



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni
della Facoltà di Giurisprudenza

4

Studi giuridici 2015-2016

Parte prima



Jovene editore 2016



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

4

Studi giuridici 2015-2016

Parte prima

Comitato di Redazione

Antonio Angelosanto - Elisa Arbia - Francesco Camplani - Nicola Cezzi
Stefania D'Onofrio - Pietro De Corato - Ilenia Messina - Luca Amedeo Savoia
Lorenzo Serafinelli - Elda Ventrice - Elena Emiliani - Nicolò Galasso

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Fulvio Costantino - Luca Di
Donna - Alberta Fabbrocotti - Maura Garcea - Domenico Mezzacapo - Giovanna
Montella - Piergiuseppe Morone - Gianluca Scarchillo - Roberta Tiscini - Franco
Vallocchia

Advisory Board

Nikolai Badenhoop - Job Ballegoijen de Jong - Gabor Fellner - Adrian Hausler
Sara Himilce Ramírez Aguilar - Ulyana Kohut - Philip Nedelcu - Claire Teillard
d'Eyry - Côme Wirz

Alla redazione hanno collaborato

Elena Berto - Marco Bevilacqua - Michela Calabrese - Camilla Eletti - Alessio
Martino - Serena Paciullo - Rossella Palazzo - Maria Palermo - Giulia Pucci
Paolo Ramazzotti - Chen Laura Sarno - Francesco Maria Vincentelli

Contatti

email: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
facebook: Sapienza Legal Papers
website: www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali
www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni
www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali

In amichevole collaborazione con



DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2016

ISBN 978-88-243-2422-9

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

Il bello dello studium è che impari, sì, dai maestri ma ancor più dai compagni, specie quelli più anziani di te, quando ti raccontano quello che hanno letto, e tu scopri che il mondo deve essere pieno di cose meravigliose e per conoscerle tutte, non rimane che leggere tutti i libri del mondo.

Baudolino - Umberto Eco

INDICE

PARTE PRIMA

- 3 *Nota di redazione*
- 5 La Dichiarazione dei diritti in Internet. Recenti sviluppi della *Internet Governance* in Italia
Rossella Palazzo
- 15 Diritto e letteratura
- 17 I. Sconfinamenti. Conflitti, narrazioni e diritti nelle società di immigrazione
Serena Paciullo - Maria Palermo - Chen Laura Sarno
- 31 Studi di diritto internazionale, comparato e straniero
- 33 I. World Bank e Inspection Panel
Elena Berto - Michela Calabrese
- 47 II. La responsabilità degli enti *ex d.lgs. n. 231/2001*: una comparazione tra *civil law* e *common law*
Marco Bevilacqua
- 57 III. Il nuovo Senato italiano e il Senato spagnolo: comparazione dei poteri e del ruolo nell'*iter* di formazione delle leggi
Alessio Martino
- 67 IV. Offerta *ad incertam personam* nella dottrina tedesca
Francesco Maria Vincentelli
- 75 V. Shackling of pregnant inmates in U.S. prisons: a human rights violation
Paolo Ramazzotti
- 87 VI. The evolution of campaign finance in the United States
Camilla Eletti
- 99 Il pensiero come forma di azione: Betti e Calamandrei tra fascismo e antifascismo
Giulia Pucci

PARTE PRIMA

NOTA DI REDAZIONE*

«Scusi, ma nell'epoca d'Internet, Lei che cosa ci sta a fare?» A questa domanda, rivolta da uno studente impertinente al proprio professore, Umberto Eco cercava di fornire risposta, provando a sostituirsi all'ignoto malcapitato collega¹. Se è vero che nell'era di Internet la funzione 'informativa' della scuola – ammetteva Eco – viene in parte a essere sostituita dalla «Gran Madre di tutte le enciclopedie», non per questo il *world wide web* è in grado di assolvere il compito più gravoso della 'formazione'.

Si tratta di una verità sacrosanta valida anche oggi che ricorrono i trent'anni dal primo 'ping' italiano su Internet, per il quale – come Rossella Palazzo ci ha ricordato con un articolo in apertura di questa parte prima – si è giunti a una 'Dichiarazione dei diritti' degli internauti, indissolubilmente legati a quelli fondamentali della persona.

È la 'formazione' – e non solo quindi l'informazione – a fare la differenza e a legittimare l'esistenza funzionale del 'professore'.

Per le cose di casa nostra, tutto si deve a un certo Tiberio Coruncanio, primo Pontefice Massimo plebeo², che per primo iniziò a insegnare pubblicamente la scienza del diritto: «Tra tutti coloro che hanno conseguito <tale> scienza, non si tramanda che alcuno l'abbia insegnata pubblicamente prima di Tiberio Coruncanio: gli altri, fino a lui, o pensavano di conservare il diritto civile in segreto, o solevano occuparsi di chi li consultava piuttosto che dedicarsi a chi voleva imparare» (Pomponio, nel libro unico *Del manuale* in D. 1, 2, 2, 35)³.

* Per la redazione: Antonio Angelosanto, Francesco Camplani, Stefania D'Onofrio, Ilenia Messina, Lorenzo Serafinelli, Elda Ventrice.

¹ U. Eco, *A che serve il professore?*, in *La bustina di Minerva* (*La Repubblica*, 17 aprile 2007), ora in *Id., Pape Satàn Aleppe. Cronache di una società liquida*, Milano, 2016, pp. 97 e ss.

² Su cui si veda, tra gli altri, F. D'IPPOLITO, *Il pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, in *I giuristi e la città*, Napoli, 1979, pp. 27 e ss.

³ Traduzione a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, Milano, 2005, p. 88.

Forse fu in continuità di spirito con il libertario «*publice profiteri*» di Coruncanio che Emilio Betti nel 1948, salendo non senza difficoltà alla cattedra romana di diritto civile, rivendicava «all'insegnante e all'educatore la libertà di manifestare il proprio pensiero»⁴, in ragione di un ideale che sentiva di avere in comune con gli «uomini di pensiero, non sempre condiviso dagli uomini d'azione». Giulia Pucci – in chiusura di questa parte – nel suo contributo sul principio di solidarietà e le sue innegabili differenze tra la declinazione bettiana e quella costituzionale, ci ha però rammentato come «pensiero» e «azione» spesso convergono, sino a divenire il primo nobile arma della seconda.

Una serie di studi sul diritto internazionale, comparato (Marco Bevilacqua e Alessio Martino) e non-italiano (Camilla Eletti e Paolo Ramazzotti) colora questa prima parte di una nota di curiosità per i territori giuridici d'oltre confine. Le barriere abbattute dall'ormai trentenne *web* italiano spingono i nostri alunni a confrontarsi con le esperienze di altri ordinamenti e sistemi giuridici, con «sconfinamenti» che richiamano i dolorosi e attuali fenomeni migratori, rammentati dalle studentesse Serena Paciullo, Maria Palermo e Chen Laura Sarno nell'ambito degli ormai usuali approfondimenti in tema di *Diritto e Letteratura*.

Riflessioni su questioni di estrema attualità – si veda il *paper* di Elena Berto e Michela Calabrese sulla *World Bank* e lo «spazio giuridico globale» – o ricostruzioni dogmatiche della dottrina civilistica tradizionale – come lo scritto sull'offerta *ad incertam personam* nella dottrina tedesca di Francesco Vincentelli – coniugano continuità e rinnovamento di studi, attestandoli nella formazione giuridica dei nostri giovani alunni⁵.

⁴ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione. Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948 presso l'Università di Roma*, in *RISG* 85, 1948, p. 34.

⁵ È proprio su «La formazione del giurista tra continuità e rinnovamento» che ci si è intrattenuti lo scorso 2 marzo 2016 in occasione della presentazione del terzo volume dei *Quaderni* (anno accademico 2014-2015) con i proff. Luisa Avitabile, Enzo Cannizzaro, Enrico del Prato, Massimo Luciani, Paolo Ridola e Franco Vallocchia.

ROSSELLA PALAZZO*

LA DICHIARAZIONE DEI DIRITTI IN INTERNET: RECENTI SVILUPPI DELLA INTERNET GOVERNANCE IN ITALIA

The following paper deals with the so called Italian Internet Bill of Rights, approved on the 28th of July, 2015 by the Italian Commission for Internet rights and duties. The overarching theme is the Internet Governance issue against and in favour of “Constitutional” Charter of the Internet. After considering the achievements of World Summit on Information Society (WSIS) and Internet Governance Forum (IGF), the paper analyses the effects and the outcomes of the mentioned Italian experiment and also its principles and rights.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Verso una Dichiarazione dei diritti in Internet. – 3. Lavori parlamentari. – 4. Valore costituzionale della Dichiarazione? – 5. Aspetti principali del contenuto della Dichiarazione.

1. *Premessa*

Definire o circoscrivere cosa si debba intendere per *Internet Governance* è un’operazione molto complessa.

Le espressioni «gestione di Internet» o «governo della Rete», usate per la traduzione in italiano, sono formalmente corrette, ma nella sostanza risultano essere fuorvianti e limitative in quanto si riferiscono a un modello di amministrazione e di definizione delle regole «dall’alto», da parte di un potere e di un’amministrazione centrali. Esattamente il contrario, quindi, di quanto avvenuto con lo sviluppo e la diffusione di Internet, le cui regole si sono determinate sulla base del *rough consensus and running code*¹.

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Irene Sigismondi.

¹ Si tratta del processo decisionale adottato nella sede dell’*Internet Engineering Task Force* (IETF) dove si sviluppano gli standard per Internet.

Dunque, più correttamente il termine *Internet Governance* corrisponderebbe a «tutte quelle *practices* sociali e indirizzi politici che dai diversi paesi vanno verso la Rete e viceversa»².

Inoltre, sebbene Internet, in quanto rete di reti, sia nata da finanziamenti del Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, successivamente si è sviluppata in modo decisamente libertario e destrutturato, perciò *l'Internet Governance*, agli albori era limitata quasi esclusivamente alla risoluzione di problemi di natura tecnica.

Poi a partire dal 1998, il governo degli Stati Uniti, diede inizio a un processo di privatizzazione, a livello globale, per la gestione di Internet e istituì a tal fine, *l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN).

Ma è con la creazione dell'*Internet Governance Forum* internazionale (IGF)³ – struttura di supporto del segretariato generale dell'ONU – svoltosi per la prima volta ad Atene nel 2006⁴, che si dà alla *Internet Governance* una connotazione operativa e non meramente tecnica, tramite l'adozione di una modalità di partecipazione aperta e libera, oltre che di interconnessione, anche politica, tra gli *stakeholders* (suddivisi in tre categorie: governi, settore privato e società civile)⁵.

Ripercorrendo la giovane storia della Rete, risulta evidente come si sia passati da un'accezione ristretta della *Internet Governance* (intesa come gestione tecnica di Internet) a una più estesa comprensiva di altri aspetti correlati (neutralità della rete, diritto e costi di accesso, rispetto delle libertà fondamentali, sicurezza) e di come non esista un ente unico preposto al governo della Rete, un soggetto sovranazionale regolatore preminente.

2. Verso una Dichiarazione dei diritti in Internet

Recentemente in ambito internazionale, si è assistito al susseguirsi di importanti interventi normativi, come la *Lei* n. 12.965 del

² A.A. MARTINO, *Premessa*, in A.A. MARTINO, *Aspetti giuridici di Internet. Contributo ai lavori dell'Internet Governance Forum*, n. spec. di Quaderni dell'Internet italiano, 2007, consultabile su http://www.quadernionline.it/igf_2007/martino_premessa.html.

³ Storicamente avvenuta dopo i due *World Summit on Information Society* (WSIS), organizzati dalle Nazioni Unite e dall'*International Telecommunication Union* (ITU) e svoltisi a Ginevra nel 2003 e a Tunisi nel 2005.

⁴ LIGF ha tenuto il suo decimo incontro annuale a João Pessoa, Brasile, dal 10 al 13 novembre 2015 sul tema *Evoluzione della Internet Governance: Rafforzamento dello sviluppo sostenibile* consultabile su <http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>.

⁵ NICOTRA, *L'Internet Governance in Italia*, in Rivista «Informatica e Diritto», vol. XVIII, 2009, n. 1, pp. 63 e ss.

23 aprile 2014 del Brasile, *Marco Civil da Internet*⁶ o la raccomandazione del Consiglio d'Europa del 16 aprile 2014 (sulla protezione dei diritti umani su Internet), e giurisprudenziali, come le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'8 aprile (Google-Spain)⁷ e del 13 maggio 2014 (*Digital Rights Ireland*)⁸ ovvero la sentenza della Corte Suprema Usa del 25 giugno 2014 (sulla *privacy* relativa ai telefoni cellulari) la cui influenza è stata determinante per il futuro della *Internet Governance*.

Inoltre, non sono mancate le molteplici spinte propulsive provenienti dalla società civile dirette all'elaborazione di specifici principi per il governo della rete come i lavori dell'IGF Forum e in particolare la *Dynamic Coalition on Internet Rights and Principles* o le innumerevoli proposte di *Internet Bill of Rights*⁹ tra cui la

⁶ È il primo *Internet Bill of Rights* a essere approvato in un Parlamento che disciplina l'uso di Internet in base ai seguenti principi: garanzia della libertà di espressione, comunicazione e manifestazione del pensiero, tutela della vita privata, protezione dei dati personali, mantenimento e garanzia della neutralità della rete, mantenimento della stabilità, sicurezza e funzionalità della rete, mediante misure tecniche compatibili con gli standard internazionali, responsabilizzazione degli agenti in base alle loro attività, mantenimento della natura partecipativa della rete, libertà quanto ai modelli di attività economica perseguiti su Internet, purché non in contrasto con gli altri principi stabiliti dalla legge (art. 3).

La nuova normativa si prefigge, inoltre, tra i vari obiettivi quello di promuovere il diritto di tutti all'accesso a Internet (art. 4).

⁷ Con la sentenza dell'8 aprile 2014 la Corte ha affermato l'applicabilità della normativa europea ai gestori di motori di ricerca che abbiano una succursale o una filiale in uno Stato membro nonostante il *server* dell'azienda di elaborazione dati si trovi fisicamente al di fuori dell'Europa.

Inoltre riguardo l'applicabilità delle norme UE sulla protezione dei dati a un motore di ricerca, ha sancito che i gestori devono considerarsi responsabili del trattamento dei dati personali.

Infine con riferimento al diritto di essere dimenticati (oblio): gli individui possono – a determinate condizioni – chiedere ai motori di ricerca di rimuovere i collegamenti alle informazioni personali che li riguardano. Il principio si applica quando le informazioni sono imprecise, inadeguate, non (o non più) pertinenti, o eccessive in rapporto alle finalità per le quali sono state trattate e al tempo trascorso.

⁸ Con la sentenza del 13 maggio 2014 la Corte ha dichiarato invalida la Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione in quanto comportava un'ingerenza di vasta portata e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, non limitata allo stretto necessario.

⁹ Stando a un censimento effettuato dall'Università di Harvard, le proposte di *Internet Bill of Rights* fatte nel mondo sarebbero circa 87, come ha ricordato il prof. S. Rodotà nel corso dell'IGF Italia tenutosi alla Camera il 12 ottobre 2015. Cfr. <http://webtv.camera.it/evento/8430>.

Internet Magna Carta di Tim Berners-Lee¹⁰ e la Carta dei diritti della Rete promossa da Stefano Rodotà nel 2005.

All'interno di questa cornice, l'Italia ha ricoperto un ruolo non certo secondario: infatti è stata da sempre uno dei paesi più apprezzati e attivi sul fronte della promozione e della diffusione, ad ogni livello, della «cultura della Rete» e il trentesimo anniversario della nascita di Internet, da ultimo, ne dà ampia testimonianza¹¹.

Già nel 2005 è stato organizzato un Tavolo di consultazione sulle tematiche che sarebbero state discusse nel WSIS di Tunisi, mentre nel 2008 si è tenuto a Cagliari il primo IGF Italia, dove nell'affrontare le tematiche centrali per l'IGF Internazionale, è stata introdotta la proposta di una Carta dei diritti di Internet¹², realizzata definitivamente soltanto il 28 luglio 2015.

3. *Lavori parlamentari*

Il 28 luglio 2014 la Presidenza della Camera dei deputati ha quindi promosso, per la prima volta in Italia, la costituzione di una Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi ad Internet, di natura eterogenea: vi hanno partecipato deputati attivi sui temi dell'innovazione tecnologica e dei diritti fondamentali, studiosi ed esperti quali Stefano Rodotà – coordinatore della Commissione – Giovanna De Minico, Juan Carlos De Martin; ovvero operatori del settore come Stefano Trumpy e rappresentanti di associazioni.

Un importante aspetto innovativo, oltre alla presenza di una Commissione parlamentare inedita nel panorama costituzionale italiano risulta essere la corallità, il c.d. *multistakeholderismo* ovvero la partecipazione alla produzione della disciplina di Internet e, nel complesso, alla *governance* dello stesso, di tutti gli *stakeholders*, i soggetti portatori degli interessi coinvolti dalla Rete.

Infatti la Commissione, dopo aver varato una prima bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet, l'ha presentata alla riunione

¹⁰ «*The world needs a bill of rights for the internet – an Internet Magna Carta – to stop governments and big business from abusing their power, censoring certain information and controlling the web*» afferma Tim Berners-Lee. L'intera intervista è consultabile su: <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/11127557/Berners-Lee-world-needs-an-Internet-Magna-Charta.html>.

¹¹ Il 30 aprile del 1986 venne, infatti, stabilita la prima connessione a livello europeo ad Arpanet – il *network* che sarebbe diventato Internet – dal Centro nazionale universitario di calcolo elettronico (Cnuc) del Cnr di Pisa, verso gli Stati Uniti.

¹² NICOTRA, *L'Internet Governance in Italia*, cit., pp. 63 e ss.

dei Parlamenti dei Paesi membri dell'Unione Europea e del Parlamento europeo, sui diritti fondamentali e successivamente il testo è stato sottoposto a una consultazione pubblica, durata 5 mesi, a testimonianza ancora una volta della collegialità e polifonia dell'evento.

Questo metodo si eleva anche a principio sancito dalla stessa Carta, come emerge dall'art. 14 par. 3.

All'esito della consultazione pubblica e di un ciclo di audizioni di associazioni, esperti e soggetti istituzionali, i principi sono stati rielaborati e trasfusi in un nuovo testo, che si propone come sintesi più avanzata delle diverse posizioni e sensibilità emerse, giungendo all'approvazione della Dichiarazione dei diritti in Internet soltanto il 28 luglio 2015.

4. *Valore costituzionale della Dichiarazione?*

Il testo elaborato dalla Commissione, anche per la specificità di Internet, individua una serie di principi generali che abbracciano le diverse tematiche connesse all'uso della rete, ponendo fine al dibattito tra coloro che sostenevano la *self-regulation* di Internet, ossia la necessaria assenza di qualsiasi forma di regolamentazione in quanto incompatibile con la natura libertaria della rete e coloro che intendevano plasmarla, tramite l'adozione da parte degli Stati, di norme che la rendessero simile ai *media* tradizionali.

Nondimeno, entrambi questi orientamenti, tutt'oggi minoritari, sono stati superati: infatti se da un lato, la mancanza di regole non garantisce sempre una rete libera, ma spesso comporta la prevalenza degli interessi delle *corporations* più forti, dall'altro si rischierebbe di depotenziarla, se non addirittura neutralizzarla¹³.

Quindi, sembrerebbe più idoneo collocare la Dichiarazione nell'ambito del dibattito dottrinale che richiede la «costituzionalizzazione della rete» assurgendo, sotto questo profilo, al ruolo di «costituzione di Internet».

Per contro, bisogna preliminarmente constatare come alcune prospettive di costituzionalizzazione di Internet siano inesatte, se non decisamente temibili, come la tesi di Gunther Teubner che vede l'emergere di una molteplicità di «costituzioni civili», pro-

¹³ L. BOLDRINI, *Resoconto stenografico*, seduta n. 1 del 28 luglio 2014, p. 3, consultabile su http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/files/000/000/001/Resoconto_28_07_2014_definitivo.pdf.

dotte da sottosistemi autonomi della società civile, a discapito dei tradizionali poteri politici e costituzionali.

Tra le nuove «costituzioni civili», Teubner colloca Internet, dominata da una suprema *lex digitalis*, ricollegabile implicitamente alla *lex mercatoria*: infatti come l'economia internazionale è retta dalla *lex mercatoria* prodotta dalla comunità degli affari, slegata dai principi regolativi delle costituzioni statali, così anche Internet è ormai affidata ai processi spontanei di autoregolazione che si vanno componendo naturalmente entro la suprema *lex digitalis*.

Si confermerebbe, in questo modo, una regressione verso la premodernità piuttosto che una prospettiva postmoderna¹⁴.

È per evitare questo esito che si deve assegnare all'invocata costituzionalizzazione di Internet, tutt'altro significato: solo se si pensa di poter provocare uno slittamento del baricentro del potere informatico dagli Stati e dalle *corporations* ai diritti dei cittadini e a favore della libertà degli utenti ha senso richiamare in gioco la forza delle Costituzioni¹⁵ e la Dichiarazione dei diritti in Internet, sembrerebbe costituirne una pertinente risposta.

Del resto, presenterebbe l'architettura tipica di una Costituzione democratica, dove il potere è un mezzo per l'attuazione dei diritti¹⁶.

D'altro canto però, all'IGF 2015, tenutosi a João Pessoa, si è risolto negativamente l'interrogativo se dotare Internet di una Costituzione perché essa richiederebbe l'esistenza di uno Stato quale Internet non è per mancanza di due dei suoi elementi costitutivi: il territorio e l'organizzazione autoritativa.

Si potrebbe però obiettare che la storia ha già conosciuto, seppur in via residuale, processi costituenti riferibili a entità non propriamente statali come l'avvio di una Costituzione per l'Europa non conclusasi per ragioni interamente politiche e non giuridiche.

Tuttavia sembrerebbe preferibile una giustificazione totalmente fattuale piuttosto che un'argomentazione storica: l'urgenza di dare alla Rete poche e vincolanti regole, di fatto già operanti sulla condotta di un'intera comunità senza frontiere, per l'esercizio dei diritti e l'osservanza dei doveri.

¹⁴ G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2011, p. 372.

¹⁵ AZZARITI, *op. cit.*, pp. 367 e ss.

