando una dimensione di altruismo e comprensione.

Il dramma si intensifica quando Marcella, contro la volontà di Delia, si fida con Giulio, appartenente a una famiglia agiata proprietaria di un bar locale. Ivano, individuando un potenziale vantaggio economico nelle nozze imminenti, intravede un'opportunità per migliorare la propria condizione. Tuttavia, la prospettiva di un matrimonio simile al suo, caratterizzato da vessazioni e umiliazioni, preoccupa Delia.

Con l'aiuto di William, Delia escogita un piano audace, un'azione estrema dettata dalla volontà di proteggere Marcella da un destino simile al suo.

Il culmine della trama sembra indicare una svolta nella vita di Delia. La sua determinazione a sfuggire a Ivano trova forma nell'invito di Nino a fuggire insieme il 2 giugno. Delia prepara meticolosamente la sua fuga, ma un'imprevista tragedia la costringe a rimandare i suoi piani. Tuttavia, la donna, ancora una volta, dimostra la sua forza interiore.

Nonostante l'inaspettato impedimento, Delia non rinuncia alla sua ricerca di libertà. Nel giorno successivo, prima di compiere il gesto dirompente, Delia compie un gesto significativo verso la figlia con cui riconosce la propria responsabilità materna. Mentre si dirige alle urne per partecipare all'elezione dell'Assemblea costituente, la sua prima esperienza di voto, si presenta un'imprevista complicazione, che consente tuttavia a Delia di affrontare il marito e di compiere una dichiarazione di emancipazione, un atto di sfida contro la sua oppressione.

Nel cuore del racconto cinematografico, l'intima amicizia con l'amica fruttivendola rappresenta l'unico rifugio confidenziale per Delia, mentre l'affascinante Nino incarna

un amore idealizzato, purtroppo insufficiente. Marcella, in un momento di franchezza, la incalza con un «*Perché non lasci tutto e te ne vai?*». La risposta di Delia, intrisa di rassegnazione e amore profondo, «*E dove potrei andare?*», sintetizza l'essenza del film: una dichiarazione di amore eterno. Quest'opera, infatti, è la narrazione di un tenero e complesso legame d'amore materno-filiale, esplorato attraverso le dinamiche familiari.

Il film sottolinea come la famiglia, elemento fondamentale nel tessuto sociale, sia un pilastro su cui ogni civiltà ha costruito la propria storia e la realtà quotidiana dei suoi popoli. Ridurre il valore della famiglia ai suoi esempi negativi è ignorare la profonda influenza che essa ha avuto nello sviluppo delle società.

L'amore divino, l'amore per la patria e l'amore familiare, nonostante le loro contraddizioni, hanno costituito la bussola e il filo conduttore per l'unione delle comunità, la creazione di legami duraturi e significativi, e per una vita che trascenda i puri interessi egoistici individuali. Rinnegare questi principi fondamentali equivale a negare la base persistente, sebbene ferita e spesso calpestata, su cui si fonda il sentimento collettivo e la vita quotidiana delle persone.

Esistono donne che hanno plasmato il corso del tempo e altre che, pur attraversandolo, sembrano essere scomparse senza lasciare traccia. Tra le prime, emergono le figure di scienziate, poetesse, scrittrici e sante che, con coraggio, hanno sfidato la loro epoca, donando testimonianze preziose per le generazioni future.

Parallelamente ci sono state donne, madri e mogli che hanno agito da eroine nelle pieghe quotidiane, orchestrando la crescita dei figli e portando avanti la famiglia in ogni suo bisogno sia materiale che spirituale.

A volte queste donne hanno sognato di indossare abiti nuovi o di godere dell'affetto di un marito, come l'archetipo di Delia nel film «*C'è ancora domani*». Un'immagine che si riflette nelle figure delle nonne e bisnonne, donne del Novecento che meritano di essere ricordate e celebrate.

Dalla visione cinematografica di Paola Cortellesi, traspare la volontà di riportare alla luce una storia di oppressione ordinaria vissuta nel dopoguerra, un racconto intriso di umiliazioni, fatiche, rinunce, violenze e, infine, riscatto. Una storia autentica, da non dimenticare mai, che ha visto protagoniste costrette a sacrificarsi e accettare passivamente una realtà tanto oppressiva da soffocare ogni speranza.

Il fulcro del film risiede proprio in questa narrazione di un mondo in cui le donne appaiono come vittime inermi, quasi rassegnate alla brutalità degli uomini. Tuttavia, Delia non si sottomette al silenzio. Nonostante sembri accettare con apparente rassegnazione la sua condizione, nutre una speranza costante nel cambiamento. Attraverso lavori extra per “arrotondare” e conversazioni con amiche solidali, Delia lotta contro la violenza fisica subita, finché un evento inaspettato segna una svolta epocale: una lettera, la prima a lei indirizzata, altererà irrevocabilmente la sua esistenza.