¹⁶ G. DE MINICO, *Resoconto stenografico*, seduta n. 12 del 28 luglio 2015, p. 8, consultabile su http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/files/000/000/016/resoconto_commissione_internet_28luglio2015_second.pdf.

Più che opportunamente, infatti, le discussioni dell'IGF si sono concentrate su come disciplinare i diritti e come governare la rete: i due pilastri per antonomasia, su cui si sono elevate le Costituzioni moderne¹⁷.

Anche nel Preambolo¹⁸ si precisa che la Dichiarazione dei diritti in Internet è «strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale». Ma proprio questa vocazione costituzionalistica, porterebbe a imbattersi in una serie di ambiguità e di contraddizioni che rivelano, tutte le difficoltà di dare alla Rete una regolazione dotata di un autentico fondamento costituzionale¹⁹.

Analogo orientamento è seguito da coloro che vedono l'assenza, in queste Carte, di una capacità costringitiva tale da impedire loro di assurgere a *lex superior*.

Ciò nonostante, esse assumono valore a livello culturale, definendo un «modello sociale e politico» che valga a contrapporsi al dominante modello neo-liberista (egemonizzato dagli Stati e dalle *corporations*) e giuridico, composto da piani distinti, per cui le Carte opererebbero su quello proprio dell'argomentazione, con un'incidenza sul ragionamento giuridico che può essere anche decisiva²⁰.

Si potrebbe però eccepire l'inadeguatezza delle tradizionali categorie logiche del costituzionalismo rispetto all'evolversi dei tempi: da qui l'esigenza di un ripensamento delle medesime in vista di una maggiore elasticità e flessibilità.

A ogni modo, dopo aver sottolineato il carattere strettamente programmatico piuttosto che costituzionale della Dichiarazione dei diritti, sarebbe più corretto indirizzare l'attenzione sulla valenza politica assunta da quest'ultima, la cui concreta effettività è

¹⁷ G. DE MINICO, *Diritti in Internet, le «Dichiarazioni» non bastano*, consultabile su <http://www.ermes.unina.it/index.php/it/eventi/51-c-e-un-futuro-dopo-l-Internet-governance-forum>.

¹⁸ In effetti il tema riecheggia la proposta di Calamandrei, durante l'Assemblea Costituente Italiana del 28 novembre 1946, di anteporre un Preambolo alla Costituzione italiana con enunciazioni generali sulle finalità etico-politiche perseguite dalla Carta stessa; cfr. D. NOVACCO, *L'officina della Costituzione italiana*, Milano, 2000, pp. 121-122. In quest'ottica anche la Dichiarazione presenta un carattere programmatico e non vincolante, di fonte legislativa o costituzionale, secondo l'ordinamento giuridico italiano.

¹⁹ A. MORELLI, *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 5 e consultabile su <http://www.federalismi.it/document/27022015115644.pdf>.

²⁰ AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., pp. 367 e ss.

rafforzata dal rinvio generale apportato dall'art. 1 alle altre dichiarazioni in materia già esistenti.

Essa inoltre auspica a divenire, parte attiva per la promozione a livello nazionale, europeo, internazionale²¹ di una vera e propria *Carta Costituzionale del Cyberspazio*.

Non tarda difatti ad arrivare a livello europeo l'eco della Dichiarazione italiana che ha portato all'adozione, il 28 settembre 2015, di una Dichiarazione congiunta con la Commissione dell'Assemblea Nazionale Francese, che se letta in filigrana, ricalca palesemente i medesimi contenuti di quella italiana.

Per di più, in occasione dell'IGF 2015, l'Italia ha presentato la sua Carta dei diritti in Rete, guadagnandosi il plauso della comunità internazionale e candidandosi ad essere il campione europeo dei diritti fondamentali *online*²².

5. *Aspetti principali del contenuto della Dichiarazione*

A una prima lettura della Dichiarazione, il testo non fa esplicita menzione dei doveri: la scomparsa del termine e il mancato impiego dello stesso possono essere dipesi soprattutto dalla difficoltà di definire i destinatari delle competenze e dei doveri volti ad assicurare il rispetto dei principi e dei diritti enunciati.

Da questa prospettiva, la garanzia delle condizioni di esercizio di un diritto è apparsa probabilmente una prestazione meno impegnativa da richiedere ai soggetti pubblici e privati destinatari della Dichiarazione stessa rispetto all'adempimento di un dovere²³, come potrebbe essere la tutela nei confronti degli utenti della Rete. Pertanto, gli strumenti che il nostro ordinamento predispone, in merito, rimangono invariati, inclusi i poteri delle Autorità Garanti. Tuttavia viene ampliata la base giuridica del riconoscimento dell'esistenza di determinati diritti in generale.

Se si procede poi a una più dettagliata analisi dei 14 articoli – preceduti da un Preambolo – si evince come venga adottato un punto di vista individualista nella determinazione delle situazioni

²¹ Cfr. Mozione Parlamentare 1-01031 del 3.11.2015 consultabile su http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=assemblea_allegato_odg&idlegislatura=17&anno=2015&mese=11&giorno=03.

²² G. SCORZA, *L'Italia campione dei diritti fondamentali online all'IGF di João Pessoa*, su l'«Espresso», 10 novembre 2015.

²³ A. MORELLI, *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, cit., pp. 9 e ss.

giuridiche soggettive esercitabili attraverso Internet²⁴ racchiudibili in tre nuclei tematici fondamentali: i diritti legati alla possibilità stessa di fruire liberamente della Rete (il diritto di accesso a Internet, il diritto all'educazione, il diritto alla neutralità della Rete); i diritti e i principi afferenti all'identità della persona e alla sua tutela (il diritto all'identità, l'anonimato, la tutela dei dati personali, il diritto all'autodeterminazione informativa e il diritto all'oblio); i diritti legati alla sicurezza e alla garanzia del soggetto (l'inviolabilità dei sistemi e domicili informatici; i trattamenti automatizzati; i diritti e le garanzie delle persone sulle piattaforme e la sicurezza in rete).

L'art. 1 e l'art. 14 rappresentano invece il *limes* entro cui si sviluppa il ruolo di *governance* della Dichiarazione.

Una posizione preminente è certamente ricoperta dall'art. 2, concernente il diritto di accesso a Internet, diritto «madre» e prodromico a tutti gli altri diritti.

Esso è considerato come diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale e quindi come strumento necessario per l'accesso alla conoscenza, finalizzato di conseguenza, alla realizzazione della libertà di manifestazione del pensiero²⁵.

Inoltre assume anche il ruolo di diritto sociale, ossia di pretesa a prestazioni pubbliche da parte delle istituzioni pubbliche che devono garantire l'egualianza e la parità sostanziale nell'accesso (art. 2, par. 2) nonché la sua applicazione al di là del semplice collegamento in rete (art. 2, par. 3). Anche se il compito più importante consisterebbe nel superamento del *digital divide* (divario digitale), attuabile mediante interventi relativi al genere, alle condizioni economiche, alle situazioni di vulnerabilità personale e disabilità (art. 2, par. 5).

²⁴ MORELLI, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

²⁵ Tradotto in norma giuridica costituzionale italiana con l'art. 21 Cost. In merito a quest'ultimo, Gaetano Azzariti ritiene di dover costituzionalizzare con l'aggiunta di un comma ulteriore all'art. 21 il diritto di accesso come diritto fondamentale della persona. Si tratterebbe di un classico intervento di «manutenzione» costituzionale, in virtù di una lettura dell'art. 21 aggiornata all'era digitale: infatti se inizialmente la libertà di manifestazione del pensiero era mediata dal mezzo attraverso il quale si esplicava (radio, stampa), l'affermazione di Internet ha consentito un recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale senza filtri o mediazioni di sorta. Diametralmente opposta è stata invece la proposta di Stefano Rodotà, durante l'IGF del 2010, di introdurre in un articolo apposito – l'art. 21-*bis* – la costituzionalizzazione del diritto di accesso.

Semberebbe che gli estensori della Dichiarazione abbiano privilegiato la limitazione dei poteri pubblici e privati operanti su Internet, tralasciando il tema della natura inclusiva della Rete e del suo ruolo fondamentale nello sviluppo di quei legami di solidarietà sociale che rappresentano indefettibili condizioni di sopravvivenza della democrazia costituzionale.

Tuttavia, se si procede a una ricostruzione più approfondita degli itinerari dei diritti in rete, emerge la qualità sempre maggiore che sta assumendo la democrazia, rafforzata da un'ininterrotta e inedita dichiarazione dei diritti, nella quale la nostra Dichiarazione rappresenta certamente un eccellente punto di riferimento.

DIRITTO E LETTERATURA

SERENA PACIULLO - MARIA PALERMO - CHEN LAURA SARNO*

I SCONFINAMENTI. CONFLITTI, NARRAZIONI E DIRITTI NELLE SOCIETÀ DI IMMIGRAZIONE

This article is based upon the paper presented for the seminar «Conflict, identity and recognition between Law and Literature» («Conflict, Identity and Recognition between Law and Literature») organized by Professor P. Ridola. It analyses the multicultural context and the struggle for integration through a multi-focused point of view: the legal status of the foreigner, the features of citizenship, the cultural identity. The translation process is seen as a way of promoting equality without identification; the model of constitutional patriotism could be possible with an individual adherence to fundamental principles in a pluralist context.

SOMMARIO: 1. Il miracolo della traduzione interculturale: «giusta distanza» ed «equivalenza senza identità». – 2. Riconoscimento dell'identità individuale tra lingua e cittadinanza. – 3. Multiculturalismo e lotte per il riconoscimento.

1. *Il miracolo della traduzione interculturale: «giusta distanza» ed «equivalenza senza identità»*

La dolorosa attualità del fenomeno migratorio rende necessario approfondire tale questione non soltanto dal punto di vista giuridico, ma anche sotto il profilo filosofico, antropologico e sociale. Partendo dall'analisi di Ricœur in merito, si cercherà di illustrare

* Studentesse del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il dott. Andrea Romano.

Pur essendo il risultato di una riflessione comune, il § 1 è da attribuirsi a Maria Palermo, il § 2 a Chen Laura Sarno e il § 3 a Serena Paciullo.

come l'interculturalità e la traduzione tramite la narrazione siano le uniche strade da percorrere per riuscire a riconoscere e ad accogliere l'altro, riuscendo finalmente ad allontanare il sentimento di ostilità. Senza dubbio, misurarsi con il fenomeno migratorio nell'epoca contemporanea richiede l'elaborazione di un pensiero che Renato Boccali qualifica come «complesso», ossia in grado di comprendere «l'inedita condizione antropologica innescata dalla globalizzazione»¹. Le migrazioni contemporanee rinviano ad una condizione umana universale: il sentimento di esilio. Tale sentimento è dato dal rapporto ambivalente che ogni migrante instaura con l'ambiente in cui si trova e sul quale viene ad innestarsi: da una parte il desiderio di creare un habitat familiare, e dall'altra quello di spostarsi da tale ambiente contemplando la possibilità di non farvi ritorno.

Ricœur, riflettendo sulla condizione dello straniero e sul suo immanente sentimento di esilio, fa riferimento al Levitico, cornice entro la quale viene calato il paradigma dell'ospitalità secondo il comandamento dell'amore: «amerai il prossimo tuo come te stesso». In tal modo si cerca di rendere effettivo il diritto kantiano di ospitalità, il quale consiste nell'essere accolto in ogni Paese come un amico. Ciò nonostante il filosofo è ben consapevole che il non-io, ossia l'altro, viene percepito come una minaccia. Il sentimento di xenofobia è, quindi, una pulsione naturale, che non deve essere rimossa ma, al contrario, è necessario far emergere e combattere. Ricœur propone di percorrere un itinerario che consenta di assumere la consapevolezza che si è stati tutti «nomadi in via di sedimentazione, venuti da altrove e destinati a vivere qui»². L'itinerario per la scoperta della propria intima estraneità inizia proprio con il domandarsi «chi sono io?».

È necessario intraprendere un processo di destabilizzazione interiore, di scoperta dell'estraneità come sentimento universale, per il quale c'è bisogno che ci sia il confronto con l'altro.

Comparandosi con il non-io si è mossi da un sentimento di curiosità e si è portati a 'fantasticare' sulla propria identità, sulla casualità della propria nascita – «se non fossi nato qui» –, accorgendosi che si fa parte di una determinata nazione soltanto in forza di una «adozione simbolica» e che la propria patria è sol-

¹ P. RICŒUR, *Ermeneutica delle migrazioni. Saggi, discorsi, contributi*, Milano, 2013, trad. it. a cura di R. Boccali, p. 7.

² RICŒUR, *op. cit.*, p. 34.

tanto una tra le tante possibili. Nel prosieguo dell'itinerario l'io è portato a compiere un'altra fondamentale scoperta: la diversità linguistica. Non esiste, infatti, una lingua universale e, anche sotto questo punto di vista, la lingua materna risulta una tra le altre. Grazie al processo di traduzione l'io compie quello che viene chiamato il «miracolo dell'ospitalità linguistica»: tradurre la lingua altrui significa abitarla, accoglierla presso di sé senza tuttavia renderla identica alla propria, poiché, per Ricœur, se è fondamentale l'accoglienza dell'altro, è altrettanto essenziale la salvaguardia della pluralità umana, dato di fatto invalicabile. Si giunge così a uno stadio più avanzato della riflessione sull'estraneità che accomuna tutti gli uomini. Nel binomio «membro della nazione - straniero» quest'ultimo cessa di essere un termine indefinito e viene risvegliata la memoria di essere stati a propria volta stranieri. Si è quindi finalmente in grado di ospitare e di amare il prossimo come se stessi.

Altro aspetto interessante trattato nella riflessione di Ricœur è la caratterizzazione della figura dello straniero. Egli, secondo un climax ascendente di tragicità, distingue tre status: il visitatore, il migrante e il rifugiato. Il visitatore è colui che incarna la figura del turista che circola liberamente sul territorio di accoglienza, il quale senza divenire cittadino può godere delle libertà economiche e condividere i beni sociali basilari. La condizione dell'immigrato, invece, è identificabile con quella del lavoratore straniero, detto anche *guest-worker* (su cui *infra* par. 2). Proprio l'attività lavorativa è ciò che lo contraddistingue, egli gode di diritti civili e sociali ma non del diritto di voto e viene quindi governato senza il proprio consenso. Infine, il terzo status è quello del rifugiato³, il quale richiede il diritto di protezione da parte dei paesi di accoglienza. Sul piano giuridico la condizione dello straniero è regolamentata dall'art. 10 della Costituzione. Alla luce della lettura congiunta di quest'ultimo articolo con l'art. 2 Cost. e del processo di internazionalizzazione dei diritti umani si evince che la titolarità dei diritti fondamentali si riconosce in capo ad ogni uomo in quanto essere

³ Secondo lo statuto dei rifugiati adottato dalla Convenzione di Ginevra del 1951, il termine si riferisce ad ogni individuo che «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra».

umano, prescindendo dallo *status civitatis*. Ciò è quanto è stato affermato da parte della Corte Costituzionale nella sent. 105/2001⁴.

Tuttavia tale affermazione di principio sembrerebbe essere smentita nel momento in cui si considerano problematiche concrete quali l'espulsione automatica dello straniero che abbia commesso reati – in materia di stupefacenti e contraffazione – ostativi alla permanenza nel territorio dello Stato. Tale meccanismo pone diverse problematiche. Infatti, in base a quanto viene stabilito dal TUI agli articoli 4 e 5, la pericolosità del reo straniero è presunta, contrariamente a quanto stabilisce il principio generale dell'accertamento in concreto, e inoltre si stabilisce *ex ante* il primato delle ragioni di ordine pubblico rispetto alle ragioni (completamente ignorate) di tutela del diritto di soggiorno. Con la sent. 202/2013⁵ la Corte Costituzionale ha compiuto, soltanto in parte, alcuni passi in avanti, giacché ha limitato l'ambito di applicazione dell'automatismo espulsivo, tenendo in considerazione il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare. Tuttavia l'orientamento della Corte Costituzionale progredisce soltanto parzialmente, in quanto non sembra affatto tener conto della posizione della Corte di Strasburgo, la quale volge il suo interesse nel superamento della tradizionale interpretazione 'familistica' dell'art. 8 CEDU. Ad oggi, quindi, vengono attentamente valutati anche elementi quali ad esempio la durata del soggiorno nel paese di accoglienza e la solidità dei legami sociali e culturali in esso instaurati, cosicché la Corte di Strasburgo è giunta a riconoscere al diritto di soggiorno dello straniero la valenza di diritto fondamentale. Ha ragione Mario Savino, allora, quando qualifica l'automatismo espulsivo introdotto dalla legge n. 189/2002 come un «automatismo cieco, indifferente alle

⁴ Nella sentenza si fa riferimento in modo particolare all'art. 13 della Cost. e si precisa che: «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

⁵ Con la sent. 202/2013 si è stabilito che «l'allontanamento del reo extracomunitario, ove questo viva con la famiglia, può essere disposto solo dopo una valutazione discrezionale dell'amministrazione, in seguito ad un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra l'interesse pubblico alla prevenzione dei reati e l'interesse dello straniero al rispetto della sua vita familiare». Quest'ultimo diritto viene garantito dall'art. 8 CEDU.

circostanze del caso concreto e in virtuale contrasto con il menzionato principio dell'«equo bilanciamento»⁶.

L'orientamento assunto dalla Corte di Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 8 CEDU richiede che gli Stati riconoscano la «dignità umana del migrante», a cui conseguirebbe il ripensamento del diritto di soggiorno «non più come appannaggio esclusivo del cittadino, bensì come attributo fondamentale della persona»⁷. A conclusione di tale riflessione, si potrebbe concordare con François Crépeau il quale sostiene criticamente che «il più delle volte [...] si tratta di proteggere gli Stati dai flussi di rifugiati piuttosto che proteggere questi ultimi dalle cause del loro esilio»⁸. Tuttavia se si aderisse completamente a tale visione, si potrebbe incorrere nel rischio di smarrire il messaggio di speranza insito nell'insegnamento di Ricœur. Egli insiste sul valore emblematico del «miracolo della traduzione», attraverso la quale è possibile abitare la lingua altrui, compiere uno scambio tra le diverse culture. Ciò riveste anche una funzione etica: la traduzione è infatti indice della pluralità umana, non è possibile pensare a culture che siano completamente «pure e intangibili all'estraneità». Dunque abbracciare una prospettiva di interculturalità potrebbe essere l'approccio migliore per instaurare una relazione solidale con l'altro, lo straniero, colui che viene avvertito come una minaccia. Attraverso l'attività di traduzione e di narrazione interculturale è possibile, inoltre, come scrive Mario Ricca, «gettare un ponte» che certamente facilita gli «auspicati processi di integrazione democratica dei migranti e delle loro differenze etniche o religiose»⁹. La via dell'interculturalità fornisce una chiave di lettura inedita la quale «si prospetta come l'esito di un percorso bilaterale di transazione di senso. I suoi ingredienti operativi possono essere i più vari, e gli stessi schemi di giudizio delle singole parti possono persistere, essere riutilizzati oppure andare incontro a profonde modalità di trasformazione, a utilizzazioni e connessioni di significato inedito»¹⁰. Al riguardo, infine, è interessante riportare quanto sostiene il professor Pinelli:

⁶ M. SAVINO, *L'espulsione dal territorio dello Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 31.

⁷ SAVINO, *op. cit.*

⁸ F. CRÉPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, 1995, p. 313.

⁹ M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, 2013, p. 396.

¹⁰ RICCA, *op. cit.*, p. 409.

«la percezione di una diversità culturale può ancora attivare un movimento autoriflessivo e di rispetto per l'altro»¹¹. Dunque attraverso la pratica della traduzione è possibile innescare un processo di trasformazione sia della cultura di provenienza, che di quella di arrivo, tra le quali si instaura una relazione di «equivalenza senza identità»¹². Proprio quest'ultima formula, secondo Ricœur, esprimerebbe «la giustizia che contraddistingue la traduzione»¹³. Essa aspira a realizzare una forma di corrispondenza di senso tra i testi linguistici, e quindi tra culture differenti. Il senso ultimo di tale riflessione riecheggia certamente nelle parole di Marco Goldoni: «la traduzione esprime l'idea di una soggettività intesa come combinazione dell'identità e dell'alterità, nella quale l'ospitalità non converte l'estraneo nel proprio, ma lo pone a giusta distanza, senza per questo incorrere nell'ostilità»¹⁴. La ricerca di questa «giusta distanza» rappresenta, allora, l'odierna sfida del dialogo interculturale.

2. *Riconoscimento dell'identità individuale attraverso lingua e cittadinanza*

Oltre all'analisi socio-economica delle 'società di immigrazione', è interessante soffermarsi su come queste si formino e come all'interno di esse, convivendo molteplici influenze culturali, l'identità di ciascuno possa essere riconosciuta a diversi livelli.

Lo vediamo attraverso le vicende della protagonista-narratrice de «Il ponte del corno d'oro» di Ermine Sevgi Özdamar¹⁵, una giovane ragazza turca di Istanbul che sogna di fare l'attrice: sa che in Germania c'è richiesta di lavoratori stranieri, e decide di partire per un anno per potersi poi permettere la scuola di recitazione. Viene immediatamente assunta in una fabbrica. Infatti negli anni '50-'70 il boom economico nella Repubblica Federale tedesca ha portato a una grande richiesta di manodopera non qualificata e, attraverso accordi bilaterali di reclutamento, nasce il fenomeno dei

¹¹ C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in atti del Convegno dell'Università di Cassino su «I diritti fondamentali nella società multiculturale: verso un nuovo modo di intendere la Costituzione?», 2009, p. 8.

¹² M. GOLDONI, *Giustizia come distanza ed etica della traduzione. Aspetti della filosofia politica e giuridica di Paul Ricœur*, in *Articoli e saggi*, 2006, p. 6.

¹³ GOLDONI, *op. cit.*, *passim*.

¹⁴ GOLDONI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ E. S. ÖZDAMAR, *Il ponte del corno d'oro*, Firenze, 2010.

'lavoratori ospiti', i *Gastarbeiter*, che ebbero un ruolo importantissimo nella trasformazione della società tedesca. La stessa immediatezza si legge anche nel racconto «Occhi neri in Germania»¹⁶: a un contadino turco che vuole far fortuna in Germania basta una visita medica per ottenere il visto di lavoro.

Oggi non è più così. Come previsto dalla direttiva sui soggiornanti di lungo periodo, infatti, possono essere applicate da ciascuno Stato membro 'condizioni di integrazione' per riconoscere a uno straniero-cittadino di un Paese terzo il diritto di soggiornarvi¹⁷. Si è avuta la tendenza a introdurre test di base sulla lingua e cultura del Paese dove si intende risiedere, inizialmente per conseguire la cittadinanza e poi anche per poter esercitare il diritto di ingresso e soggiorno. Questo anche quando si tratta di ricongiungimento familiare verso una persona che già è regolarmente residente¹⁸. Ma si può considerare il superamento del test una condizione inderogabile? No, se si tiene conto delle condizioni individuali senza automatismi, come emerge dalla recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁹.

La legislazione interna dei Paesi Bassi, parte in causa, prevede una clausola di equità che permette l'accoglimento della richiesta nonostante il mancato superamento del test di integrazione, qualora sussistano particolarissime circostanze individuali. Questo non è però sufficiente per garantire l'esercizio effettivo del diritto al ricongiungimento, che la direttiva è volta a favorire, stante che tale misura di integrazione è comunque da ritenersi legittima in quanto favorisce concretamente una maggiore integrazione nel paese 'ospite'. Si riprende così la narrazione della Özdamar: nel «Manuale per lavoratori che vanno a lavorare all'estero», curato dall'agenzia di collocamento turca e letto dal contadino protagonista di «Occhi neri in Germania» si trovano queste indicazioni: «Caro fratello lavoratore! I gabinetti in Europa sono diversi dai nostri: sono come una sedia. [...] In Europa non si porta il velo, se una donna turca porta il velo, Europa non amare lei». Chissà se sarebbero state considerate conoscenze sufficienti?

¹⁶ E. S. ÖZDAMAR, *Karagöz in Alamania. Occhi neri in Germania*, in *La lingua di mia madre*, Bari, 2007.

¹⁷ Art. 5 par. 2, direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

¹⁸ Art. 7 par. 2, direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2002, relativa al ricongiungimento familiare.

¹⁹ CGUE, C-153/14, *Minister van Buitenlandse Zaken c. K e A*, sent. del 25 marzo 2016.

Con un'altra sentenza della Corte di Giustizia si sottolinea inoltre come per i cittadini turchi (per i quali le modalità per esercitare libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi negli Stati membri non devono aggravarsi rispetto al momento in cui è stato siglato l'Accordo di associazione tra Turchia e CEE²⁰) la dimostrazione di conoscenze linguistiche e culturali di base non sia necessaria per il ricongiungimento familiare.

Infatti è nei confronti dello straniero regolarmente residente che questa condizione costituisce un aggravio: *«Il ricongiungimento familiare costituisce uno strumento indispensabile per permettere la vita in famiglia dei lavoratori negli Stati membri, e contribuisce sia a migliorare la qualità del loro soggiorno sia alla loro integrazione in tali Stati»*²¹.

La libertà di stabilimento è effettiva se lo straniero viene riconosciuto in tutti gli aspetti della sua esistenza, compresa la possibilità di realizzarsi in una normale vita familiare.

Dunque negli anni in cui sono ambientate queste narrazioni non era necessario conoscere la lingua tedesca. Ma le conoscenze della lingua sono comunque rilevanti: attraverso essa si attuano le possibilità di migliorare le proprie condizioni, di inseguire le proprie aspirazioni, di essere riconosciuti, ascoltati, di interagire nella società senza esserne solamente 'assorbiti'.

La protagonista del romanzo, tornata ad Istanbul, si ritrova ormai in una realtà che le sta stretta e parte di nuovo, questa volta con l'intento prioritario di imparare il tedesco: fa progressi e diventa l'interprete e la mediatrice della fabbrica dove lavora.

Questo ruolo di mediazione si svolge anche con se stessa, nell'ambito delle proprie influenze culturali: la lingua è anche uno strumento che permette di riconoscersi in una nuova e più complessa identità. Nasce l'esigenza di non perdere le proprie radici: lo si vede bene nel racconto? La lingua di mia madre?²², in cui la Özdamar sottolinea come le parole dette, ascoltate, sviscerate, facciano parte della propria personalità: con le affinità e differenze tra le due lingue in cui si svolge la sua vita, si esprime la sua ricerca di identità. *«Ricordo le frasi di mia madre solo come in una lingua straniera che avevo imparato bene. [...] Se solo sapessi quando ho perso la mia lingua madre»*.

²⁰ Art. 41 paragrafo 1 del relativo protocollo addizionale.

²¹ CGUE, C-138/13, *Naima Dogan c. Bundesrepublik Deutschland*, sent. del 10 luglio 2014, punto 34.

²² E. S. ÖZDAMAR, *La lingua di mia madre*, Bari, 2007.

Questa identità arricchita, non più divisa, delle persone emigrate si ritrova riconosciuta dal punto di vista legale nella possibilità della doppia o plurima cittadinanza. In Germania i lavoratori ospiti, decidendo di stabilirvisi, come ha fatto infine la protagonista del romanzo, hanno incrementato molto la popolazione tedesca: si è posta per loro e per i loro discendenti la questione dell'estensione della cittadinanza come efficace strumento di integrazione. Il dibattito pubblico al riguardo ha avuto sviluppi importanti nel 1990²³ e con l'introduzione della cittadinanza dell'Unione Europea, per cui la Legge Fondamentale viene modificata. Rimanevano però problematiche legate ai gruppi di immigrati non europei, tra l'altro numericamente maggiori. Finalmente nel 2000 entra in vigore la nuova legge sulla cittadinanza, basata su una facilitazione delle naturalizzazioni, che diventano un vero e proprio diritto soggettivo in capo a chi risponde ai requisiti. Si introduce un elemento di *ius-soli* e viene accettata sempre più la doppia o multipla cittadinanza.

Il costituzionalista tedesco Erhard Denninger delinea le tre principali concezioni su cui si è basato il dibattito tedesco: *Leitkultur* (cultura guida), patriottismo costituzionale, e multiculturalismo²⁴. L'idea di una matrice culturale propriamente 'tedesca' e irrinunciabile, incontaminabile, cozza solo apparentemente con la constatazione di una realtà multiculturale e pluralista, conciliandosi in una serie di diritti fondamentali considerati intangibili, una sorta di nucleo, di patrimonio civico di appartenenza comune a cui tutti possono far riferimento.

È in quest'ottica aperta, pacifica e democratica che dovrebbero essere risolte le potenziali situazioni di conflitto, con l'obiettivo di permettere lo sviluppo armonioso della propria personalità, mantenendo anche formalmente le radici identitarie dei Paesi d'origine ma favorendo l'interazione sempre maggiore con la cultura di 'arrivo', in un processo senz'altro personale, ma mediato e favorito dalla sfera legale. «Il ponte del corno d'oro» simboleggia bene

²³ Con la sentenza del *BVerfG* del 31.10.1990 si afferma che al solo popolo tedesco (e cioè il complesso dei cittadini) spetta eleggere democraticamente gli organi statali ed esercitare così la sovranità. Ma per i molti stranieri, nati in Germania o residenti da molti anni, comunque sottoposti alle leggi e alle imposte tedesche, si pone un problema di legittimazione democratica, risolvibile solo se a livello legislativo si facilita che essi diventino cittadini.

²⁴ E. DENNINGER., *Cosa significa integrazione? Gli immigrati nell'esperienza tedesca*, in *Diritto pubblico*, 2/2014, pp. 375 e ss.

la condizione di passaggio consapevole della protagonista, di legame con entrambe le sponde, le influenze. Probabilmente proprio nel riconoscimento legale e nella possibilità di formazione ed espansione di quella che si riconosce innanzitutto come identità personale si declina, concretizzandosi, uno stato di immigrazione, dove i ponti sono sempre più solidi e sempre più aperti.

3. *Multiculturalismo e lotte per il riconoscimento*

Amara Lakhous, scrittore di origine algerina, nel suo «Scontro di civiltà per un ascensore a piazza Vittorio» ci concede una divertente analisi sul tema del riconoscimento, dell'identità ed in generale sull'immigrazione. Attraverso il suo racconto ironico e realistico, si possono toccare con mano le diverse angolature del multiculturalismo attuale, e individuare le immediate coordinate per orientarsi nell'articolato dedalo di relazioni e problematiche che le società contemporanee vivono.

A partire dall'omicidio di un losco personaggio soprannominato 'il Gladiatore', si snoda un'indagine che consente di penetrare nell'universo multietnico di piazza Vittorio, in particolare in un suo palazzo e nello specifico nel suo ascensore, oggetto di diatribe condominiali proprie di una commedia all'italiana, ma anche fonte di introspezione per ciascuno degli inquilini, rimandando al lettore l'esatta percezione dell'individuale identità di ognuno di essi.

Di identità e del concetto che oggi ha assunto, in termini di *politiche del e lotte per il riconoscimento*, si trova menzione nel dibattito politico contemporaneo e nelle analisi di due illustri intellettuali: C. Taylor e J. Habermas.

La tesi sostenuta da Taylor è che la nostra identità sia plasmata, almeno in parte, dal *riconoscimento* o *misconoscimento* o *disconoscimento* da parte di altre persone. Un individuo o un gruppo può subire un danno reale e avere una reale distorsione della propria identità, se le persone o la società che lo circondano gli restituiscono un'immagine di sé che lo limita, lo sminuisce oppure lo umilia. «Il riconoscimento adeguato non è soltanto una cortesia che dobbiamo ai nostri simili: è un bisogno umano vitale»²⁵.

Dell'originalità di ogni individuo e della formazione dell'identità nella relazione con gli altri, se ne ritrovano diversi esempi nel

²⁵ J. HABERMAS - C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. a cura di L. Ceppa e G. Rigamonti, Milano, 2010, p. 10.

testo citato di Amara Lakhous. Uno dei meriti dell'autore è proprio quello di aver riportato a chiare lettere la richiesta di riconoscimento degli inquilini, (tutti o quasi, immigrati in Italia) e la loro spasmodica ricerca di accettazione della propria identità dagli altri. Ciò è evidente nel seguente passaggio: *«la portiera napoletana è razzista, perché non mi lascia usare l'ascensore e mi odia senza motivo, anzi per offendermi mi chiama O'Pachistano! Le ho detto più volte: io sono bengalese e non ho niente a che fare con il Pakistan, anzi»*²⁶.

Il breve passo citato può inoltre costituire l'occasione per riflettere sulla relazione tra individuo e gruppi sociali nelle società multiculturali, permettendoci di analizzare alcune delle principali teorie di politica contemporanea.

Secondo un modello di liberalismo, che rispecchia maggiormente l'inclinazione comunitaria di Taylor, la società si organizza intorno ad una definizione della 'vita buona', ad una scelta di cosa tutelare ed in che modo senza sminuire coloro che non condividono la stessa visione oppure opterebbero per scelte diverse²⁷.

Al contrario un secondo modello, più propriamente definibile liberale, sostiene che i diritti individuali vengano sempre per primi e che debbano (accompagnati da misure contro la discriminazione) avere la precedenza sui fini collettivi²⁸.

L'interpretazione liberale dunque fonda la politica sull'universalismo delle norme giuridiche e rimane neutrale rispetto alle varie

²⁶ A. LAKHOUS, *Scontro di civiltà per un ascensore a piazza Vittorio*, Roma, 2006, p. 45.

²⁷ Taylor richiama il caso del Québec che ha infatti imposto ai suoi residenti, in nome della 'sovranità collettiva', delle restrizioni che in altre comunità canadesi potrebbero essere dichiarate illegittime in nome della Carta dei diritti canadese adottata nel 1982. Una proposta di emendamento proponeva di riconoscere il Québec come 'società distinta' e mirava a fare di questo riconoscimento una base dell'interpretazione giudiziaria del resto della costituzione, compresa la Carta; sembrava aprirsi la possibilità di interpretazioni costituzionali diverse, in parti diverse del paese. Per diversi abitanti del 'Canada inglese' una società politica, facendo propri certi scopi collettivi, rischia di andare contro gli articoli fondamentali della Carta. Uno scopo collettivo può imporre ai comportamenti individuali delle limitazioni che violano i diritti della persona, e per molti canadesi non francofoni tale paventata eventualità si è già materializzata con le leggi linguistiche.

²⁸ Alla base di questa visione del liberalismo, che ha le sue radici nel pensiero di Immanuel Kant, ci sono assunzioni filosofiche profonde, per la quale la dignità umana consiste nell'autonomia, cioè nella capacità di ogni persona di farsi da sé un'idea della 'vita buona'. Una società liberale deve rimanere neutrale riguardo alla vita buona, e limitarsi a garantire che i cittadini, quali che siano le loro opinioni, si trattino equamente l'uno con l'altro, e che lo Stato tratti tutti allo stesso modo.

concezioni etiche 'private', a prescindere dalla diversità culturale. Per i comunitaristi come Taylor invece, la politica si fonda sulla differenza dei valori etici. Nel modello liberale perciò esistono soltanto diritti giuridici, in quello tayloriano esistono anche diritti culturali collettivi da far valere in sede politica²⁹.

Altra teoria di politica contemporanea degna di nota è quella elaborata da Habermas, la quale può essere letta come una sorta di mediazione tra le due precedenti. Secondo il maestro di Francoforte da una parte i valori culturali hanno diritto al riconoscimento politico, in quanto costitutivi delle identità collettive, dall'altra non esistono «diritti collettivi», in quanto la valorizzazione delle diversità socio-culturali va sempre riferita ad una prassi fondata su criteri costituzionali.

Secondo Habermas nelle società democratiche è essenziale uno stretto legame tra diritto e democrazia, e dunque il sistema di diritti prescelto non può essere né cieco verso le condizioni sociali diseguali (critica al modello liberale) né verso le differenze culturali (critica diretta al modello tayloriano).

La convivenza giuridicamente equiparata dei diversi gruppi etnici, e delle loro forme di vita culturali, non ha bisogno di essere tutelata da diritti collettivi, in quanto la tutela di tradizioni e di forme di vita costitutive dell'identità deve servire unicamente al riconoscimento dei loro membri in quanto individui. Non può aver il senso di una tutela biologica della specie compiuta per via amministrativa: la conservazione delle specie non può essere riprodotta sul piano culturale. Le tradizioni culturali, e le forme di vita in esse articolate, sopravvivono per il fatto di convincere tutti coloro che ne sono coinvolti ed influenzati, ad assimilarle e a svilupparle in una maniera produttiva. «Lo stato di diritto può soltanto rendere possibile questa operazione ma non può imporne una 'sopravvivenza garantita'»³⁰.

Nelle società multiculturali la convivenza giuridicamente equiparata delle diverse culture ha il significato di garantire ad ogni cittadino la possibilità di vivere senza subire umiliazioni seguendo la propria cultura, di allevare in essa i propri figli, e di confrontarsi con qualsiasi altra cultura, sviluppando o trasformando

²⁹ Taylor afferma che una società con fini collettivi può essere liberale purché sappia rispettare la diversità, soprattutto quando ha a che fare con persone che non condividono i suoi fini comuni, e sappia salvaguardare in modo adeguato i diritti fondamentali.

³⁰ HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., p. 89.

perciò la propria in un rapporto di scambio in continua evoluzione.

L'integrazione innesca un sentimento di lealismo dei cittadini nei confronti della comune cultura politica, cultura che s'inserisce all'interno di un dato sistema costituzionale, la cui interpretazione differisce da nazione a nazione, e che è frutto della specifica esperienza storica, dunque mai eticamente neutrale, di ciascuna di esse³¹.

Secondo Habermas il sistema dei diritti costituzionali forma il punto di riferimento per qualsiasi patriottismo costituzionale, a patto che principi e diritti vengano a legarsi stabilmente ai motivi e alle intenzioni dei cittadini. Privi di questo ancoraggio motivazionale, non potrebbero diventare forza trainante per l'esistenza di un'associazione di liberi e uguali.

Le riflessioni di Habermas hanno dunque diretta rilevanza rispetto ai temi del riconoscimento e dell'identità nelle società di immigrazione, e lo stesso autore ci ricorda che una nazione può tener in vita i propri istituti di libertà solo nella misura in cui riesce a produrre un certo grado di «lealismo» – per dirla con Habermas – nei confronti del proprio Stato³².

Il contenuto etico del patriottismo costituzionale non deve però compromettere la neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità, anzi deve aumentare il senso della pluralità e integrità delle varie forme di vita coesistenti nella società multiculturale³³.

Questa autocomprensione etico-politica della nazione è ciò che viene messo in questione dal fenomeno dell'immigrazione, in quanto l'arrivo dei migranti modifica la composizione sociale della popolazione anche sotto l'aspetto etico-culturale.

Per Habermas lo stato democratico di diritto può legittimamente pretendere dai migranti solo una socializzazione politica che punti ad un'approvazione dei principi etico-costituzionali nella comprensione della cultura politica del paese ospitante. La que-

³¹ HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., p. 94 e 95.

³² HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., p. 97.

³³ HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., p. 98 «Quindi la neutralità del diritto deriva dal fatto che l'insieme dei cittadini non può essere integrato da un consenso sostanziale sui valori, ma solo da un consenso sulle procedure relative ad una legittima produzione giuridica ed un legittimo esercizio del potere. L'universalismo dei principi giuridici si riflette così in un *consenso procedurale* che attraverso il *patriottismo costituzionale*, deve pur sempre inserirsi nel contesto di una cultura storicamente determinata».

stione di un ipotetico diritto all'integrazione, si presenta soprattutto nella situazione odierna, «quando il desiderio di emigrare è manifestamente più grande della disponibilità ad accogliere»³⁴.

Allo stesso modo Azzariti individua in quei principi e valori costituzionali, che Habermas ritiene legittimanti la convivenza multiculturale, la base dell'ordinamento costituzionale.

*«Ormai è il diritto dei migranti a definire l'idea stessa di comunità e le regole della convivenza, del vivere civile. In una parola, dal diritto dei migranti si possono individuare le basi costituzionali su cui si regge un ordinamento»*³⁵.

Per concludere riporterei un ulteriore passo del romanzo di Amara Lakhous, che consente di assumere il punto di vista di coloro che in continenti stranieri cercano fortuna, o meglio, una vita degna di essere vissuta, ma che spesso si vedono negata tale possibilità. Nel passo è raccontata la vicenda di un giovane immigrato, Parviz, al quale è stata rifiutata la richiesta di riconoscimento come rifugiato politico.

*«La tua richiesta è stata rifiutata, non ti rimane che fare ricorso. [...] Mi aveva fatto così male che la mia richiesta fosse stata rifiutata, perché io non sono bugiardo. Sono fuggito da Shiraz perché minacciato, se torno in Iran troverò la corda ad aspettarmi! Non mi è mai passato per la mente di lasciare l'Iran! Io sono un rifugiato, non un immigrato! [...] Sono tornato subito al centro di accoglienza dove abitavo, ho preso ago e filo e ho realizzato la mia idea. Ricordo ancora le grida dell'assistente sociale: Dio mio, Parviz si è cucito la bocca. Non pensavo di trovare Parviz in quello stato. Quando l'ho visto con la bocca cucita ho sentito un terribile terremoto in ogni parte del corpo. Da dove viene tanta tristezza? Cos'è il silenzio?»*³⁶.

³⁴ HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., 102.

³⁵ G. AZZARITI, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*.

³⁶ LAKHOUS, *Scontro di civiltà*, cit., p. 21.

STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE,
COMPARATO E STRANIERO

ELENA BERTO - MICHELA CALABRESE*

I WORLD BANK E INSPECTION PANEL

This paper focuses on the World Bank Inspection Panel and on its activities. It also analyses the ambiguous legal nature of this body within the global governance debate.

SOMMARIO: 1. La Banca Mondiale nell'ambito dello spazio giuridico globale. – 2. Il World Bank Inspection Panel. – 2.1. Origini, mandato, struttura e funzioni. – 2.2. L'ambigua natura giuridica. – 2.3. Un tribunale globale? – 3. Chi governa il mondo?

1. *La Banca Mondiale nell'ambito dello spazio giuridico globale*

La Banca Mondiale è una delle più importanti istituzioni internazionali che operano nello spazio giuridico globale. Questo è stato spesso descritto come un sistema di *governance* multilivello: al primo livello vi è lo Stato e al secondo la *governance* globale; il primo livello si occupa dell'«alta» politica, il secondo di quella «bassa»¹. La realtà, però, è molto più complessa. I soggetti dello spazio giuridico globale non sono solo gli Stati, ma anche le amministrazioni globali, rappresentate sia dalle tradizionali organizzazioni internazionali, sia da numerose altre figure organizzative: si pensi ai *network* intergovernativi (ad esempio il Comitato di Basilea sulla vigilanza bancaria), alle organizzazioni ibride pubblico-private (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* è un noto caso),

* Studentesse del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Lorenzo Casini. Il lavoro è frutto di una riflessione comune. In particolare Michela Calabrese ha scritto i paragrafi 1 e 3, Elena Berto i paragrafi 2; 2.1; 2.2; 2.3.

¹ In argomento S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, pp. 27 e ss.

ai regolatori globali di natura esclusivamente privatistica (la Camera di Commercio Internazionale), oltre che alle molte organizzazioni non governative e alle diverse comunità ‘epistemiche’.

L’idea di un sistema multilivello è quindi ormai messa in discussione: l’arena globale è una realtà ben più eterogenea, nella quale non è possibile rinvenire una sola struttura ‘nucleo’ come lo stato, ma una moltitudine di altri soggetti. Tale complesso sistema è stato da alcuni definito ‘neo-medievale’², proprio perché dalla metà del ventesimo secolo in poi, affianco degli stati sono apparsi, in numero esponenziale, altri soggetti, come le imprese multinazionali o le organizzazioni internazionali governative e non governative, che hanno progressivamente messo in discussione il predominio degli Stati. La Banca Mondiale opera in questo contesto, anche se si tratta di una istituzione risalente nel tempo. Nel 1944, infatti, presso la città di Bretton Woods³, in New Hampshire (USA), una conferenza diede vita a due istituzioni: la Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo⁴ e il Fondo Monetario Internazionale.