Delia, apparentemente rassegnata, si trasforma in protagonista grazie alla sua forza interiore. Il contesto politico e sociale sta per subire una trasformazione epocale. Delia, con la sua forza e determinazione, si erge a protagonista attiva nella storia e nella sua vita, abbandonando il ruolo di spettatrice passiva.

Delia, le cui capacità di lettura e scrittura languono ai margini della sufficienza, è animata da un desiderio profondo e inestinguibile: nutre l’ambizione che la sua prole, in particolare la figlia, si elevi attraverso l’istruzione, tracciando un sentiero di vita di gran lunga più fulgido e promettente di quello che il destino le ha finora riservato.

La narrazione di “*C’è ancora domani*” non è soltanto un viaggio attraverso la vita quotidiana del dopoguerra, ma si eleva a un’epopea morale che ci insegna come, nel corso del tempo, l’educazione per le donne abbia assunto un significato di portata ben maggiore rispetto al semplice ornamento di un abito nuziale.

Il tessuto di quest’ultimo, seppur ricamato con la più squisita maestria, non ha mai potuto conferire la vera emancipazione, quella che scaturisce dalla crescita intellettuale e culturale. È attraverso l’accesso e il successo nel regno della sapienza e del sapere che le donne, nelle decadi susseguentesi, sono riuscite ad acquisire un significativo ruolo sociale, non sempre, purtroppo coincidente con un progresso morale (si pensi ad un certo femminismo che ha puntato allo scardinamento della famiglia ed alla rivoluzione del costume sessuale), ma certamente un’insostituibile risorsa per ogni duratura ricostruzione civile.

Daniele Onori

COMITATO DI VALUTAZIONE

Prof. Avv. Gianni Ballarani, Ordinario di Diritto privato – Università Pontificia Lateranense

Prof. Luigi Barbieri, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico – Università degli Studi di Teramo

Prof. Francesco Botturi, Ordinario di Filosofia morale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Prof. Alessandro Candido, Associato di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Milano “Bicocca”

Dott. Antonio Casciano, Giurista, Bioeticista e Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica – Università degli Studi di Salerno

Prof. Giuseppe Chiara, Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Catania

Prof. Avv. Angelo Contrino, Ordinario di Diritto tributario – Università Bocconi

Prof. Luigi Cornacchia, Ordinario di Diritto penale – Università degli Studi di Bergamo

Prof. Gaetano Dammacco, Ordinario di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico – Università degli studi di Bari “Aldo Moro”;

Prof. Avv. Alessandro di Majo, Docente a contratto di Diritto Sportivo – Università degli Studi di Roma Tre

Prof. Avv. Francesco Farri, Associato di Diritto finanziario – Università degli Studi di Genova

Prof. Andrea Favaro, Associato di Filosofia del diritto – Università di Verona, Visiting Professor – Facoltà di Diritto Canonico “San Pio X” di Venezia

Prof. Manuel Ganarin, Associato di Diritto e Religione – Università di Bologna “Alma Mater”

Prof. Avv. Giovanni Giacobbe, Emerito di Diritto privato, Università LUMSA di Roma

Prof. Armando Lamberti, Ordinario di Diritto pubblico – Università degli Studi di Salerno

Prof. Alessio Lanzi, già Ordinario di Diritto penale nelle Università di Parma, Milano e Milano Bicocca

Dott.ssa Lucia Leoncini, Giudice del Tribunale di Pistoia

Prof. Avv. Carmelo Leotta, Associato di Diritto penale – Università Europea di Roma

Prof. Giacomo Samek Lodovici, Associato di Filosofia morale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Prof. Marco Maugeri, Ordinario di Diritto commerciale – Università Roma Tre

Prof.ssa Francesca Oliosi, Ricercatrice e Docente a contratto di Diritto e Religione – Università di Trento

Prof. Mauro Paladini, Professore Ordinario di Diritto privato – Università di Milano “Bicocca”

Prof.ssa Cristiana Maria Pettinato, Prof.ssa Associata di Diritto canonico e diritto e religione in Europa – Università di Catania

Prof. Pietro Polieri, Docente a contratto di Antropologia culturale – Università degli Studi “Aldo Moro” di Bari

Prof. Avv. Filippo Vari, Ordinario di Diritto costituzionale – Università Europea di Roma

Prof. Aldo Rocco Vitale, Docente di Filosofia del diritto – Università Europea di Roma