Per quanto riguarda la Banca per la Ricostruzione e lo Sviluppo (IBRID), il mandato originario⁵ era quello di finanziare gli

² In riferimento al sistema giuridico neo-medievale, può essere messo in luce come fino a quando non fu emanato il *Code Civil Napoleon* con la legge 30 ventoso anno dodicesimo, numero 3677 [21 marzo 1804], vigesse un sistema di fonti giuridiche ispirate alla dimensione del particolarismo giuridico tra le quali lo *ius commune*, applicabile a tutti i sudditi dell’impero universale, al quale bisognava rivolgersi in presenza di lacune degli *iura propria* che invece individuavano il complesso dei diritti che non erano riferibili a tutti, ma solo ad alcuni gruppi, identificati o su base locale, e quindi territoriale, o su base personale, e quindi soggettiva; ulteriori parallelismi tra *ius commune* e *global administrative law* possono essere rinvenuti nei seguenti testi: U. PETRONIO, *Lotta per la codificazione*, Torino, 2002, pp. 107 e ss.; E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2011, pp. 398 e ss.; G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Roma, 1984, pp. 713 e ss.

Riguardo alla tematica trattata, si segnala J.L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Parigi, 2009. Opera nella quale viene tracciata la storia della globalizzazione giuridica dal diritto romano al costituzionalismo e alla codificazione.

³ Per maggiori chiarimenti sulla contestualizzazione storica e socio-economica della Conferenza di Bretton Woods, cfr. B. STEIL, *La Battaglia di Bretton Woods*, Edizione Italiana a cura di Ada Becchi, Roma, 2015, p. 4-9.

⁴ È bene precisare che quando si parla di Gruppo Banca Mondiale si fa riferimento ad un organismo internazionale composto da cinque istituzioni: IBRD (*the International bank for reconstruction and development*), IDA (*the International development association*), IFC (*the international finance corporation*), MIGA (*the multilateral investment guarantee agency*), ICSID (*the international centre for settlement of investment disputes*). Per ulteriori approfondimenti si rimanda alla consultazione di *Osservatorio di politica internazionale*, a cura di G. MARCIANTE e L. TAJOLI, dell’istituto per gli studi di politica internazionale.

⁵ In argomento si consulti il sito www.worldbank.org.

investimenti che potessero sostenere la ricostruzione dei paesi maggiormente danneggiati dalla guerra; dalla metà degli anni '50 gli obiettivi iniziarono a toccare ambiti sempre più variegati tra i quali: la povertà nel mondo, l'aiuto nelle transazioni economiche nei paesi colpiti da guerre, la promozione di progetti di sviluppo economico e l'incentivo dello sviluppo sostenibile.

La Banca Mondiale opera mediante la raccolta di fondi su mercati obbligazionari a tassi di interesse più bassi rispetto alla norma. Tra le varie categorie di investimenti concessi dalla Banca⁶, quella più in linea con i principi fondatori dell'istituzione è quella concessa dall'*International Development Association* (IDA) ai paesi meno sviluppati, che solitamente godono di condizioni di restituzione particolarmente vantaggiose.

L'attività finanziaria della BIRS e dell'IDA è soggetta al controllo dell'*Inspection Panel* (I.P.), organismo indipendente e privo di poteri giurisdizionali che ha il compito di attivare indagini riguardanti le presunte violazioni delle politiche e procedure interne alla Banca nell'esecuzione dei suoi progetti finanziari⁷. L'analisi delle origini, della struttura e delle funzioni dell'*Inspection Panel* consente di evidenziare molti dei principali tratti che caratterizzano oggi le istituzioni internazionali. Appare quindi utile soffermarsi su questi aspetti, in particolare sulla natura giuridica di tale organismo, così da poter svolgere alcune riflessioni più generali sulla *global governance* e sullo spazio giuridico globale.

2. *The World Bank Inspection Panel*

2.1. *Origini, mandato, struttura e funzioni*

L'I.P. della W.B. è il primo organismo con funzioni permanenti che promuove la responsabilità di un istituto finanziario internazionale. L'oggetto del suo mandato⁸ riguarda la verifica della

⁶ Sul tema, B. KINGSBURY - L. CASINI, *Global Administrative Law Dimensions of International Organization Law*, in *Symposium on Global Administrative Law in the Operations of International Organisations*, 2009.

⁷ In merito all'argomento si consulti: *Associazione Nazionale Enciclopedia della Banca e della Borsa*. I reclami relativi ai progetti sostenuti da altre agenzie del gruppo della Banca, in particolare quelli sostenuti da IFC e MIGA, sono invece trattati dal *Compliance Advisor Ombudsman*.

⁸ D. HUNTER - L. UDALL, "The World Bank's New Inspection Panel: Will it Increase the bank's Accountability?", *Center for International Environmental Law*, aprile 1994, pubblicato su www.ciel.org, p. 4.

conformità delle attività della W.B., durante la realizzazione di un progetto, con le sue *policies*⁹, *procedures*, *operational directives*¹⁰.

Lo stesso è formato da tre membri ispettori provenienti ognuno da un diverso stato membro della banca; la struttura tripolare è conforme ad un sistema ormai classico degli organi di controllo internazionali poiché, essendo i componenti in numero dispari, si agevola la formazione delle maggioranze indispensabili per le deliberazioni, in modo tale da avere sempre maggioranze chiare e mai uguaglianze formali. Gli ispettori rimangono in carica per cinque anni¹¹ e sono nominati dai direttori esecutivi su proposta del presidente della Banca Mondiale. Risulta a loro preclusa la possibilità di esercitare altre attività professionali salvo un'autorizzazione da parte del Consiglio dei Governatori della W.B.

L'I.P. è presieduto dall'ispettore nominato per primo tra i tre membri, a cui risulta affidata la direzione dei servizi e la direzione delle udienze e le relative deliberazioni. In aggiunta ai tre ispettori è previsto il segretario esecutivo nominato dal presidente della banca previa consultazione del Consiglio dei Governatori. Il Segretario Esecutivo partecipa a tutte le riunioni del I.P. ma è privo del diritto di voto e svolge un importante compito di mediazione. Nello svolgimento delle loro funzioni, i membri del I.P. sono dipendenti della banca e godono dei privilegi e delle immunità riconosciute a tutti i funzionari dell'istituto.

L'I.P. deve valutare la ricevibilità¹² dei ricorsi in base a tre criteri di ammissibilità: il previo esaurimento dei ricorsi interni all'ordinamento giuridico nazionale, il nesso causale tra gli atti/omissioni della W.B. ed il pregiudizio materiale subito dai ricorrenti ed infine il criterio temporale in base al quale il ricorso non sarà esperibile dopo la scadenza del prestito o dopo la sua elargizione per più del 95% del totale.

Soggetto legittimato¹³ a richiedere l'intervento dell'I.P. tramite

⁹ Per ulteriori informazioni sulle Politiche Operative si veda: B. KINGSBURY, *Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous People*, in G.S. GOODWIN-GILL - S. TALMON, *The reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, 1999.

¹⁰ Cfr. www.worldbank.org; www.bankpedia.org.

¹¹ Cfr. J.A. FOX, *The World Bank Inspection Panel: Lessons from the First Five Years*, 6 *Global Governance* 279 (2000).

¹² Cfr. D. CLARK, *A Citizen's Guide to the World Bank Inspection Panel*, Center for International Environmental Law, 1999.

¹³ A tal riguardo si veda: D. CLARK, J. FOX, K. TREAKLE, *Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Lanham, 2003.

la procedura di inchiesta è la parte che si afferma lesa dalla realizzazione del progetto finanziato dalla W.B.

È necessario che il ricorso venga presentato da almeno due individui e mai da una singola persona. I ricorrenti¹⁴ debbono inoltre risiedere nell'area interessata dalla realizzazione del progetto finanziato dalla W.B. Sono infine ammessi a richiedere l'ispezione i rappresentanti delle associazioni locali e ONG.

La procedura d'inchiesta¹⁵ dell'I.P. può essere sintetizzata in quattro fasi: la richiesta d'ispezione, l'esame preliminare, l'inchiesta vera e propria e il rapporto finale. La richiesta d'ispezione deve essere presentata in forma scritta e deve contenere una serie di informazioni, riguardo a come le politiche e le procedure operative¹⁶ sarebbero state violate e la descrizione di come la parte richiedente sia stata lesa. Se il presidente ritiene che la questione esuli dal mandato dell'I.P., lo notificherà al richiedente. Il presidente del Panel ha il compito di notificare la richiesta di indagine ai direttori esecutivi e al presidente della banca. Entro ventuno giorni dalla notifica il *management* della banca dovrà fornire le prove che esso si è conformato alle politiche e procedure operative della banca nella realizzazione del progetto, oppure che intende conformarsi a tali politiche e procedure a partire da quel momento. Non oltre ventuno giorni dalla risposta del *management* il *Panel* dovrà effettuare un esame preliminare per verificare che esistono i presupposti per attivare una procedura d'inchiesta.

Il *Panel* deve accertare i seguenti elementi¹⁷: la legittimazione del richiedente (*ratione personae*), la pertinenza dell'oggetto del ricorso (*ratione materiae*) e il criterio temporale (*ratione temporis*). Dopo aver svolto tale investigazione il *Panel* dovrà raccomandare ai direttori esecutivi di avviare o meno l'inchiesta. Saranno dunque i direttori esecutivi riuniti in consiglio, a prendere la decisione che autorizza il *Panel* ad avviare una procedura d'inchiesta. Nell'arco della fase di inchiesta il *Panel* ha il potere di condurre le indagini

¹⁴ In merito si veda: L. UDALL, "The World Bank's Revised Information Policy and the New Inspection Panel: Public Accountability or Public Relations?", in J. CAVANAGH, D. WYSHAM, M. ARRUDA, *Beyond Bretton Woods*, Boulder Colorado, 1994.

¹⁵ Per ulteriori informazioni sulla procedura d'inchiesta dell'I.P. si veda il sito della *World Bank Inspection Panel*: www.inspectionpanel.org.

¹⁶ Per maggiori delucidazioni in merito alle politiche e procedure operative si veda la seguente fonte: G. ALFREDSSON, R. RING, "The Inspection Panel of the World Bank: A Different Complaints Procedure", Den Haag, 2001.

¹⁷ Si veda: I.F.I SHIHATA, *The World Bank's Inspection Panel: In Practice*, Oxford, 2000.

consultando i membri dello staff e se necessario il direttore generale e l'*Operational Evaluation Department* della W.B. Inoltre l'organo potrà avere accesso a tutti i documenti della W.B. Sarà possibile consultare anche il direttore esecutivo che rappresenta il beneficiario del prestito ed effettuare un'eventuale indagine sul territorio del paese all'interno del quale si sta realizzando il progetto, previo consenso dello Stato interessato.

Alla fine dell'inchiesta il Panel elabora un rapporto scritto che, sulla base dei risultati delle indagini, determina se la banca si sia conformata o meno alle proprie politiche o procedure. Tale rapporto finale è presentato ai direttori esecutivi e al presidente della banca.

Il potere di prendere qualunque decisione in relazione al risultato dell'inchiesta spetta ai direttori esecutivi che, entro due settimane da quando ricevono il rapporto, dovranno informare il richiedente dei risultati dell'inchiesta e dell'eventuale azione che si intende assumere relativamente al progetto in merito al quale era stata avviata la procedura d'ispezione¹⁸.

2.2. *L'Ambigua natura giuridica dell'Inspection Panel*

Come visto, l'Inspection Panel è caratterizzato da una quasi totale assenza di potere decisionale, in quanto sono i Direttori esecutivi che restano gli unici ad avere il potere di decidere se autorizzare una procedura d'inchiesta e se dare o meno seguito alle raccomandazioni del Panel. L'assenza di potere decisionale è dovuta alle modalità istitutive del Panel, lo stesso infatti è stato creato con un atto interno della W.B., nonché emanato formalmente e giuridicamente dagli organi amministrativi della stessa. L'eventuale creazione del Panel attraverso un emendamento dell'accordo istitutivo della W.B., ovvero attraverso un protocollo aggiuntivo, avrebbe senza dubbio conferito al Panel e alle sue funzioni una maggiore *auctoritas*. La scelta di creare il Panel tramite un mero atto interno, quindi subordinato all'attività decisionale degli organi amministrativi della W.B., ovvero attraverso un emendamento all'accordo internazionale capace di garantire indipendenza e autonomia allo stesso, è tematica che rispecchia l'attuale diatriba della dottrina internazionalistica rispetto alla natura giuridica del trattato istitutivo delle organizzazioni internazionali.

¹⁸ In merito alla efficacia delle misure dell'I.P. si consulti la seguente fonte: M. CIRCI, *The World Bank Inspection Panel: Is It Really Effective?*, in *Global Jurist*, 2006.

Parte della dottrina ritiene di poter equiparare la natura dei trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali a veri e propri accordi di natura pattizia, soggetti quindi al regime di modificabilità proprio dei negozi giuridici. Altra parte della dottrina, ritiene invece di dover intendere detta natura in maniera conforme a quella delle carte costituzionali degli ordinamenti giuridici nazionali, caratterizzate da una maggior rigidità nei processi emendativi¹⁹.

La qualificazione della natura dell'atto costitutivo delle organizzazioni internazionali non è questione meramente nominalistica ma comporta delle conseguenze sul piano pratico; gli stati risultano

¹⁹ Per quanto concerne la diatriba nella dottrina internazionalistica tra i sostenitori della tesi costituzionalista e i fautori della tesi contrattualistica è bene riportare le opinioni di vari studiosi di diritto internazionale. In favore della prima si schierano B. Conforti e C. Focarelli; tra i sostenitori della seconda tesi si segnala A. Davì. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2012, p. 10-13: "La carta delle Nazioni Unite, di cui è parte integrante lo statuto della Corte Internazionale Di Giustizia, è un trattato internazionale. In quanto dà vita ad un complesso di organi, e di organi destinati ad esercitare funzioni fondamentali nell'ambito della comunità internazionale, come quella del mantenimento della pace, essa viene di solito considerata anche sotto l'aspetto di costituzione. Secondo alcuni si tratterebbe addirittura della costituzione della comunità internazionale nel suo insieme. A ciò contribuirebbe il fatto che alcune sue norme prevedono la possibilità per l'organizzazione di agire nei confronti degli stati non membri, il che è ritenuto in contraddizione con il loro carattere meramente pattizio (*pacta tertiis necque nocet necque prosunt*). Ma il nucleo della tesi costituzionalistica risiede soprattutto nella rilevazione che la carta ha ricevuto nel corso del tempo un'interpretazione che via via si è allontanata considerevolmente da quanto stipulato in origine e sancisce i principi fondamentali dell'attuale comunità internazionale. Poiché i trattati internazionali in principio vanno interpretati alla luce delle circostanze esistenti al momento della loro stipulazione, così da rispettare la volontà delle parti, ed hanno un identico rango formale, ai fautori della tesi costituzionalistica sembra corretto e più realistico vedere nella carta uno strumento che, al contrario dei trattati ed in modo non dissimile dalle costituzioni nazionali, va interpretato piuttosto alla luce delle circostanze attuali e si pone al di sopra degli altri obblighi internazionali, pattizi e non. Naturalmente quando si parla della carta come di una costituzione, pur avendo in mente le costituzioni statali, non si intende estendere alla carta tutte le caratteristiche di queste ultime, che tra l'altro variano da stato a stato, bensì soltanto il fatto che la carta viene riconosciuta come strumento giuridico in qualche modo superiore e suscettibile di interpretazione evolutiva".

Della stessa opinione risulta essere il *parere della Corte Internazionale di Giustizia* che, nel 1949 (*Caso Bernardotte*), riconobbe la soggettività internazionale dell'ONU e fondò la stessa sull'accordo internazionale. La Corte ritenne che l'ONU fosse legittimata a reclamare i danni subiti dalla perdita di un suo funzionario rimasto ucciso durante il conflitto Arabo-Israeliano, proprio perché dotata di personalità giuridica internazionale. Tale posizione è al contrario messa in discussione da A. Davì, il quale ritiene che non sia possibile fondare la soggettività internazionale di una OI sull'accordo istitutivo della stessa, in quanto il contratto, *ex art.* 1372 c.c., ha validità ed efficacia solo tra le parti e non anche in capo a terzi. Secondo lo stesso l'OI per ottenere personalità giuridica internazionale deve affermarsi sul piano «dell'effettività di fatto».

essere al contempo mandanti e mandatari delle organizzazioni internazionali, infatti essi da un lato danno loro vita giuridicamente, dall'altro risultano essere vincolati dalle stesse nel loro operato.

In definitiva, le istituzioni globali sono sottoposte al controllo degli stati anche se le prime spesso monitorano i secondi²⁰.

La volontà di rendere il *Panel* un organo indipendente nello svolgimento delle proprie funzioni si scontra con il fatto che i suoi membri sono considerati, dal testo dell'accordo istitutivo, funzionari della banca. Essi sono perciò funzionari-dipendenti di quello stesso istituto (W.B.) nei confronti del quale eseguono le indagini attivate con la procedura d'inchiesta. Ciò comporta un'automatica riduzione di indipendenza e imparzialità dell'organo in questione.

Le controversie storiche alla base della nascita del *Panel* rispecchiano le controversie tra i paesi in via di sviluppo, che hanno da sempre manifestato il disaccordo nella creazione di un organo che potesse risultare un meccanismo di intrusione nello svolgimento dei propri progetti di sviluppo, e i paese industrializzati, quelli occidentali, oltre che la società civile e le ONG, che hanno sostenuto la necessità di provvedere alla creazione di un organo che garantisca imparzialità e indipendenza.

Gli atti del *Panel* non sono vincolanti²¹ e il mancato rispetto degli stessi da parte dei funzionari della banca non comporta sanzioni coercitive²²; il rapporto finale infatti può instaurare al massimo un meccanismo di pressione sul management e sul consiglio di amministrazione. Detti atti sono riconducibili alla più generale categoria delle norme di *soft-law*²³, le quali non prevedono l'appli-

²⁰ Come affermato da S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, p. 23.

²¹ Per quanto concerne l'efficacia vincolante delle norme, mentre negli ordinamenti domestici la stessa è assicurata mediante il legittimo esercizio del potere a livello globale è invece ottenuto tramite meccanismi di 'induzione' o altri 'surrogati'. Un esempio di questi è il c.d. regime *complex*, in cui diversi regimi sono tra loro collegati: commercio e lavoro; commercio e diritti umani; ambiente e diritti umani (si pensi alle sanzioni commerciali previste per la mancata adesione di standard per la tutela dell'ambiente). Un'altra ipotesi è quella delle ritorsioni o rappresaglie: uno Stato viene indotto ad obbedire alla norma globale perché minacciato dal fatto che, ove ciò non avvenisse, un altro Stato sarebbe autorizzato da un organo terzo a reagire. Una altra opzione ancora è quella di introdurre incentivi, quali la fornitura di benefici aggiuntivi in cambio dell'ottemperanza.

²² Si ricordino a tal riguardo le icastiche parole di T. HOBBS nel *Leviatano*: 'I patti, senza spada, sono solo parole'.

Si consiglia inoltre la lettura di: M. WEBER, *Economia e Società. Comunità*, trad. it. a cura di M. Palma, Roma, 2005, p. 360.

²³ Cfr. KINGSBURY - CASINI, *Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law*, cit.: «Law is a social practice. Norms of law generate and internal sense of obligations felt by addresses separately from their calculation of the

cazione di sanzioni coercitive²⁴ nel caso di inosservanza²⁵ della condotta²⁶ stabilita.

In definitiva, le norme nazionali emanate dal potere legislativo si impongono²⁷ alla società civile, e sono il frutto di decisioni assunte da autorità che esercitano un potere legittimo (i cittadini

externally-imposed costs and benefits of following the norm to be a legal norm, the norm must originate in an authoritative source, which ordinarily involves creation or endorsement of the norm by inter-state organ (IO) and/or some acceptance of the norm by states. The increasing use of recommendations, guidelines, informal norm and technical advice: The production of «soft-law» from the GAL perspective. Some IOs have long histories of, and an explicit constitutional architecture for, use of norm-setting mechanisms more flexible than treaties or conventions: the ILO's recommendations, for example, which are monitored by its committee of Experts Similarly the international telecommunication union (ITU) adopts, even if non-binding, are accepted by its members as regulatory. ICAO's standards and recommended Practices, UNESCO recommendations, and W.B. operational policies are among numerous other examples of these kind of normative activity of inter-governmental organizations, (...) Reducing the discussion of such normative materials two the binary of binding/non-binding, or two an amorphous and undifferentiated category of "soft-law", not only misses much about their widely varying effects, it diverts attention from questions as to how and under what procedures there are made, promulgated, reviewed, contested, or subjected to processes of accountability».

²⁴ A tal riguardo, Azzariti più volte si è chiesto se il diritto, per riuscire ad assolvere la sua funzione di regola di condotta sociale voluta e prescritta, non debba presupporre, oltre alla coercizione, anche il suo effettivo e spontaneo rispetto. Cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2012, p. 33.

«La forza e la virtù» ricordava Niccolò Macchiavelli nel *Principe*, 1532, sono entrambe necessarie per dettare regole e conservare il potere.

«La forza e il consenso» potremmo tradurre noi oggi non possono essere disgiunte se si vuole dare fondamento stabile alle regole che il potere impone ai consociati. Il diritto non può fondarsi solo sull'imposizione ma anche sulla sua accettazione. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, 2013, Roma-Bari, p. 128.

²⁵ Per quanto concerne la tematica dell'obbligo giuridico, si veda H. KELSEN, *Che cos'è la Giustizia? Lezioni americane*, trad. it. a cura di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel, Macerata, 2015, p. 82 e ss.

²⁶ In merito al concetto di coercizione G. PERTICONE, afferma che: «La coazione, nel senso di forza esteriore, non solo non è essenziale, ma estranea al diritto. Se la legge fosse per un momento esteriorità, non sarebbe mai legge del soggetto, norma interiore o interiorizzata; invece la necessità fisica o meccanica non solo non crea la legge, ma non la restaura, in quanto la sanzione, che vuol riportare l'equilibrio tra l'offesa e il risarcimento, non può fare che la violazione non esista».

In tema si veda anche N. BOBBIO, *La Consuetudine come Fatto Normativo*, Torino, 1942, pp. 73 e ss.

La medesima questione è stata affrontata da H. KELSEN, *Teoria Generale del diritto e dello Stato*. Egli afferma che, in virtù del connubio tra effettività e validità delle norme, le stesse, pur non essendo vincolanti di per sé, se derivano da un ordinamento giuridico valido saranno allo stesso modo legittimamente vigenti.

²⁷ Per maggiori chiarimenti sulla tematica della effettività e legittimità, nonché giustificazione del potere si veda N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Torino, 2012, p. 75.

Si rimanda inoltre alla lettura di S. SATTI, *Il Mistero del Processo*, Milano, 1973, pp. 111 e ss.

accettano tali decisioni poiché prodotte da organi legittimati mediante elezioni democratiche, nell'ambito di un sistema di democrazia rappresentativo-parlamentare), le norme globali sono invece attuate mediante meccanismi capaci di rompere l'unità dello stato (e dunque il paradigma dello Stato unitario), il che favorisce gli effetti della globalizzazione giuridica.

2.3. *Un tribunale globale?*

Per comprendere davvero la natura dell'I.P., è dunque bene considerare la più ampia dimensione giuridica in cui esso opera. Si tratta della *global polity*²⁸, il cui processo evolutivo si è rivelato essere piuttosto rapido. La maggior parte dei fenomeni giuridici osservabili nell'arena globale, si sono infatti sviluppati negli ultimi 15/20 anni. Nonostante alcuni autori ritengano che la *global polity* non sia ancora considerabile un sistema giuridico armonioso, è innegabile che il suo assetto istituzionale risulti essere pervaso da una miriade di garanzie e diritti, desumibili dal *due process*, che rendono tale ordine giuridico-globale piuttosto raffinato²⁹ e alquanto 'democratizzato'³⁰.

²⁸ Relativamente al diritto globale dell'economia, si veda: M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, Mercati e Globalizzazione*, Bologna, pp. 110 e ss.

Per quanto concerne inoltre la tematica della sopravvivenza dell'individualismo nel fenomeno della globalizzazione, si veda: S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma-Bari, 2014, Bari, pp. 84 e ss.

²⁹ In merito all'arretratezza dell'ordinamento giuridico internazionale si segnala la trattazione di KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit.: «il diritto internazionale è un ordinamento giuridico primitivo. Si trova solo all'inizio di un processo di sviluppo che l'ordinamento giuridico dello stato particolare ha già percorso. Nel campo del diritto internazionale generale e quindi nell'intera comunità internazionale si manifesta ancora un vasto decentramento. Manca qui ancora un organo per la produzione e l'esecuzione delle norme giuridiche il quale funzioni secondo la divisione del lavoro. La formazione delle norme generali si effettua per via della consuetudine o per mezzo del trattato, e cioè attraverso i membri della comunità giuridica e non attraverso un particolare organo legislativo. E lo stesso dicasi per l'applicazione delle norme generali al caso concreto. Lo stato che si considera leso nei suoi interessi è quello stesso che deve decidere se si trova dinnanzi ad un illecito di cui sia responsabile un altro stato. E se quest'ultimo nega l'illecito affermato dall'altro, manca un organo oggettivo che possa decidere la lite con un procedimento regolato giuridicamente. Così lo stesso stato leso nel suo diritto è anche autorizzato a reagire contro il trasgressore con l'atto coattivo istituito dal diritto internazionale generale, e cioè con la rappresaglia o con la guerra. È questa la tecnica dell'autodifesa da cui è partito anche lo sviluppo dell'ordinamento giuridico dello stato particolare. Perciò vi domina il principio della responsabilità collettiva e indiretta, non già della responsabilità individuale e diretta».

³⁰ È bene fare un parallelismo con gli studi di antropologia giuridica: L. NADER, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Napoli, 2003.

Sabino Cassese definisce la *global polity* come un ordine politico mondiale caratterizzato da due tratti essenziali. Infatti da un lato può essere considerato come uno strumento volto alla diffusione del giusto procedimento globale, mediante l'adozione di garanzie tipiche del diritto amministrativo, dall'altro è inoltre strumento volto alla produzione di standard ultra-statali per le democrazie nazionali. L'I.P. nel contesto della global policy è assimilabile alla figura delle corti globali, le cui decisioni possono anche avere effetti diretti, penetrando così nel diritto nazionale e rompendo il 'velo' degli ordinamenti domestici. In questo modo i regimi regolatori globali, nei quali opera l'I.P., impongono agli Stati il rispetto del diritto e dei principi democratici. Un sistema di principi di diritto amministrativo si è progressivamente formato nello spazio giuridico globale: diritto di essere informati e sentiti, diritto di difesa, obbligo di motivazione, diritto di accesso al giudice, diritto di partecipazione ai processi decisionali non solo degli stati ma anche dei singoli privati componenti la società civile. Le forme tradizionali di giusto procedimento e controllo giurisdizionale sono influenzate dal nuovo contesto in cui si trovano a essere usate e, di conseguenza si trasformano.

È inoltre importante sottolineare come nello spazio giuridico globale³¹ non vi sia una democrazia rappresentativa. Esiste infatti un surrogato, una democrazia di tipo dibattimentale, attuata con meccanismi di partecipazione alle decisioni. Si pensi a quando la Banca Mondiale, nel concedere un prestito per la realizzazione di un'opera pubblica infrastrutturale a Mumbai³², impose allo stato

³¹ Relativamente alla sfera globale e ai numerosi quesiti rilevanti sia per la sua analisi giuridica che per la politica del diritto è bene consultare la seguente fonte: J. B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Parigi, 2003.

³² In merito al *The Indian Mumbai Urban Transport Project Case*, è bene sottolineare che una risoluzione congiunta della IDA e IBRD, risalente al 1993, approvò un progetto di finanziamento del valore di 542.000.000 \$ (79.000.000 \$ elargiti dalla IDA e 63.000.000 \$ dalla IBRD). Il progetto si classificò come il terzo più costoso dello stato indiano e il sesto a livello mondiale nell'ambito del settore dei trasporti pubblici. I cittadini soggetti all'esproprio si avvalsero dell'esistenza di alcune policies della W.B. che prevedono la consultazione tra le autorità locali e il pubblico *ex ante* la concessione del finanziamento di grandi opere pubbliche di forte impatto economico e inoltre che la consultazione si svolga con l'apertura di uffici *ad hoc* che hanno la specifica funzione di informare il pubblico e raccogliere le relazioni documentali dei partecipanti con apposite assemblee promosse in concerto con le autorità locali. Alcune organizzazioni non governative si rivolsero all'I.P. per l'attivazione della procedura di inchiesta adducendo presunte violazioni delle politiche e delle procedure operative della W.B., per quanto riguarda il *resettlement* e il programma di riabilitazione. Nel marzo 2006 il Consiglio Direttivo

finanziato di consultare preventivamente la popolazione locale, per decidere in concerto con la stessa sul piano di rilocalizzazione³³ degli abitanti e dei commercianti dei terreni da espropriare. Molte procedure di organizzazioni intergovernative sono aperte e possono essere iniziate dai cittadini interessati, creando così collegamenti verticali diretti tra dette organizzazioni e la società civile, non mediati dalle istituzioni o dalle amministrazioni nazionali. In questi casi l'intervento è richiesto dagli stessi interessati, in base a una procedura che viene definita di *'firealarm'*: si pensi al tentativo compiuto da un'associazione ambientalista di ottenere che la commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) intervenisse in Kazakistan per obbligare le amministrazioni nazionali a garantire l'accesso alle informazioni ambientali³⁴. Un celebre caso simile è quello dell'*Appellate Body* dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) che ha ribadito l'importanza della *rule of law* nel contesto globale. Nella fattispecie in questione si affermò che, la natura non trasparente ed *ex parte* delle procedure amministrative interne degli Stati Uniti riguardanti l'organizzazione della pesca fosse contraria allo spirito se non alla lettera dell'art. X.3 del GATT³⁵, che impone standard procedurali minimi di trasparenza e di equità nella disciplina del commercio da parte degli stati. La *global polity* non è retta solo da meccanismi *top-down*, ma anche da forme volontarie provenienti dal basso (*bottom-up*): come mostrano i casi citati, questa cooperazione è rafforzata dai collegamenti orizzontali tra i regimi regolatori³⁶. In questi e altri casi si può notare come la *rule of law*³⁷ (rappresentata dalla trasparenza,

della W.B. sotto raccomandazione dell'I.P. decise di sospendere i finanziamenti per la realizzazione del progetto fino a quando le autorità locali non avessero debitamente consultato la popolazione. Si rifletta su come, nella fattispecie concreta, la W.B. si sia elevata ad istituzione in grado di rilevare il 'deficit' democratico del paese al quale ha offerto finanziamenti, e di come si sia resa garante della partecipazione collettiva a decisioni pubbliche di natura amministrativa.

³³ Per quanto concerne il *resettlement* nell'ambito del *The Indian Mumbai Urban Transport Project Case* si veda l'analisi condotta da M. CIRCI, in particolare *The Participation of Citizens in Global Administrative Proceedings*.

³⁴ Per maggiori approfondimenti si consiglia di consultare la specifica fonte: Compliance Committee, Decision II/5 *Compliance by Kazakhstan with its obligations under the Aarhus Convention*.

³⁵ La trattazione del caso è stata effettuata a seguito della consultazione del *Wto AB United States - Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, 12 ottobre 1998, WT/DS58/AB/R.

³⁶ S. CASSESE - L. TORCHIA, *Chi governa il mondo?*, pp. 61-62.

³⁷ L'espressione *rule of law*, di cui non esiste una traduzione univoca, indica il principio di legalità, della supremazia della legge, a volte anche il principio del non

dal diritto di esser sentiti e dal controllo giurisdizionale) è stata riconosciuta da un tribunale globale³⁸, ma applicata ai procedimenti nazionali.

L'I.P., per merito dei processi di globalizzazione³⁹ che affiorano nella *global governance*, può configurarsi come strumento di diffusione della democrazia che agevola il trapianto o il rafforzamento di istituti e principi democratici in paesi dove questi non sono sufficientemente sviluppati o mancano del tutto.

3. Conclusioni: chi governa il mondo?

Nello spazio giuridico globale, istituzioni internazionali come la Banca Mondiale hanno conosciuto un notevole sviluppo. Cause dello stesso sono state, oltre che gli effetti della globalizzazione giuridica⁴⁰, anche le crisi economico-finanziarie, da ultima quella del 2008.

L'aspetto interessante di questa interazione ultra-statale risiede nel fatto che le istanze di democrazia dei vari ordinamenti giuridici hanno subito processi di emulazione, tali da comportare un'influenza reciproca dei principi di diritto interno, causando al contempo un'espansione degli strumenti di *governance* ultra-statale.

La 'democratizzazione del regno internazionale'⁴¹, per quanto concerne la dimensione della *global polity*, può considerarsi come un Giano bifronte. Le istituzioni globali sono portatrici di istanze di democrazia e contribuiscono alla formazione di standard globali, il cui rispetto si impone ai soggetti della *global governance*. Si pensi all'organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, in particolare l'ODIHR che ha la funzione di assistere gli stati

arbitrio del potere pubblico e dell'uguaglianza di fronte alla legge. F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico*, Milano, 1984.

³⁸ Molte delle considerazioni qui svolte possono essere approfondite all'interno del saggio S. CASSESE - L. TORCHIA *Diritto Amministrativo. Una conversazione*, p. 51 e ss.

³⁹ Per maggiori informazioni sul fenomeno della globalizzazione si consulti J.E. STIGLITZ, *La Globalizzazione ed i suoi oppositori*, Torino, 2002, p. 6 e ss.

⁴⁰ Per ulteriori delucidazioni in merito agli effetti giuridici ed economici della globalizzazione si consulti S. CASSESE, *La nuova Costituzione Economica*, Roma-Bari, 1995, pp. 327-330.

⁴¹ L'espressione si riferisce alla trattazione svolta in *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law*, in *The European Journal of International Law*.

ad elevare il loro standard di tutela dei diritti umani, oppure al fenomeno giuridico *Enlargement Strategy* legato al processo di allargamento dell'Unione Europea in relazione all'ammissione della Turchia⁴². D'altro canto non può essere negato come in taluni episodi della storia dell'umanità la democrazia sia stata imposta militarmente. Si pensi all'intervento in Iraq, durante la seconda guerra del Golfo⁴³, o alle forze di occupazione in Germania e in Giappone dopo la seconda guerra mondiale, e più di recente in Bosnia-Erzegovina. Può la democrazia essere imposta militarmente dall'alto? Non sarebbe forse più congruo pensare ad una nascita spontanea di essa? È davvero democratica una democrazia importata? In realtà l'unico metodo che permetta l'instaurazione spontanea della democrazia senza imposizioni è la rivolta interna del popolo. Anche in questo caso però, la democrazia non si instaura né democraticamente né in maniera pacifica.

La Banca Mondiale, al pari delle altre istituzioni globali, occupa un ruolo centrale nel palcoscenico del mondo giuridico internazionale, ma d'altro canto, la valorizzazione di questi fenomeni dovrà sempre scontrarsi con l'egemonia degli stati.

Sotto questo profilo, è importante studiare e conoscere organismi come il *World Bank Inspection Panel*, in quanto rappresentativi dell'evoluzione del diritto internazionale e di come esso condizioni l'azione delle amministrazioni nazionali.

⁴² Il *Turkey 2010 Progress Report* esamina i progressi compiuti dalla Turchia nel soddisfare i criteri di Copenaghen, che richiedono stabilità delle istituzioni democratiche, rule of law, diritti umani e tutela delle minoranze.

⁴³ Il 20 marzo 2003, una forza multinazionale formata da quarantanove paesi ha invaso l'Iraq; alcuni hanno sostenuto l'invasione non militarmente. Il 21 aprile 2003, la coalizione ha creato una *Coalition Provisional Authority (CPA)*, un primo governo transitorio dell'Iraq, dotato di poteri esecutivo, legislativo e giudiziario. Nel maggio 2003 la coalizione ha dichiarato che la missione era stata compiuta, comunicando la fine delle principali ostilità. Saddam Hussein è stato catturato nel dicembre 2003. Il 15 dicembre 2005 sono stati eletti i membri del parlamento iracheno. Infine, il 20 maggio 2006, il governo dell'Iraq, è entrato in carica, succedendo a quello provvisorio. Le vicende si sono susseguite in conformità con le disposizioni del capitolo settimo della Carta delle Nazioni Unite.

MARCO BEVILACQUA*

II

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI EX D.LGS. N. 231/2001: UNA COMPARAZIONE TRA CIVIL LAW E COMMON LAW

This paper analyses the cutting edge legal issue of corporate liability from a comparative perspective: in conducting the analysis, the author took into account both common law and civil law systems in order to enlighten the limits of the Italian legal framework in this field. The comparison shows that timely reforms are required in order to have an efficient legal framework.

SOMMARIO: 1. Il sistema 231 e applicabilità. – 2. I modelli europei di *civil law*. – 2.1. Il modello di *common law*. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Il sistema 231 e applicabilità*

La questione della responsabilità delle persone giuridiche costituisce un autentico *topos* della letteratura giuridica non solo penalistica. Nonostante la rilevanza dell'interrogativo *societas delinquere (non) potest*, a cui non si può non rispondere in modo univoco, il dibattito si ripropone con sfumature sempre nuove. La responsabilità d'impresa è fenomeno che non si lascia imbrigliare nelle tradizionali categorie del diritto penale, un sistema normativo di tipo esclusivamente antropocentrico. Il carattere necessariamente *personale* della responsabilità penale, ex art. 27 Cost., inteso come principio di colpevolezza (per cui è imposto che la responsabilità debba legarsi almeno alla colpa), non consentiva di configurarla direttamente alla persona giuridica in alcuna forma

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione e la supervisione del presente lavoro è stato consultato il Prof. Gianluca Scarchillo.

che fosse costituzionalmente compatibile, in quanto sia il dolo che la colpa contengono una parte, più o meno ampia, a contenuto psicologico. Ma c'era di più: l'estrema difficoltà di eseguire il dettato del terzo comma dell'art. 27 Cost. per cui le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato».

Il d.lgs. n. 231/2001 nasce proprio dall'esigenza di intervenire sull'attività di impresa stabilendo così che il reato a contenuto economico possa essere controllato dal diritto solo se l'effetto prodotto è quello di non doverlo più ritenere una opzione commerciale conveniente.

Tutto il complesso meccanismo giuridico, introdotto dal d.lgs. 231/2001, deve essere misurato anche con le scelte di selezione operate dal legislatore sui reati-presupposto della responsabilità. Inizialmente la responsabilità dell'ente era limitata ai reati commessi nel proprio interesse o a proprio vantaggio. La legge delega n. 300 del 2000 prevede un ben più ampio e variegato campione di reati-presupposto, consapevolmente fatti *cadere* dal Governo nell'opera di normazione delegata.

Se certamente non si può «optare per l'utopia di un'economia libera di commettere reati»¹, si deve convenire sul fatto che il sistema introdotto in Italia con il d.lgs. 231/2001 rappresenti un tentativo certamente condivisibile e assolutamente coerente con i principi dell'economia liberale.

I criteri per la corretta individuazione dei soggetti destinatari della nuova normativa si devono rinvenire nell'art. 11 della legge delega 29 settembre 2000, n. 300, ove è fatta menzione delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica. Si è suggerito al legislatore delegato di utilizzare il termine *ente*, anziché *persona giuridica*, per la ragione che quest'ultimo termine, essendo esclusivamente riferibile a soggetti aventi personalità giuridica, finiva per, come si legge nella *Relazione*² allo schema definitivo del d.lgs. n. 231 del 2001, «essere dilatato troppo al di là della sua capacità semantica».

Il sistema della responsabilità amministrativa degli enti si articola sui seguenti capisaldi.

¹ A. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modalli organizzativi*, in *Rivista 231*, volume 1°, 2006, pp. 199 e ss.; cita F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 447 e ss.

² La *Relazione* trovasi pubblicata in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 432 e ss.: il passo sopra riportato è a p. 436.

Anzitutto, la responsabilità sorge per *connessione* con la realizzazione di un reato, compreso fra quelli tassativamente indicati dal legislatore, da parte di una persona fisica che sia legata all'ente da un rapporto funzionale, il quale potrà essere di rappresentanza o di subordinazione.

Significativo è l'ulteriore ampliamento del numero dei reati rilevanti agli effetti della responsabilità degli enti avvenuto ad opera dell'art. 25-ter³, che reca la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Nel novero di tali reati sono ora ricompresi i reati societari per la tutela del mercato e la disciplina dei mercati finanziari. A questo punto si impongono alcune precisazioni.

Anzitutto, per quanto riguarda i criteri di imputazione della responsabilità della società, l'art. 25-ter fa riferimento al solo «interesse» dell'ente, mentre l'art. 5 richiede che il reato venga commesso «nell'interesse o a vantaggio» dello stesso.

Va poi ricordato che l'art. 25-ter prevede, al comma 2, un'ipotesi aggravata di responsabilità amministrativa della società, qualora, in seguito alla commissione dei reati indicati, l'ente abbia conseguito un *profitto* di rilevante entità.

L'intera disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi è stata pensata e costruita con riferimento non già all'impresa intrinsecamente illecita, bensì all'impresa che persegue un risultato economico *lecito*, utilizzando strumenti *illeciti*.

Il sistema 'sanzionatorio' delineato dal d.lgs. 231/2001 ruota intorno ai principi di proporzionalità, adeguatezza e flessibilità in linea con il diritto comunitario. Tali criteri guida sono contenuti nel combinato disposto degli artt. 11 e 12 attraverso i quali il giudice determina in concreto la sanzione da irrogare:

- la gravità del fatto (proporzionalità);
- le condizioni economiche dell'ente (adeguatezza);
- l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire la commissione di ulteriori illeciti (flessibilità).

L'art. 6 del medesimo decreto istituisce il c.d. Organismo di Vigilanza (d'ora in poi *OdV*) quale perno del sistema di prevenzione dei reati, idoneo a escludere l'irrogazione a carico dell'ente delle sanzioni contemplate dal decreto. Compito dell'Organismo è quello

³ Aggiunto dall'art. 3 del d.lgs. n. 61/2002.

di indagare se vi sia coerenza tra il comportamento aziendale concreto e il *Modello* che è stato adottato dall'organo dirigente.

Come è stato autorevolmente rilevato, «il controllo [dell'*OdV*] ben può essere di “secondo grado”, realizzato cioè attraverso specifiche richieste di informazioni alla struttura aziendale, ai preposti al controllo interno, al comitato *audit*, al collegio sindacale»⁴. L'*OdV* deve essere al contempo il terminale di flussi informativi. Ogni struttura aziendale deve segnalare tempestivamente all'*OdV* i propri comportamenti difformi dai processi descritti nel *Modello*, motivando le ragioni che hanno reso necessario od opportuno tale scostamento.

Affinché l'*OdV* possa svolgere adeguatamente le proprie funzioni, garantendo autonomia e indipendenza d'azione, non vi si devono riconoscere compiti operativi. La mancanza di norme espresse al riguardo fanno ritenere, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'*OdV* sarà strutturato come organo monocratico o collegiale a seconda delle dimensioni dell'impresa.

2. *I modelli europei di civil law*⁵

In un'ottica comparata, l'Olanda è stato uno dei primi Paesi europei a tradizione continentale a prevedere in modo generalizzato la responsabilità penale delle persone giuridiche: la disposizione dell'art. 51 del codice penale, adottata nel 1976, equipara le persone giuridiche a quelle fisiche quali soggetti attivi del reato⁶. La responsabilità degli enti collettivi è, nei Paesi Bassi, a spettro

⁴ N. ABRIANI - F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Rivista 231*, volume 3°, 2012, pp. 189 e ss.; cita P. MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza e sistema di controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 643 e ss.

⁵ Vasta la letteratura sull'argomento. Mi permetto di segnalare: S. GIAVAZZI, *Brevi riflessioni sulla responsabilità penale delle persone giuridiche in Francia*, in *Rivista 231*, volume 1°, 2007, pp. 73 e ss.; F. GANDINI, *La Ley Orgànica 5/2010 e la responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna*, in *Rivista 231*, volume 1°, 2011, pp. 29 e ss.; E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico nell'ordinamento olandese*, in *Rivista 231*, volume 3°, 2006, pp. 131 e ss.; F. GANDINI, *Brevi cenni sulla responsabilità delle persone giuridiche in Germania*, in *Rivista 231*, volume 4°, 2008, pp. 27 e ss.