Prof. Francesco Zini, Associato di Filosofia del diritto – Università di Siena

GLI AUTORI

LUIGI MARUOTTI, Presidente del Consiglio di Stato

DINO TARQUINI, Magistrato ordinario in tirocinio e Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi dell'Aquila

FRANCESCO FARRI, Avvocato in Arezzo e Professore Associato di Diritto finanziario presso l'Università degli Studi di Genova

PIETRO DUBOLINO, Presidente emerito di Sezione della Corte di Cassazione

MARIO MIDIRI, Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università di Roma LUMSA

LUIGI STEFANUCCI, Assistente di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura

ANTONIO TOMASELLI, Dottore di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università del Salento

GABRIELE CIVELLO, Ricercatore di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Cagliari

ALDO ROCCO VITALE, Docente di Filosofia del diritto presso l'Università Europea di Roma

DANIELE ONORI, Giurista

SOMMARIO
Fascicolo 2-2024

	<i>Pag.</i>
In questo numero di Mauro Ronco	3
Sezione studi	6
L'influenza dei valori cristiani sulle regole giuridiche in Europa di Luigi Maruotti	7
1. Premessa – 2. Il periodo del “diritto romano cristiano” – 3. Il periodo del diritto comune: dal rinascimento giuridico alle prime codificazioni – 4. Il Giurisdizionalismo, l'Illuminismo e l'affermazione dei diritti fondamentali.	
Il giudice e la giustizia: gli interrogativi fondamentali di un neo magistrato di Dino Tarquini	21
1. La necessità di una risposta – 2. La tragicità della giurisdizione – 3. La soluzione dell'umiltà – 4. Diritto, etica e dignità umana.	
“Stato di diritto” di rilevanza europea e proposta di riforma costituzionale italiana in materia di separazione delle carriere magistratuali di Francesco Farri	29
1. Il perimetro definitorio dello “stato di diritto” come “valore comune” ai sensi dell'art. 2 del Trattato dell'Unione europea – 2. I conseguenti limiti intrinseci alla sindacabilità delle norme degli Stati membri da parte dell'Unione europea per violazioni dello “stato di diritto” – 3. Sindacabilità dello “stato di diritto” e rispetto del principio di attribuzione delle competenze all'Unione europea – 4. “Stato di diritto” e indipendenza della magistratura – 5. La piena conformità della proposta di legge costituzionale italiana in materia di riforma delle carriere magistratuali al valore comune europeo dello “stato di diritto” – 6. L'irrilevanza e infondatezza, ai fini del diritto europeo, delle possibili obiezioni sollevate – 6.1. Sorteggio dei membri dei Consigli Superiori – 6.2. Impugnabilità delle decisioni dell'Alta Corte disciplinare – 6.3. Separazione delle carriere dei pubblici ministeri.	
Guerra “giusta” e pace “giusta”: un binomio a variabili indipendenti di Pietro Dubolino	46
Parte prima – La guerra “giusta”. 1. Mondo greco-romano – 2. Giudaismo e islamismo – 3. Cristianesimo – 4. Post cristianesimo – Parte seconda – La pace “giusta”. 5. Forma e sostanza a confronto – 6. Considerazioni finali.	

La cittadinanza e il referendum manipolativo: prendere sul serio il legame cittadino-Stato 67
di Mario Midiri

1. Cittadino in cinque anni: la richiesta referendaria – 2. Ammissibilità del referendum e “manipolazione accettabile”: il sì (non privo di ombre) della Corte nella sentenza n. 11 del 2025 – 3. Questioni aperte – 4. Il legame tra cittadino e Stato nella giurisprudenza – 5. In Parlamento la verifica, in base all’esperienza, della legge sulla cittadinanza.

Dalla tutela del segreto alla trasparenza delle informazioni bancarie: il ruolo delle istituzioni internazionali e la nuova visione globale in tema di contrasto all’impiego dei capitali illeciti 77
di Luigi Stefanucci

1. Introduzione – 2. Segreto bancario, diritto alla riservatezza e illecita diffusione delle informazioni – 3. Banche dati finanziarie e corretto trattamento dei dati in presenza di algoritmi di intelligenza artificiale – 4. Il ruolo di impulso delle organizzazioni internazionali e delle istituzioni europee nello sviluppo della disciplina per il contrasto all’impiego dei capitali illeciti – 4.1 L’ONU e la Convenzione di Palermo sul crimine transnazionale – 4.2 Le misure adottate dall’Unione Europea per la prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo – 4.3. L’OCSE e gli accordi di scambio per la trasparenza finanziaria internazionale – 5. Prossimi scenari nella lotta ai capitali illeciti: il CARF (Crypto Asset Reporting Framework) OCSE e il “Pact for the future” adottato dalle Nazioni Unite – 6. Riflessioni conclusive.