⁶ «Tuttavia, già prima di allora, esisteva nei Paesi Bassi una forma di responsabilità penale delle persone giuridiche delineata dall'art. 15 della *Wet op economische delicten* (WED), il quale riconosceva espressamente l'ente collettivo come uno dei possibili autori del reato», in E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico nell'ordinamento olandese*, in *Rivista 231*, volume 3°, 2006, pp. 131 e ss.

totale, in quanto non limitata alle fattispecie costruite in modo oggettivo (*strict liability offences*), per le quali non è necessario dimostrare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa – e ha carattere 'indiretto', poiché occorre individuare le condotte (attive od omisive) delle persone fisiche che hanno dato origine al fatto illecito. Le sanzioni applicabili agli enti sono diversificate e comprendono la pena pecuniaria, la pubblicazione della sentenza, a confisca dei proventi illecitamente ottenuti dalla commissione del reato e la condanna al risarcimento dei danni causati dall'illecito.

Il sistema delineato dall'art. 51 SR (*Wetboek van Strafrecht*) consente di perseguire per la medesima fattispecie di reato oltre alla persona giuridica e alle persone fisiche che hanno materialmente posto in essere la condotta criminosa, anche coloro che hanno dato l'ordine di commettere il reato o che hanno diretto il comportamento illecito.

Per quanto riguarda la Francia, può tornare certamente utile valutare se la scelta del legislatore francese in favore della natura penale della responsabilità delle persone giuridiche abbia influito sulla maggiore effettività del modello. Questo non è dotato di un micro-sistema di norme *ad hoc* per la responsabilità penale degli enti, ma è basato unicamente sull'art. 121-2 del codice penale, che stabilisce: «Le persone giuridiche, a eccezione dello Stato, sono penalmente responsabili, [...], dei reati commessi, per loro conto, da propri organi o rappresentanti».

Emergono immediatamente due differenze di principio rispetto alla disciplina italiana: la natura della responsabilità degli enti è a tutti gli effetti penale; la punizione è estesa anche agli enti pubblici, ivi compresi gli enti territoriali, a eccezione dello Stato. Un'altra differenza di assoluto rilievo attiene alla scelta e alla tipologia dei reati-presupposto.

Colpire e prevenire le ipotesi del rischio-reato sono finalità che appaiono estranee alla responsabilità penale degli enti in Francia. Difatti, il legislatore francese non punisce l'ente in quanto trae dal reato un profitto lecito, non premia l'ente che ha tenuto condotte di ravvedimento *post-factum*; si limita a punire l'ente in quanto effettivo motore del reato.

Con la *Ley Orgànica* n. 5/2010 sono state apportate una serie di modifiche al *Código Penal* spagnolo. Viene introdotto in particolare l'art. 31-*bis* destinato a disciplinare la materia della responsabilità da reato delle persone giuridiche.

Per effetto della novella legislativa, viene superato il prevalente *Modello* della responsabilità civile integrata dalle *consecuencias accesorias*, a favore di un'esplicita opzione per un *Modello* di responsabilità penale della persona giuridica, con un *numerus clausus* tassativo di reati. In materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche l'ordinamento giuridico spagnolo era informato, come quello italiano, al principio *societas delinquere (non) potest*, con la conseguente esclusione di qualsiasi forma di responsabilità da reato per l'ente collettivo nel *Código Penal* spagnolo.

La *Ley* 15/2003 introduceva nell'ordinamento spagnolo una nuova forma di responsabilità della persona giuridica connessa alla commissione di un reato. Una forma di responsabilità per il pagamento della pena pecuniaria, che andava ad aggiungersi alle ipotesi di responsabilità civile della persona giuridica già previste nell'ordinamento.

Pertanto, la responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento giuridico spagnolo, sino alla riforma della *Ley Orgànica* 5/2010, poteva assumere la forma delle *consecuencias accesorias*, previste dall'art. 129 *Código Penal* e/o della responsabilità civile prevista dall'art. 31, *Código Penal*. Ne deriva un sistema inefficiente e lacunoso, aspramente criticato dalla dottrina spagnola.

Proprio nella prospettiva della *peer pressure* e della necessità di conformarsi agli strumenti internazionali, così come avvenuto per la riforma legislativa nel Regno Unito (*Bribery Act* del 2010), che dev'essere considerata la nuova disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche introdotta dalla *Ley Orgànica* 5/2010. Viene a formarsi un istituto ibrido che sembra una trasposizione del *Modello* di responsabilità da reato delle persone giuridiche previsto nelle decisioni quadro della UE di armonizzazione penale⁷.

La *Ley Orgànica* 5/2010 prevede anche una profonda riforma del sistema delle sanzioni applicabili alla persona giuridica per mezzo di una disciplina estremamente dettagliata. La scelta di fondo, esplicitamente informata a quella *predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición*, è quella di prevedere la multa quale *pena comun y general* per tutti i casi di responsabilità, fatta salva la possibilità di applicare sanzioni più gravi in caso di sussistenza di determinati requisiti.

⁷ Per tutte, v. la Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, in Gazzetta ufficiale n. L. 164 del 22.6.2002.

In ultima analisi, non si può non tenere conto del sistema tedesco. La convinzione che il principio *societas delinquere (non) potest* faccia parte del DNA dei sistemi giuridici di *civil law* ha determinato un grande interesse per l'approccio tedesco alla questione, fondato sulla *Ordnungswidrigkeiten* (d'ora innanzi: *OWiG*). L'*OWiG* trova la propria matrice ideologica nella dottrina del diritto penale amministrativo. Il § 1 dell'*OWiG* definisce infatti l'illecito amministrativo quale fatto antiggiuridico riprovevole che integra la fattispecie di una legge per la quale è comminata una pena pecuniaria amministrativa (*Geldbuße*). La specificità dell'*OWiG* si esprime anche nel suo sistema sanzionatorio: si ritiene che le sanzioni da esso previste perseguano finalità preventive e retributive, senza finalità risarcitorie/reintegratrici in forma specifica dell'interesse leso.

L'influsso del *Modello* penalistico è particolarmente evidente per quanto concerne il profilo dell'elemento soggettivo. L'illecito amministrativo presuppone la riprovevolezza dell'agente. Il criterio d'imputazione soggettivo è quello del dolo. In termini generali, l'*OWiG* non stabilisce espressamente quali sono gli enti che possono essere responsabili in forza dei §§ 9 e 30. Tuttavia è piuttosto agevole concludere che tale responsabilità riguarda solo le persone giuridiche, associazioni non riconosciute e società di persone.

La scelta di fondo del sistema tedesco è quella di una responsabilità concorrente, ma non solidale, dell'ente con la persona fisica che ha realizzato l'illecito. L'attribuzione della responsabilità dell'ente trova il proprio fondamento nella commissione di un reato o di un illecito amministrativo da parte di una persona fisica in possesso di una determinata qualifica soggettiva.

A differenza del *Modello* italiano l'*OWiG* consente l'attribuzione di responsabilità all'ente non solo per gli illeciti penali, ma anche per gli illeciti amministrativi commessi dalla *triggering person*.

Il § 130 prevede un ulteriore criterio di responsabilità dell'ente. Secondo la citata disposizione, costituisce illecito amministrativo il fatto del titolare di un'azienda o di un'impresa che ometta dolosamente o colposamente di adottare le misure di sorveglianza che sono necessarie per impedire nell'azienda o nell'impresa la violazione di doveri che incombono al titolare, e la cui inosservanza è punita con sanzione criminale o con pena pecuniaria amministrativa.

A differenza del *Modello* previsto dal d.lgs. n. 231/2001, il § 130 non definisce in modo puntuale quali sono le misure di salva-

guardia ritenute necessarie per impedire la commissione di reati/illeciti amministrativi. La mancata adozione delle misure previste dal § 130 non è di per sé fonte di responsabilità dell'ente. È necessario infatti un ulteriore criterio di imputazione, di tipo soggettivo: la riprovevolezza. La responsabilità così descritta potrà essere ascritta all'ente solo nel caso di dolo o di colpa della persona fisica che avrebbe dovuto provvedervi. Di nuovo riecheggia la teoria dell'identificazione: il dolo o la colpa dell'organo costituiscono il dolo o la colpa dell'ente.

Il sistema sanzionatorio previsto dall'OWiG è piuttosto limitato, essendo prevista la sola applicabilità di una sanzione principale, ossia la pena pecuniaria e la confisca.

In conclusione, i criteri di imputazione della responsabilità dell'ente sembrano difficilmente compatibili con gli attuali assetti di *corporate governance* e modelli societari.

Dunque si può affermare con una certa sicurezza che il sistema tedesco presenta alcune criticità, potenzialmente idonee a incidere sulla sua capacità di ascrivere agli enti la responsabilità derivante dalla commissione di reati o di illeciti amministrativi da parte delle *triggering persons*.

2.1. *Il modello di common law*⁸

Nell'ordinamento giuridico del Regno Unito non esiste una disciplina generale che regoli l'attribuzione della responsabilità della persona giuridica per i fatti costituenti reato. Per effetto di tale lacuna, lo *standard* per l'attribuzione della responsabilità varia in funzione del tipo del reato e dei suoi elementi costitutivi. L'unica disposizione di portata generale è prevista per quanto riguarda i soli reati della *statute law*, dall'*Interpretation Act* del 1978.

Sia le *incorporated* che le *unincorporated legal persons* sono suscettibili di rispondere dei reati previsti dalla *statute law*. Solo le prime possono invece rispondere dei reati previsti dal *common law*.

Nei casi in cui l'attribuzione di responsabilità sia in astratto possibile, essa può assumere tre forme: responsabilità vicaria (*vicarious liability*); responsabilità non vicaria (*non vicarious liability*); responsabilità derivante direttamente da una particolare *statute law*.

⁸ S. GIAVAZZI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *Rivista* 231, volume 3°, 2008, pp. 137 e ss.

La responsabilità vicaria costituisce la prima forma di responsabilità criminale delle persone giuridiche nel Regno Unito. Sino alla prima metà dell'800, nonostante le esigenze derivanti dalla rivoluzione industriale e dal processo di modernizzazione di quel paese, le corti inglesi erano contrarie a riconoscere una responsabilità penale delle persone giuridiche, principalmente per via dell'impossibilità di ricondurre la *mens rea*, ossia lo stato soggettivo richiesto per l'integrazione di un determinato reato ad un soggetto diverso dalla persona fisica⁹.

La necessità di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati più gravi, nei quali è necessario il requisito della *mens rea*, ha indotto le corti inglesi a elaborare una seconda forma di responsabilità, quella non vicaria¹⁰.

È solo nella seconda metà del secolo scorso che in giurisprudenza si cominciò a far coincidere la *mens rea* della persona fisica con quella astratta della persona giuridica in modo diretto e immediato.

Il procedimento a carico della persona giuridica può essere instaurato autonomamente. È tuttavia necessario individuare la persona fisica/*directing mind* che, al momento del fatto, era in possesso della *mens rea* richiesta dalla natura del reato.

Per quanto concerne le sanzioni, si applicano alla persona giuridica quelle previste dalla *statute law* o dalla *common law* per la persona fisica; vige l'impossibilità di attribuire la responsabilità della persona giuridica nel caso in cui per il reato non siano previste sanzioni pecuniarie.

In conclusione si può asserire che il modello della responsabilità non vicaria non sembra più idoneo a far fronte alla complessità delle moderne strutture decisionali e catene di comando delle persone giuridiche. Nel caso di organizzazioni complesse, il *Crown prosecution service* si trova di fronte a una vera e propria *probatio diabolica*.

⁹ Nel 1842, nel caso *Birmingham & Gloucester Railway Co.*, per la prima volta una corte inglese condanna una persona giuridica a una pena pecuniaria, per violazione della *statute law*.

¹⁰ Le fondamenta di questo tipo di responsabilità vengono gettate nel 1915 quando, nel caso *Lennard's Carrying Co. V. Asia Petroleum Co.*, la *House of Lords* stabilisce che gli atti e gli stati mentali di certi *senior officers* (c.d. *directing minds*) della persona giuridica devono essere considerati atti e stati mentali della stessa. Del caso delle *directing minds* si occupa il *leading case Tesco Supermarkets Ltd.* La *House of Lords* stabilisce che una persona giuridica può essere ritenuta responsabile solo per gli atti compiuti dal *board of directors*.

3. Considerazioni conclusive

Ciò che si può asserire al termine di questa breve – e spero esaustiva – analisi è che la rilevanza del brocardo latino *societas delinquere (non) potest* alimenta ancora oggi corposi dibattiti. Si fa, altresì, confusione fra responsabilità amministrativa e penale ex art. 27 Cost.: difatti nell'ordinamento tedesco la responsabilità dell'ente è connotata come meramente amministrativa. Certamente è obbligatorio individuare una dimensione di responsabilità che si confaccia alle sfaccettature del diritto societario. Ma non si può non tener conto della intrinseca personalità insita nella responsabilità penale. Ancora oggi, in molti ordinamenti europei, compreso quello inglese di *common law*, manca una disciplina – o forse sarebbe meglio parlare di modello – capace di fare chiarezza in materia. L'ordinamento italiano, può sembrare paradossale, è quello che, a mio avviso, risulta essere il più completo, insieme ai modelli francese ed olandese, poiché tiene conto di tutta una serie di fattispecie di reato-presupposto che integrano ulteriormente l'istituto. Mi riferisco in particolare allo stretto rapporto con il T.U. ambientale (d.lgs. n. 152/2006) e con il crescente ambito della *CSR – Corporate social responsibility* (Responsabilità sociale d'impresa). Ciò su cui, invece, convergono gli ordinamenti di *civil law* e di *common law* è, oltre all'esigenza di individuare un sistema di imputazione per le persone giuridiche, il modello che associa la responsabilità dell'ente a quello della persona, sia con incarichi apicali che non, in virtù di quel carattere personale, proprio della responsabilità penale.

ALESSIO MARTINO*

III
IL NUOVO SENATO ITALIANO ED IL SENATO SPAGNOLO:
COMPARAZIONE DEI POTERI E DEL RUOLO
NELL'ITER DI FORMAZIONE DELLE LEGGI

The paper aims to analyze the text of the constitutional reform of the Italian Senate from a comparative perspective. The author chose as standard of comparison the Spanish Senate. Due to the similarities between the Law Making Process in Italy and in Spain. The purpose of this paper is to provide the readers with a dynamic point of view of the Italian Parliament in the light of other European experiences.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le seconde camere. – 2.1. Il *nuovo* Senato italiano. – 2.2. Il Senato spagnolo – 3. Funzioni e poteri nell'*iter* di formazione delle leggi. – 3.1. Il potere di modifica. – 3.2. Il potere di opposizione. – 4. Conclusioni e confronto.

1. *Introduzione*

La decisione di riformare radicalmente il sistema costituzionale e parlamentare italiano¹, tentando di rimediare allo «sfrangiamento»² dello stesso, ha posto nuovamente all'attenzione l'analisi comparata dei sistemi europei e occidentali con lo scopo di comprendere quali siano le necessità dello Stato moderno ed i migliori mezzi per soddisfarle.

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati la prof.ssa Giovanna Montella, la prof.ssa Ines Ciolli ed il dott. Renato Ibrido.

¹ Disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa adottato con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 marzo 2014.

² F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, p. XII.

Un passo, quello di una vasta riforma sistematica della Costituzione, rilevante tanto dal punto di vista prettamente costituzionale quanto sul piano politico e governativo. Come è stato fatto notare, infatti, «è nota l'estrema difficoltà per gli organi politici di autoriformarsi, soprattutto quando ciò comporta la soppressione o la riduzione di importanza dell'organo stesso, pertanto, riuscire ad imporre una riforma del genere (la quale prevede una sostanziale *deminutio* funzionale del Senato con una forte riduzione dei suoi membri e l'eliminazione dell'indennità parlamentare) significa comprovare di possedere la sufficiente volontà e forza politica di riformare ogni altro ambito, pubblico o privato»³.

Il presente studio nasce dall'idea di voler approfondire e comprendere quello che potrebbe essere il nuovo assetto costituzionale del nostro paese, non limitandosi a una analisi delle proposte in discussione nelle aule parlamentari, ma provando a comprendere quali siano i sistemi più simili a quello che tratteggia la riforma *in itinere*.

2. Le seconde camere

«Le seconde Camere sono storicamente nate per assolvere a diverse funzioni (la rappresentanza di ceti sociali diversi o di differenti categorie produttive, la partecipazione degli enti territoriali che compongono l'unità statale, un frazionamento del potere e una maggiore ponderazione delle decisioni)»⁴.

Nella maggioranza dei sistemi occidentali «gli assetti di tipo federale o regionale delineati dalle costituzioni [sono] elementi basilari della struttura costituzionale, in quanto fattori qualificanti dell'intreccio fra democrazia e pluralismo istituzionale, di diffusione della partecipazione politica e ad un tempo di arricchimento della trama dei contropoteri [tanto da aver portato] a livello locale una parte significativa dello svolgimento del processo politico»⁵.

Le seconde camere sono così oggi diventate il luogo privilegiato di rappresentanza delle istanze locali e delle autonomie regionali: in particolare il *Bundesrat* tedesco⁶ e quello austriaco rap-

³ G. CANALE, *Alcune preliminari considerazioni critiche sulla riforma costituzionale del governo Renzi e sul nuovo Senato della Repubblica*, su *Gruppo di Pisa - dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*, 2014, nota 4.

⁴ CANALE, cit., p. 10.

⁵ P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, p. 58.

⁶ Va sottolineato che il *Bundesverfassungsgericht* (il Tribunale Costituzionale

presentano propriamente i *Lander* ed i loro interessi rispetto al sistema federale di appartenenza; il *Sénat français*⁷ è eletto a suffragio indiretto dalle realtà locali; il *Senate of the United States* rappresenta gli interessi territoriali degli Stati; infine il *Senado de España* ha formalmente una funzione di rappresentanza territoriale, seppure in realtà esso detenga un marginale potere nella determinazione degli indirizzi legislativi.

Tralasciando i sistemi monocamerali delle realtà più ristrette, in particolare quelle di Grecia e Portogallo, fanno eccezione quei paesi europei con sistemi precipui e particolari come quello inglese, in cui la *House of Lords* non ha nessun legame con la *House of Commons*, e la cui seconda camera non è quindi paragonabile a quelle sopra elencate; o infine quello italiano, in cui il *Senato della Repubblica* è rimasto l'ultima espressione occidentale di un bicameralismo perfetto e paritario (seppure con la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 si sia cercato di dare ad esso una caratterizzazione di tipo locale e regionale più simile a quelle delle altre seconde camere).

In effetti, ormai da tempo, in Europa, ma in realtà in tutti i sistemi occidentali, sono venute meno le ragioni stesse dell'esistenza di un sistema moderatore che permetta di controllare le istanze dirette della rappresentanza e del parlamentarismo. Si è così sentita la necessità di intraprendere percorsi volti a ricercare quello che la dottrina ritiene «un fattore di compensazione e di riequilibrio della democrazia maggioritaria»⁸.

Non ha più ragion d'essere, quindi, una seconda camera con scopi tecnici, principalmente quello di elevare la qualità delle leggi, poiché essa non dipende più dalla discussione delle singole norme o della *ratio* delle decisioni, quanto più semplicemente dalla mera tecnica legislativa, che nulla ha a che fare con un *iter* legislativo basato su un sistema bicamerale perfetto.

Negli Stati che vanno assestandosi su una organizzazione particolaristica, mossi principalmente dalle spinte del decentramento,

tedesco) nella sentenza *BVerfGE* 37, 363 ha in realtà sancito che «secondo il dettato costituzionale il *Bundesrat* non è la seconda Camera di un organo legislativo unitario, che prende parte in modo paritetico con la "prima Camera" al procedimento legislativo».

⁷ Alcuni dubbi sulla vocazione del Senato francese alla rappresentazione degli interessi locali è espresso in G. MONTELLA, *Recensione a Alain Delcamp, "Le Sénat et la décentralisation"*, Parigi, 1991 in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.

⁸ In particolare RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., p. 58.

le seconde camere sono state così sostanzialmente ‘riciclate’ o, per meglio dire, ‘reimpiegate’ per venire incontro alla necessità di una rappresentanza delle realtà locali e delle autonomie periferiche ai massimi livelli di decisione, controllo ed indirizzo dello Stato ed «hanno introdotto ulteriori fattori di problematicità, poiché l’indirizzo politico elaborato nel quadro della forma di governo statutale è divenuto parte di un più ampio circuito di governo multilivello»⁹.

2.1. *Il nuovo Senato italiano*

L’idea da cui nasce la riforma del Senato italiano è, probabilmente, la stessa che spinse Costantino Mortati a definire la seconda camera italiana come disegnata dalla Costituzione del 1948 un «inutile doppione della Camera dei Deputati»¹⁰. In effetti la riforma iniziata già nel 2013 su iniziativa dell’allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano si poneva proprio l’ambizioso obiettivo di ‘correggere’ quelli che sembravano i *vulnus* della nostra carta fondamentale procedendo «a un riaccentramento delle competenze legislative [e prevedendo] allo stesso tempo un Senato rappresentativo delle istituzioni territoriali»¹¹ attraverso una profonda riforma del sistema parlamentare e legislativo italiano.

Il Senato italiano, come recita la formulazione del nuovo art. 55 della Costituzione, «rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica» e sarà composto da soli 100 membri, di cui 74 scelti dai cittadini contestualmente all’elezione dei consiglieri regionali (con eccezione della Regione Trentino Alto Adige, la quale si vede doppiamente rappresentata come Regione e come minoranza linguistica¹²), 21 sindaci e 5 senatori nominati dal capo dello Stato (i quali saranno in carica per 7 anni e il cui incarico non sarà rinnovabile).

La nuova seconda camera italiana non avrà più il potere di dare o togliere la fiducia al governo, prerogativa che resterà in

⁹ RIDOLA, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰ C. MORTATI, *Intervista*, in *Gli Stati*, 1973.

¹¹ N. LUPO, *La composizione del nuovo Senato e la sua (ancora) incerta natura*, Relazione presentata in occasione della Giornata di Studio “Prospettive di riassetto delle autonomie territoriali alla luce della riforma del Titolo V in itinere” organizzata a Roma, il 23 novembre 2015, da Federalismi.it, Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet” della LUISS Guido Carli, Issirfa-CNR e Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio Arturo Carlo Jemolo, p. 1.

¹² La sovrarappresentanza del Trentino Alto Adige all’interno del nuovo Senato è oggetto di ampia discussione e critica in dottrina.

capo alla sola Camera dei Deputati; manterrà il proprio ruolo nell'iter legislativo per le materie di competenza collettiva ex art. 70 della Costituzione novellata ed avrà la possibilità di porre «stimoli alla riflessione»¹³ sulle leggi che esulano da queste materie, stimoli che tuttavia la Camera potrà superare confermando quanto precedentemente disposto a maggioranza semplice; quando le leggi trattino poteri delle regioni e degli enti locali avrà un ruolo più incisivo e, per respingere le sue modifiche, sarà necessario che l'altro ramo del Parlamento si esprima con la maggioranza assoluta dei suoi membri; avrà infine un ruolo in materia di politiche europee, di controllo sulla pubblica Amministrazione e avrà il compito di eleggere due giudici della Corte Costituzionale.

2.2. Il Senato spagnolo

L'art. 69 della Costituzione spagnola definisce il Senato come la «*cámara de representación territorial*», cioè la camera di rappresentanza territoriale del paese, determinandone subito la sostanziale differenza dal Congresso dei Deputati, per il quale si limita nell'art. 68 a stabilirne l'elezione «*por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto*».

I membri del Senato si dividono in due grandi categorie, dovute al metodo della loro elezione: 208 sono eletti con suffragio universale diretto in numero eguale di 4 per ciascuna provincia (fanno eccezione le regioni di Ceuta e Melilla, che eleggono 2 senatori, e le isole minori, che ne eleggono 1); mentre la restante parte è eletta dall'organo collegiale superiore di ciascuna comunità autonoma secondo quanto dispongono i suoi statuti (il numero è variabile poiché ciascuna comunità designa un senatore in modo fisso, a cui se ne deve aggiungere uno aggiuntivo per ogni milione di abitanti).

Il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha difeso l'importanza della funzione del Senato come luogo in cui perseguire gli interessi di ogni singola comunità, ed ha per questo imposto che l'attribuzione dei seggi all'interno delle singole comunità locali avvenga con un sistema proporzionale che impedisca la formazione di blocchi di senatori espressione del governo regionale. L'obiettivo di-

¹³ G. PICCIRILLI, *L'attuazione delle norme costituzionali sul ruolo e sulla organizzazione del nuovo senato. Una prospettiva di realpolitik*, traccia per il seminario di discussione sul tema *Quale organizzazione e quali gruppi per il nuovo Senato*, promosso dal Centro Studi sul Parlamento della LUISS Guido Carli nell'ambito dell'Osservatorio sulle riforme istituzionali, 10 febbraio 2016, p. 3.

chiarato dei giudici costituzionali è stato quello di evitare che si venissero a creare situazioni di divisioni ideologiche non solo all'interno dell'aula parlamentare, ma in ogni singola rappresentanza locale. Proprio questa scelta del Tribunale Costituzionale conferma con forza quale sia la più profonda vocazione del Senato spagnolo: portare al livello nazionale le istanze e gli interessi delle singole comunità locali, con lo scopo di dar vita ad una sintesi che fondi sulle autonomie locali la stessa coesione della Spagna.

Proprio come il nuovo Senato italiano, anche il Senato spagnolo non prende parte alcuna al rapporto fiduciario con il Governo, e sulle leggi ordinarie può proporre emendamenti al Congresso. Il potere principale della seconda camera spagnola è tuttavia quello dell'istituto del *veto* che essa può porre a maggioranza assoluta sui provvedimenti licenziati favorevolmente dall'altra camera, la quale può comunque sempre superare la deliberazione senatoria con un proprio voto a maggioranza assoluta.

In Spagna inoltre per le materie di maggiore interesse territoriale (trattati e convenzioni internazionali *ex art.* 94 primo comma, statuti delle comunità autonome *ex art.* 145 secondo comma, e questioni sulla distribuzione delle risorse economiche fra le diverse realtà locali *ex art.* 158 secondo comma) è in vigore un sistema di conciliazione simile a quello tedesco, per il quale l'art. 74 della Costituzione stabilisce un *iter* che passa «*por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores*» la quale «*presentará un texto que será votado por ambas Cámaras*». Anche in queste materie, tuttavia, la parità fra i due rami del parlamento spagnolo non è affatto completa, e nel caso in cui la *Comisión Mixta* non raggiunga una sintesi delle diverse posizioni «*decidirá el Congreso por mayoría absoluta*».

3. *Le funzioni ed i poteri nell'iter di formazione delle leggi*

Per comprendere il ruolo, il rilievo e la funzione delle seconde camere in corso di studio è centrale guardare con attenzione all'*iter* di formazione delle leggi «destinato ad essere radicalmente mutato con il superamento del bicameralismo perfetto»¹⁴, nel quale i sistemi italiano e spagnolo vedono delinearsi delle differenze che ne mettono in luce il difforme percorso storico che ha caratterizzato il loro rispettivo ruolo nel sistema di riferimento.

¹⁴ CANALE, *Alcune preliminari considerazioni critiche*, cit., p. 19.

In Spagna non esiste alcuna materia che veda permanere il sistema bicamerale paritario; nonostante ciò in alcune materie indicate dall'art. 74 della Costituzione la rilevanza dell'opposizione del Senato alle decisioni del Congresso è maggiore: essa non può risolversi direttamente con una nuova votazione a maggioranza assoluta della camera bassa se non previo il tentativo di conciliazione di una *Comisión Mixta*, ed in alcuni casi è attribuito al Senato il potere di iniziativa legislativa.

In entrambi i sistemi in comparazione la camera bassa avrà un ruolo predominante sull'*iter* legislativo, decidendo sostanzialmente in modo unilaterale e con la possibilità di ricevere correttivi dalla camera alta attraverso il *veto* del Senato in Spagna o delle *riflessioni* del Senato in Italia; in entrambi i casi la prima camera potrà ignorare le proposte provenienti dall'altro ramo del parlamento con una votazione a maggioranza assoluta in tutti i casi di *veto* e solamente nelle materie di interesse regionale o di bilancio in Italia, ovvero riapprovando la legge a maggioranza semplice in tutti gli altri casi di proposte di emendamenti o modifiche avanzati dal nuovo Senato italiano o da quello spagnolo.

3.1. *Il potere di modifica*

Se è vero che parte della dottrina italiana ritenga che «nella prospettiva delle Regioni, il nuovo Senato, alla luce della sua composizione e dei suoi poteri, e specie se si darà piena attuazione al nuovo disposto costituzionale, sembra essere in grado di attenuare in misura non irrilevante il carattere eteronomo della legislazione statale»¹⁵ in concreto questo non può essere considerato completamente corrispondente al vero, tanto che molti studiosi parlano invece di assoluta «scomparsa della potestà legislativa concorrente»¹⁶, alla luce della quale è difficile immaginare una partecipazione con risultati decisivi o pregnanti del nuovo Senato nell'*iter* legislativo.

Il Senato spagnolo non ha sostanzialmente alcun reale potere modificativo del contenuto della legge licenziata dal Congresso.

¹⁵ LUPU, *La composizione del nuovo Senato e la sua (ancora) incerta natura*, cit., p. 2, e anche A. D'ATENA, *Relazione conclusiva. Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Il contenzioso Stato-Regioni nella giurisprudenza costituzionale e l'avvenire delle Regioni*, a cura di L. Pesole e M. Volpi, Napoli, 2015, p. 171.

¹⁶ I. CIOLLI, *Appunti per l'audizione del 29 ottobre 2015 innanzi alla I Commissione (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) della Camera dei Deputati*, su *Osservatorio Costituzionale*, 5 febbraio 2016, p. 2.

Questa condizione nega in concreto la possibilità dell'instaurarsi di un sistema di *government by discussion* fra i due rami del Parlamento salvaguardato solamente in parte nella riforma costituzionale italiana che porterà al nuovo Senato. Anche la Camera dei Deputati, infatti, avrà sempre la possibilità di superare quanto approvato dal Senato e, nei casi di più grave scontro, sarà sempre prevista un'*exit strategy* che la veda affermarsi come decisore ultimo ed incontrastato.

Tanto nel sistema spagnolo quanto in quello italiano «l'intervento del Senato potrebbe pertanto divenire un inutile aggravamento procedurale, magari secondo un'ottica dilatoria delle opposizioni, senza che ciò possa consentire un'adequata tutela alle autonomie»¹⁷.

3.2. *Il potere di opposizione*

Vista l'impossibilità delle seconde camere in analisi di influire definitivamente sulle singole norme, sembra necessario individuare lo spazio naturale di sviluppo della loro capacità di indirizzo del paese nel potere oppositivo concessogli: il *veto* e le *riflessioni*.

Il *veto* del Senato spagnolo è un intervento fondamentalmente ostruttivo, che mira a bloccare la norma così come determinata dal Congresso poiché lede gli interessi autonomistici e locali di cui il Senato è portatore. Proprio questa caratterizzazione come interferenza nell'*iter* legislativo, piuttosto che come collaborazione nello stesso, rende necessaria per superare il *veto* la maggioranza assoluta del Congresso. La richiesta di approvare la stessa legge precedentemente convalidata, di cui il Senato prova a bloccare l'*iter*, dandole una rilevanza tale da coinvolgere un numero cospicuo di forze parlamentari segue una *ratio* di ricerca della volontà condivisa degli schieramenti politici che rende facilmente assimilabile questo procedimento a quello di revisione costituzionale.

Diametralmente opposto è il ruolo del nuovo Senato nell'*iter* legislativo italiano, questo può infatti proporre delle *riflessioni* all'altro ramo del parlamento che comportino anche un lavoro di emendazione del testo ricevuto, un compito da adempiere tuttavia in dei tempi tassativamente contingentati, oltre i quali la seconda camera perde qualsiasi potere di influenza nell'*iter* di formazione delle leggi. Lo scopo è esattamente quello di evitare lo sviluppo nel

¹⁷ CANALE, *Alcune preliminari considerazioni critiche*, cit., p. 21.

Senato di una posizione ostruzionistica, sulla quale si basa invece il *veto* spagnolo, mantenendo tuttavia in capo alla nuova camera alta italiana la possibilità di sintetizzare nelle proprie *riflessioni* gli interessi locali e regionali di cui è portatrice.

4. Conclusioni e confronto

I diversi ruoli del Senato spagnolo e italiano nel processo di formazione delle leggi sono paradigmatici della diversa funzione, ma soprattutto del diverso ruolo, che le seconde camere ricoprono all'interno del rispettivo sistema costituzionale.

Il Senato spagnolo ha l'unico compito di rappresentare le istanze locali ed autonomistiche a livello nazionale, il che non rende necessario o legittimo il suo coinvolgimento nella formazione della *ratio* e del testo di legge, quanto invece si esprime perfettamente nell'istituto del *veto*, il quale va tuttavia necessariamente letto come mezzo ostruzionistico volto a fermare il progresso di formazione di una legge che leda gli interessi o le volontà delle realtà regionali.

Il nuovo Senato italiano ha, invece, esattamente all'opposto, un ruolo partecipativo attivo nell'*iter* di formazione delle leggi, seppure in posizione minoritaria, storicamente conseguente al ruolo nazionale che ha per oltre un secolo ricoperto. Ciò gli riconosce il diritto di proporre modifiche ed emendazioni seppure in un termine tassativo fortemente limitato.

Proprio la contingentazione dei tempi nei quali la seconda camera italiana può intervenire nel processo legislativo rende immediatamente evidente la volontà del legislatore costituente di non permettere che questa camera prenda una posizione ostativa alle decisioni dell'altra, non riconoscendo questa funzione al suo ruolo di rappresentante delle realtà regionali.

In conclusione non si può negare che «quanto alla modifica del bicameralismo [italiano], la composizione e le funzioni del nuovo Senato sono di difficile comprensione al momento, e del resto non può essere tutto chiaro in una istituzione completamente nuova; bisognerà, perciò, attendere sia la legge che ne disciplinerà l'elezione, sia la prassi che meglio chiarirà il peso e l'autorevolezza che tale seconda Camera saprà conquistare sul campo e nell'arena politica»¹⁸.

¹⁸ CIOLLI, *Appunti per l'audizione del 29 ottobre 2015*, cit., p. 2.

Considerando che «come in molte esperienze istituzionali e sociali, anche legate a traiettorie possibili degli assetti costituzionali, il fenomeno legato alle c.d. transizioni dei regimi statuali e politici non è mai “predicibile”, ma solo “postdicibile”»¹⁹, l'accento deve necessariamente essere posto sulla concreta traduzione del sistema elettorale da parte della pluralità nazionale come espressa nel voto popolare.

Questa si ritiene essere la variabile che principalmente possa modificare il peso specifico del Senato nei sistemi di riferimento, tenendo conto inoltre che «l'attuazione del principio pluralista, che caratterizza la nostra forma di Stato, non permetterebbe l'esclusione o la limitazione eccessiva dell'azione di altre identità politiche collettive»²⁰ le quali a loro volta potrebbero trovarsi ad influenzare l'agire dell'elettorato attraverso *referendum* o campagne di opinione.

Il grado di compattezza dei partiti, la scelta di un principio proporzionale piuttosto che di quello maggioritario, e il livello di gradimento e fiducia verso la politica o la classe dirigente dei singoli territori potrà sensibilmente modificare la gerarchia dei rapporti fra i diversi rami del Parlamento. In particolare una situazione frammentaria, tipica del panorama italiano, tenderà necessariamente a rafforzare la seconda camera; una situazione invece stabilmente rinsaldata su un sistema bipartitico, storicamente radicata in Spagna, concede una influenza pressoché incontrastabile alla maggioranza insediata nella prima camera.

Proprio queste incerte variabili spingono a condividere con decisione la posizione saldamente presa da gran parte della dottrina su come non sia tanto necessario sposare una soluzione di sistema piuttosto che un'altra, ovvero decidere di ricercare un compromesso; quanto invece «è necessario sceglierne una e svilupparla coerentemente»²¹.

¹⁹ E. CUCCODORO, *A proposito di alcune riflessioni sulle transizioni costituzionali contemporanee (Omaggio a Franco Modugno in occasione della Sua elezione a Giudice costituzionale)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3 febbraio 2016, p. 2 ma anche A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, p. 329.

²⁰ P. MARSOCCHI, *Testo per l'audizione della professoressa Paola Marsocci presso la I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati - Indagine conoscitiva sull'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione*, su *Affari Costituzionali*, fasc. 1/2016, 24 marzo 2016, p. 2.

²¹ V. LIPPOLIS, *Nota sul disegno di legge costituzionale n. 1429*, in *Federalismi.it*, 2014, p. 1.

FRANCESCO MARIA VINCENTELLI*

IV
OFFERTA AD INCERTAM PERSONAM
NELLA DOTTRINA TEDESCA

The following article focuses on the offerta ad incertam personam, rather than as a commercial custom, as the expression of a particular intent having concern for the contractual idea hidden behind the gesture of the ob-ferre.

SOMMARIO: 1. 1. Italia: cenni sulla vendita di beni esposti in vetrina. – 2. Germania. – 3. Conclusioni.

1. *Italia: cenni sulla vendita di beni esposti in vetrina*

L'offerta al pubblico, non prevista dal *Code Civil*¹ né dal Codice del Commercio del 1882², può dirsi disciplinata per la prima volta in Italia dal vigente Codice Civile³.

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Brutti.

¹ Non a caso presente ne *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (avant-projet Catala)*, il quale dispone all'Art. 1105 co. 1: «*L'offre est un acte unilatéral déterminant les éléments essentiels du contrat que son auteur propose à personne déterminée ou indéterminée, et par lequel il exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation*».

² Il cui art. 36, co. 4: «*Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte*».

³ Art. 1336: «*L'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi*». L'attuale disposizione ha accolto dal Codice del Commercio (art. 36 co. 1) il perfezionamento del contratto con la conoscenza dell'accettazione; condizione assente invece nel combinato artt. 1125, 1448 del Codice del Regno d'Italia 1865 (che permetteva la trasmissione del diritto grazie al *consenso legittimamente manifestato*).

La dottrina italiana riconduce, non senza discussioni⁴, all'offerta al pubblico (da contrapporre alla *invitatio ad offerendum* mirante semplicemente ad «orientare gli interessi»⁵) la particolare abitudine negoziale diretta alla realizzazione di una compravendita nell'indeterminatezza iniziale dell'identità del compratore, attraverso l'esposizione del bene in vetrina. Questa, s'intende, necessariamente munita degli elementi essenziali del contratto in divenire. All'eventuale compratore accettante, il negoziante non potrebbe negare la conclusione della compravendita senza risultare inadempiente. Contraria l'opinione sostenuta da Galgano⁶, che vorrebbe il negoziante mantenere l'ultima parola sulla decisione di vendere. Tale soluzione, facente appiglio alle *consuetudini* e agli *usi*, sebbene consentita dall'art. 1336, non sembra essere stata sufficientemente convincente; tanto più potendovisi contrapporre un obbligo di vendita per attività commerciali al dettaglio positivamente sancito⁷.

Conforme all'opinione maggioritaria la Giurisprudenza^{8, 9},

⁴ F. M. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ed. IV, Napoli, 1993, p. 850, non mancò di chiarire la propria contrarietà alla diversa concezione dell'istituto quale esposta da un illustre collega (si tratta di GALGANO, «Un giurista, improvvisatosi civilista (...): «Sarebbe anche bello trasformare i negozi in piccoli *clubs* esclusivi con tanto di tessera; peccato però che al rilascio della licenza di esercizio si accompagni un obbligo a contrarre (...). L'autore si riferisce ad un passo del F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 2, Padova, 2010, pp. 196-197 contro il perfezionamento del contratto a seguito dell'accettazione da parte del cliente. Ragionando altrimenti: «(...) dovremo dire che il contratto si perfeziona nel momento in cui il cliente, entrato nel negozio o nel ristorante, con la conseguenza che l'eventuale rifiuto del gestore equivarrebbe ad inadempimento di un già concluso contratto. Ma sappiamo che non è così: ogni negoziante si ritiene libero di decidere a chi vendere (ossia di scegliere la propria clientela) e quanto vendere, salvo il caso di chi venda generi di monopolio. (...) Il citato art. 1336 autorizza questa diversa qualificazione della dichiarazione al pubblico come semplice invito a proporre, anche se contenga gli estremi essenziali del contratto: essa vale come proposta contrattuale *salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi*».

⁵ *Relazione del Ministro Grandi al Codice Civile*, 611, p. 132. Espressione che, se forse più vaga, ricorda quella «*Kauflustige anzulocken*» usata in R. VON JHERING, *Bemerkungen zu der Abhandlung I. über die Lehre von den Versteigerungen*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* Bd. 7, Jena, 1865, p. 174.

⁶ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit.

⁷ Art. 3 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114: «Obbligo di vendita 1. In conformità a quanto stabilito dall'articolo 1336 del Codice Civile, il titolare dell'attività commerciale al dettaglio procede alla vendita nel rispetto dell'ordine temporale della richiesta».

⁸ Secondo la quale già in Cass. civ., 21.4.49, n. 962 «il codice ha nettamente distinto l'istituto della promessa al pubblico da quello dell'offerta al pubblico, disciplinando la promessa al pubblico quale negozio unilaterale, vincolante di per sé, indipendentemente da accettazione, appena resa pubblica, e l'offerta al pubblico quale elemento di un possibile contratto futuro, bisognevole, come tale, di accettazione da persona cui l'offerente convenga, persona momentaneamente indeterminata».

⁹ «Nei locali in cui si pratica il sistema di vendita con l'offerta al pubblico

lontana dallo stato dell'arte in Regno Unito¹⁰, sostenendo che l'accettazione manifestatasi attraverso la conduzione del bene alla cassa coincide con la conclusione del contratto e con il trasferimento della proprietà.

2. Germania

Secondo la dottrina maggioritaria, l'offerta (*rectius* proposta) di cui al § 145 BGB sarebbe *empfangsbedürftig*¹¹ rimanendo priva dell'efficacia di negozio, in mancanza di un destinatario.

Una spiegazione dottrinale¹² impedisce la considerazione dell'offerta quale *Rechtsgeschäft* data la mancanza di uno degli *essentialia negotii*: le *Vertragsparteien*. Se il fatto che tra gli altri requisiti essenziali del negozio interessato manchi la causa non stupisce il lettore¹³, il requisito della determinazione delle parti del contratto

della merce su cui sono indicati sia la qualità che il prezzo, la conclusione del contratto e il contestuale trasferimento della proprietà della merce stessa si verificano allorché il compratore viene a contatto con la cassiera, ausiliaria del venditore, la quale controlla i generi acquistati e riceve il prezzo relativo» (Cass. pen., 29.3.72, in *Giur. it.*, 78, II, p. 198).

¹⁰ Così in *Fisher v. Bell* (1961), in *Partridge v. Crittenden* (1968) e in *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* del 1953. In quest'ultima, «*There is no sale until the buyer's offer to buy is accepted by the acceptance of the money, and that takes place under the supervision of a pharmacist*». Non pare arduo accogliere l'invito del *Lord Chief Justice* e fare appello al *common sense*, data la particolare natura dei beni oggetto del negozio. Cionondimeno, la decisione riguardò e si estese all'attribuzione della qualifica *offer* a qualsiasi esposizione, sempre da intendersi come esposizione del bene stesso illustrata dal prezzo. Offerta la quale ai sensi dell'art. 1336 equivarrebbe tuttavia a *proposta*.

Così anche A. BURROWS, *Offer and Acceptance. A Casebook on Contract*, ed. II, Oxford, 2009, p. 5, nel considerare la *invitation to treat* quale «*an expression of willingness to negotiate. A person making an invitation to treat does not intend to be bound as soon as it is accepted by the person to whom the statement is addressed*».

¹¹ *Necessitante ricezione*.

¹² *Muenchner Kommentar zu BGB*. 2012, p. 1614: «*Erforderlich ist also, dass die Erklärung aus Sicht des Erklärungsempfängers als Antrag aufgefasst werden kann. Sie muss daher insbesondere erkennen lassen, dass sie auf den Abschluss eines bestimmten Vertrages gerichtet ist. Nimmt der Erklärende beispielsweise eine telefonische Tischreservierung in einem Restaurant vor, so ist damit kein verbindlicher Antrag zu einem Bewirtungsvertrag verbunden, da dessen Inhalt noch gänzlich unbestimmt ist. Erforderlich ist, dass das Angebot bezüglich der wesentlichen Vertragspunkte (essentialia negotii) des angestrebten Vertragstypus (Vertragsgegenstand, Vertragsparteien, Vergütung) eine objektiv verständliche Erklärung enthält*».