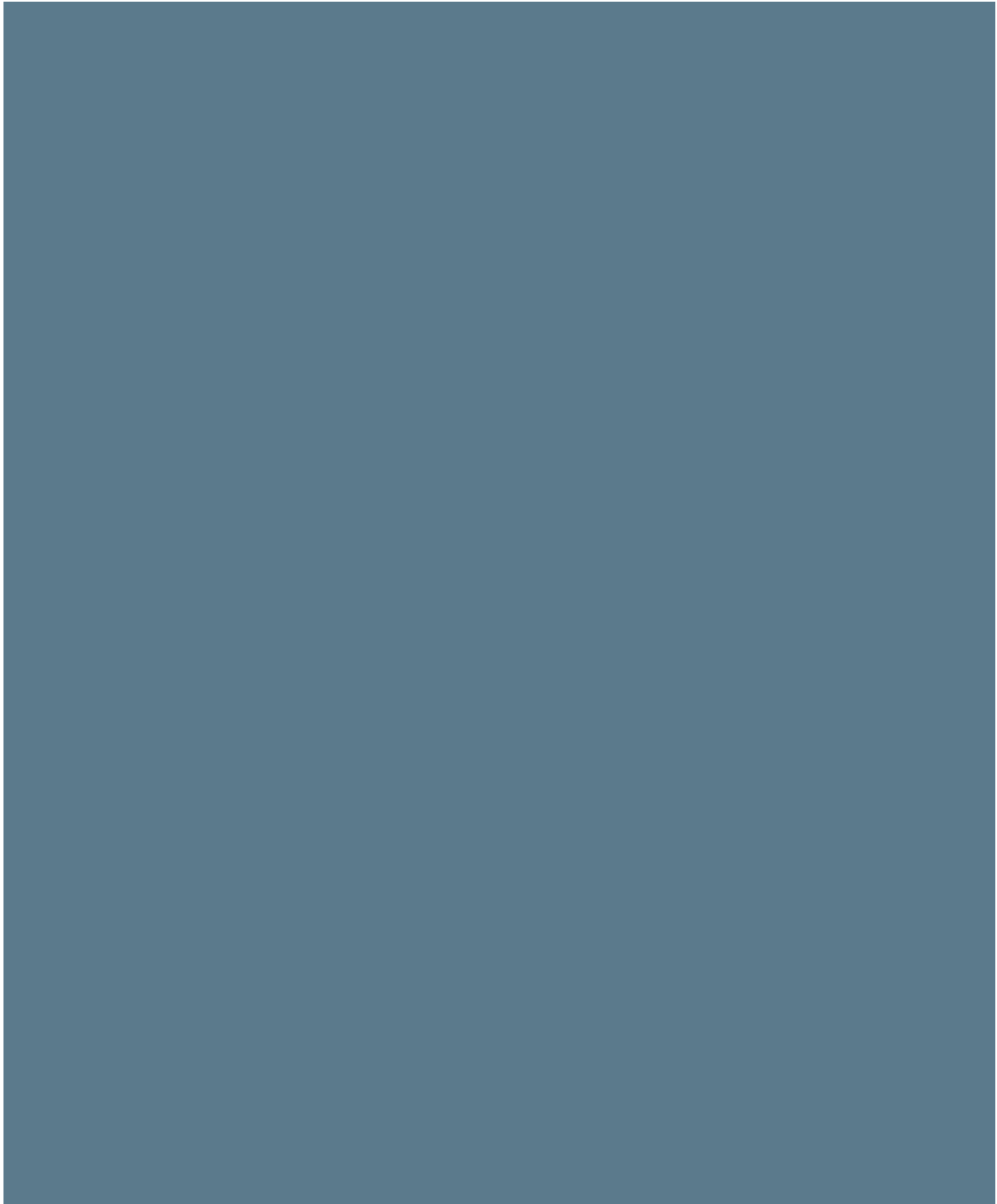
Diritto e musica in una prospettiva storica 117
di Antonio Tomaselli

1. Premesse di metodo – 2. La *Dark age* e i cantori omerici – 3. Dall’inizio dell’VIII al V sec. a.C. Musica e diritto nell’età arcaica 4. I *nomoi* tra musica e diritto – 5. Il rapporto diritto e musica nella letteratura del XVII secolo d.C.: L’Arcadia – 6. Diritto e musica nel contemporaneo – 7. Conclusioni.

Sezione recensioni 141

Comitato di valutazione 157

Autori 159



ISSN 2611-5476