¹³ Assenza di causa che in Italia provocherebbe la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418, Codice Civile (diverso il caso dei negozi c.d. *astratti*). Non condivisa da B. WINDSCHEID («Sotto vari aspetti si insegna, che per la validità o per la completa efficacia del contratto non basta la semplice promessa accettata, che inoltre è ri-

sembra pensato a protezione dell'efficienza dei traffici. Requisito che si potrebbe ritenere implicito anche nell'*offerta al pubblico*¹⁴ ed esplicito nell'*avant-projet Catala*.

Altra spiegazione può dirsi storica¹⁵, volendosi rinvenire l'efficacia dell'offerta così intesa dalla tradizione codicistica germanica, sia dall'*ADHGB*¹⁶ che dal *Pr. ALR*¹⁷, nonché soprattutto dalla tradizione propriamente dottrinale. Nelle elaborazioni della seconda metà dell'Ottocento, in Jhering¹⁸, nel Regelsberger¹⁹, in Windscheid²⁰

chiesta anche una causa d'obbligazione», Diritto delle Pandette, trad. C. FADDA - C.E. BENZA, *Diritto delle Pandette*, cit., II, p. 237, più tardi attraverso la ricerca delle interpolazioni (P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, p. 115 e ss.) si giunse ad escludere che nelle fonti giustinianee vi fosse qualsiasi riferimento alla causa del contratto.

¹⁴ L'accettazione quale presupposto dell'efficacia vincolante si desume dall'art. 1336, co. 2 Codice Civile «La revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia». Revocabilità che rimane la maggiore differenza sul piano teorico dalla promessa al pubblico.

¹⁵ Fortemente sostenuta dal FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. 2, *Das Rechtsgeschäft*, Heidelberg, 1965, pp. 635 e ss.

¹⁶ *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Art. 319 «Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei. Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat».

¹⁷ *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten I*, 5, § 94. «Ist bei dem Antrage wegen der Zeit zur Annahme gar nichts bestimmt worden, so muß die Erklärung über einen mündlichen Antrag sogleich, als derselbe geschehen ist, abgegeben werden».

¹⁸ JHERING, *Bemerkungen zu der Abhandlung I. über die Lehre von den Versteigerungen*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* Bd. 7, cit., pp. 173 e ss. Percepibile l'attenzione alla *Praxis*, l'autore giunge a distinguere la fattispecie in esame dall'*Auslobung* (che poi confluirà nel § 657 BGB, nostra promessa al pubblico, art. 1989 Codice Civile) caratterizzata per essere il caso «eines öffentlichen durch eine zu erzielende Leistung bedingten Versprechens». L'atteggiamento di chi pur rende pubblica, con tanto di prezzo del bene, la volontà di vendere, manifesta solo una propria *Geneigtheit* (inclinazione).

¹⁹ F. REGELSBERGER, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, Weimar: Böhlau, Weimar, 1868 - VIII, pp. 48 e ss. In particolare «Eine solche an das ganze Publikum gerichtete Aufforderung (cfr. tra le altre öffentliche Anündigung der Theater, Konzert-, Ball-, Eisenbahn- und Omnibusunternehmer N.d.A.) ist nur eine Einladung zur Stellung von Angeboten, nicht selbst Angebot».

²⁰ B. WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Aufl. Band 2, Frankfurt a.M. 1887, p. 191, § 308. L'autore fonda anzitutto la distinzione sulla presenza di un contrassegno degli indirizzati (che pure rimangono *unbestimmte* ma nel solo senso di *nur nach einem Merkmal oder nach Merkmalen bestimmte Person*). Diversamente, «sind mit Vertragsanträgen an eine unbestimmte Person nicht zu verwechseln öffentliche Anündigungen (tra cui quelle von Waaren oder Büchern oder Mitwohnungen zu

e fino al Dernburg²¹ si ricava infatti un simile inquadramento. L'offerta *ad incertam personam*, in quanto dichiarazione di volontà, «consiste in una produzione di segni (...) affinché si possa provocare presso gli altri la consapevolezza che colui dal quale provengono ha una determinata volontà»²². Volontà di offrire e dei relativi effetti giuridici²³. Ma ad una simile offerta, come detto, non segue alcun effetto. Si può allora affermare che il venditore offre nella consapevolezza e intenzione (ironicamente esagerata in Jhering²⁴) di non produrre con ciò effetti giuridici. Per quanto singolare, il ricevente non potrebbe desumere con certezza dall'offerta una volontà di vendere. Sarebbe la giustizia²⁵ ad attribuire al ricevente della proposta, dopo la revoca della stessa, solo un diritto all'interesse contrattuale negativo, non però un interesse all'adempimento.

Coerentemente, l'*Antrag* vincolante recepito nel § 145 *BGB* non è diretto a proporre un contratto ma la *conclusion*e dello stesso; *Schließung* che si comprende non può esservi senza un ricevente, pur sempre mantenendo le distanze dalla promessa al pubblico²⁶.

Infine una spiegazione pratica vorrebbe la suddetta offerta priva di vincolo per non doversi trovare in situazioni di impratica-

gewisse Preisen), durch welche zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts auf gewisse Bedingung eingeladen wird; sie sind nicht Vertragsanträge, sondern Aufforderungen zu Vertragsanträgen, und daher unverbindlich».

²¹ H. DERNBURG, *Pandekten*, Berlin, 1900, pp. 214 e ss. «*Einseitige Geschäfte unter Lebenden sind namentlich Willenskundgebungen, die sich dadurch vollziehen, daß sie dem andern Teil zukommen. Einige derselben sind zur Vorbereitung von Geschäften bestimmt, wie Vollmachten, bindende Offerten, andere dienen deren Fortführung, wie Kündigungen, Mahnungen*». Inoltre, (§ 96) «*Häufig muß sich die Erklärung, um gültig zu sein, an eine bestimmte Person richten und an sie gelangt sein. So ist es bei zweiseitigen Geschäften, aber auch bei manchen einseitigen - einseitigen empfangsbedürftigen Geschäften - z.B. bei Kündigungen, bei Vollmachten (...)*».

²² B. WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, 1880, pp. 76 e ss.

²³ «Chi afferma che nella dichiarazione di volontà viene realizzata solo la volontà indirizzata alla posizione di segni e non però la volontà indirizzata alla produzione di effetti giuridici, deve anche affermare che quando si somministra veleno col fine di togliere la vita viene realizzata solo la volontà di introdurre del veleno nel corpo altrui ma non la volontà di lasciare il corpo senza vita» (*Ibidem*, trad. d. A.).

²⁴ JHERING, *Bemerkungen zu der Abhandlung I.*, cit., p. 175, «*Gegen einen Kaufmann würde man über alle diese Fragen kein Wort zu verlieren brauchen, er würde sich vor uns Juristen kreuzigen, wenn wir ihm aus seinen Ankündigungen verbindliche Offerten machen und ihm damit gebunden dem Publikum überliefern wollten!*».

²⁵ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., p. 186.

²⁶ Caratterizzata, come noto, dalla *Vornahme einer Handlung* (esecuzione di un atto), § 657 *BGB*.

bilità²⁷. Si prenda lo scolastico esempio di Tizio negoziante il quale abbia messo in vendita un orologio²⁸ d'epoca per un certo prezzo. L'orologio, un pezzo unico, viene esposto in vetrina e attira l'attenzione dei passanti Caio e Sempronio. I due entrano contemporaneamente²⁹ all'interno del negozio manifestando l'intenzione di accettare la così considerata offerta. In un simile caso è evidente che, se si valutasse l'esposizione in vetrina di per sé quale offerta al pubblico, Tizio risulterebbe inadempiente verso una delle potenziali controparti. Ritenendo invece l'esposizione non vincolante, sarebbe Tizio a trovarsi nella posizione di accettare l'offerta del compratore, non risultando così necessariamente inadempiente. A proporre il *contratto* sarebbe Tizio ma a proporre la *conclusione* sarebbero solo Caio e Sempronio.

Seguendo la *ratio* è facilmente comprensibile la considerazione di offerta vincolante nei casi in cui non può presentarsi detta impraticabilità: così per le *Warenautomat*, i distributori automatici, anche di benzina. Se questo la dice lunga sul peso della spiegazione dottrinale, giacché concettualmente non sussiste differenza in ordine alla mancanza dell'elemento delle *Vertragsparteien*, che infatti si rinviene anche nelle *Warenautomat*, ciò permette di intuire quanto la dottrina tedesca sia attenta alla prassi.

3. Conclusioni

Se anche l'art. 14 del CISG³⁰ accoglie, al secondo comma, l'uso più vicino al negoziante, la soluzione prospettata da Galgano,

²⁷ MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Auflage, 1997, p. 147 sullo *Schaufenster*; Sulla *Gefahr einer Mehrfachverpflichtung* anche R. SCHMIDT, *BGB Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, 2013, pp. 115 e ss. (anche sulla considerazione di vetrina nei negozi in Internet).

²⁸ Diverso il caso, scolastico per qualche generazione precedente di giuristi (REGELSBERGER, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, cit., pp. 49 e ss.) dell'orologio messo in vendita da Tizio in un'osteria. Qui vengono in rilievo riflessioni sulla effettiva volontà delle dichiarazioni dato che, come del resto intuibile, nella maggior parte dei casi l'offerta risulterebbe priva di una *ernstlichen Absicht*.

²⁹ Sulla contemporaneità di prestazioni adempienti un'offerta vincolante (quale una *Auslobung*) si veda anche WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., p. 190 «*wie ist es, wenn Mehrere zu gleicher Zeit oder wenn Mehrere durch gemeinschaftliche Thätigkeit die geforderte Leistung beschaffen?*». A rispondere è REGELSBERGER (*op. cit.*, p. 210) secondo il quale ad ognuno dei coadempienti spetterebbe una parte proporzionale, mai potendo il promittente vedersi costretto ad un molteplice pagamento del prezzo stabilito.

³⁰ *Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di beni mobili*, art. 14 «1. Una proposta di concludere un contratto rivolta ad

con riguardo all'esposizione di beni in vetrina, non sembra così fuori luogo. Va da sé che attenendosi però al Codice Civile, a meno che non ci si voglia appellare ai succitati usi e consuetudini, la considerazione dell'offerta al pubblico non potrebbe essere diversa.

La manifestazione di volontà è palesata dal gesto dell'offrire, momento necessario della consegna nel mondo sensibile per il riconoscimento di qualsivoglia efficacia giuridica. Un volere che va manifestato, poiché «lo stato d'animo interiore è indifferente per il diritto»³¹, ma che manifestatosi non si vede sempre ricondurre lo stesso effetto da ordinamenti diversi, pur incentrati sullo stesso paradigma della volontà.

una o più persone determinate costituisce una proposta contrattuale se essa è sufficientemente precisa e se indica la volontà del preponente di obbligarsi in caso di accettazione. Una proposta è sufficientemente precisa se indica i beni e ne fissa esplicitamente o implicitamente la quantità e il prezzo, o dà indicazioni che consentano di determinarli. 2. Una proposta rivolta a persone indeterminate deve considerarsi semplicemente come un invito ad offrire, a meno che la persona che ha fatto la proposta non abbia chiaramente indicato il contrario».

³¹ WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, cit., p. 76.

PAOLO RAMAZZOTTI*

V
SHACKLING OF PREGNANT INMATES IN U.S. PRISONS
A HUMAN RIGHTS VIOLATION

Shackling pregnant inmates during labor and delivery is a common practice in United States prisons, as Amnesty International first reported in 1999. Although the federal government made an effort to regulate the shackling policy, some states have not limited the practice yet. This paper argues that shackling pregnant women represents an evident and gross violation of international human rights law, as well as a violation of the US constitution.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Current legislation. – 3. International Human Rights violation. – 4. Case law.

1. *Introduction*

In 1999 Amnesty international released a report on the situation of women in United States prisons¹. Among other issues, the report addressed the practice of shackling pregnant inmates during labor regardless history of violence or previous attempts to escape. In particular, visiting a hospital in California where prisoners are taken when in labor, Amnesty found that even if the ward was locked and despite the presence of four armed guards inside, «every inmate [was] chained by a leg to her bed. An inmate showed the Amnesty International delegates her shackle. She could lie on

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Gemma Marotta.

¹ Amnesty International, *Not Part of Her Sentence: Violations of the Human Rights of Women in Custody*, 1999.

her side but she could not roll over»². According to testimony, restraints are applied during labor and delivery, as well as immediately following giving birth³. A woman reported that she was shackled to the bed after the birth of her baby by caesarian section even though a doctor had requested that, because of her surgery, she be allowed to walk around⁴. According to the report, another woman was shackled soon after her baby was born and she has been kept in shackles also when walking holding the baby in her arms: «She asked the officer to hold the baby while she went to pick something up. The officer said it was against the rules. She had to maneuver with the shackles and the baby to pick up the item»⁵.

The same situation was reported by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences⁶. That report released in 1999 presented a case of a 26-year-old woman who was pregnant when sentenced. She was shackled while being transported to the public hospital and after the baby was born. In another case, a woman has been shackled even during delivery. A warden confirmed that shackling prisoners before and after delivery was a state policy. The Special Rapporteur expressed his concern on the abuse of the restraints and considered such treatment «degrading and inhuman, especially in view of the fact that women prisoners are assigned security guards whilst in hospital»⁷. Finally, the Special Rapporteur requested minimum standards with regard to health care, requiring that «women's reproductive health concerns should not be neglected»⁸.

² Amnesty International, *op. cit.*

³ «The doctor came and said that yes, this baby is coming right now, and started to prepare the bed for delivery. Because I was shackled to the bed, they couldn't remove the lower part of the bed for the delivery, and they couldn't put my feet in the stirrups. My feet were still shackled together, and I couldn't get my legs apart. The doctor called for the officer, but the officer had gone down the hall. No one else could unlock the shackles, and my baby was coming but I couldn't open my legs... Finally the officer came and unlocked the shackles from my ankles. My baby was born then. I stayed in the delivery room with my baby for a little while, but then the officer put the leg shackles and handcuffs back on me and I was taken out of the delivery room». Amnesty International, *op. cit.*

⁴ Amnesty International, *op. cit.*

⁵ Amnesty International, *op. cit.*

⁶ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences: Mission to the United States of America, 1999.

⁷ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, *op. cit.*

⁸ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, *op. cit.*

During the last years, the United States have been «developing explicit policies banning or restricting the use of restraints on pregnant inmates and detainees at both the federal and state level»⁹. However, the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences released another report in 2011 in which stated that «[d]espite these developments, interlocutors reported that pregnant women are routinely shackled on their way to and from hospital and sometimes remain shackled during labor, delivery, and postdelivery»¹⁰.

2. *Current legislation*

Since the 1999 Amnesty report there have been some effort both at a federal and state level to limit the use of restrains on pregnant prisoners. In 2008 the Federal Bureau of Prisons adopted a policy in which expressly states that: «An inmate who is in labor, delivering her baby, or is in post-delivery recuperation, or who is being transported or housed in an outside medical facility for the purpose of treating labor symptoms, delivering her baby, or post-delivery recuperation, should not be placed in restraints unless there are reasonable grounds to believe the inmate presents an immediate, serious threat of hurting herself, staff or others, or there are reasonable grounds to believe the inmate presents an immediate and credible risk of escape that cannot be reasonably contained through other methods»¹¹.

Moreover, the Department of Justice recently developed «a set of principles to guide agencies and jurisdictions in the development of local policy and practice»¹². Although the principles do not constitute a proscribed policy, they clearly state that: «The use of restraints on pregnant women and girls under correctional custody should be limited to absolute necessity» meaning «an imminent risk of escape or harm (to the pregnant woman or girl, her fetus/

⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, United States of America Fourth Periodic Report, 2011.

¹⁰ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences: Mission to the United States of America, 2011.

¹¹ US Department of Justice, Federal Bureau of Prisoners, Escorted Trips policy, 2008.

¹² US Department of Justice, Bureau of Justice Assistance, Best Practices in the Use of Restraints with Pregnant Women and Girls Under Correctional Custody, 2014.

newborn, or others) and these risks cannot be managed by other reasonable means (e.g., enhanced security measures in the area, increased staffing, etc.)».

However, the policy applies only to federal facilities which host almost 13.700 women out of the total women population in jails and prisons nationwide of 209.000¹³. In fact, the majority of women prisoners are held in state prisons (101.300) and due to the lack of a federal rule on the subject, the use of shackles on pregnant inmates vary from state to state. According to the most recent data, only 18 states have passed laws restricting the practice, while 24 states limit the use of shackling but only by policy and eight states have neither laws nor policies regarding restraints on pregnant prisoners¹⁴. Sometimes even state laws addressing the practice do not provide full protection against shackling; however, they are much more effective than policies: policies are not always publicly available and they often apply only to prison and correctional department that adopt them, while state laws cover all the facilities within the state¹⁵.

Both the federal policy and the state laws limit the use of restraints on pregnant prisoners. However, shackling is permitted in the event the inmate presents either a «immediate and serious threat of hurting herself [...] or others» or an «immediate and credible risk of escape that cannot be reasonably contained through other methods»¹⁶. It has been argued that these justifications are not persuasive: even among states that restrict shackling, there has been no report of women in labor escaping or causing harm to themselves or others¹⁷. A possible explanation is provided by the physical and mental rigors of labor and childbirth along with the fact that in most cases pregnant prisoners are not in the same room with other patient¹⁸. Furthermore, other measures are usually taken to safeguard the public and medical staff: for example, in most cases of safety concerns, armed guards accompany preg-

¹³ US Department of Justice, *op. cit.*

¹⁴ Data provided by *The Shackling of Incarcerated Pregnant Women: a Human Rights Violation Committed Regularly in the United States. An Alternative Report to the Fourth Periodic Report of the United States of America Submitted Pursuant to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 2013.

¹⁵ *The Shackling of Incarcerated Pregnant Women*, cit.

¹⁶ US Department of Justice, Federal Bureau of Prisoners, *Escorted Trips policy*, 2008.

¹⁷ *The Shackling of Incarcerated Pregnant Women*, cit.

¹⁸ *The Shackling of Incarcerated Pregnant Women*, cit.

nant women into the delivery room or are stationed immediately outside¹⁹.

3. *International Human Rights violation*

Using restraints on pregnant prisoners constitutes a violation of fundamental rights endorsed by several international agreement among States. In particular, international human rights law recognizes the right to health and requires a broad protection of pregnancy and maternity. It also recognizes the security and dignity of person and prohibits cruel, inhumane or degrading treatments.

First, shackling pregnant prisoners to the hospital bed violates the general right to health and the protection of motherhood. In fact, shackles interfere with the adequate medical assistance required during pregnancy and pose an unreasonable risk for both the woman and the child. Moreover, shackling make it difficult for physicians to intervene in case of emergency²⁰.

Although it is not binding, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) was the first international agreement to recognize a right to adequate standard of living and to require a special care and assistance to motherhood²¹. These provisions have later been developed and enhanced in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), a treaty to which the US became a signatory in 1977²². It provides «the highest attainable standard of physical and mental health»²³ and requires that «special protection should be accorded to mothers during a reasonable period before and after childbirth»²⁴. By shackling pregnant inmates, US is violating both provisions.

The same rights are also contained in the Convention to Eliminate All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and the Convention on the Rights of the Child (CRC). They have not been ratified by the US, thus they are not legally binding. However, since they have been recognized by the great majority of the inter-

¹⁹ *The Shackling of Incarcerated Pregnant Women*, cit.

²⁰ American Congress of Obstetricians and Gynecologists, ACOG-IX Statement on Committee Passage of Legislation to Prohibit the Practice of Shackling Incarcerated Pregnant Women, 2011.

²¹ Universal Declaration of Human Rights, art. 25.

²² However, it has not ratified the document yet.

²³ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 12.

²⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 10.

national community, they definitely provide authoritative guidance. Particularly regarding motherhood, State parties are required to provide «appropriate service in connection with pregnancy»²⁵ and «appropriate pre-natal and post-natal health care for mothers»²⁶.

Furthermore, the international community precised that the right to health and the protection of motherhood should be extended to detained people. The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners requires that «in women institution there shall be special accommodation for all necessary pre-natal and post-natal care and treatment»²⁷. This provision must be interpreted in the light of the Basic Principles for the Treatment of Prisoners, which at principle 9 provides: «prisoners shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation»²⁸. In 2008, with the Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, also the Inter-American Commission on Human Rights recognized that «Persons deprived of liberty shall have the right to health»²⁹. Moreover, in principle II it explicitly states that «Measures designed exclusively to protect the rights of women, particularly the rights of pregnant women and nursing mothers [...] shall not be considered discriminatory»³⁰.

In addition, the American Declaration of the Rights and Duties of Man acknowledges the «right to the preservation of health» and guarantees «special protection, care and aid» to women and children «during pregnancy and the nursing period»³¹. The Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights «Protocol San Salvador» made these provisions binding³², defining the right to health as «the enjoyment of the highest level of physical, mental and (even) social well-being» and, using the wording of ICESCR, it

²⁵ Convention to Eliminate All Forms of Discrimination Against Women, art. 12.

²⁶ Convention on the Rights of the Child, art. 24.

²⁷ Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, art. 23.

²⁸ Basic Principles for Treatment of Prisoners, principle 9.

²⁹ Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas. Principle X.

³⁰ Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas. Principle II.

³¹ American Declaration of the Rights and Duties of Man, Art. 11 and Art. 7.

³² However, United States did not sign this protocol.

requires «special care and assistance to mothers during a reasonable period before and after childbirth»³³.

The placement of restraints on pregnant women during labor can be considered cruel, inhumane and degrading. In fact, women who are limited in their movements experience a more painful labor than necessary. Moreover, since women are shackled without regards to their individual history of escape attempts and or violent behavior, US violates their fundamental right to dignity and security.

According to UDHR, «[e]veryone has the right to life, liberty and security of person» and «[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhumane or degrading treatment or punishment»³⁴. These rights have been later endorsed in art. 7 of the International Covenant on Civil and Political Right, a binding treaty ratified by 156 countries. The US ratified it in 1992 but placed a reservation on art. 7. However, ICCPR also requires that «All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person»³⁵. Therefore, as a matter of fact US is still legally bound to prohibit cruel and inhumane treatments.

Another international human rights treaty specifically addresses cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment (CAT) has been ratified by 141 states including US and requires that «Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction»³⁶. It defines torture as: «any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person [...] for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity»³⁷.

³³ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights «Protocol San Salvador», art. 10.

³⁴ Universal Declaration of Human Rights art. 3 and art. 5.

³⁵ International Covenant on Civil and Political Right, art. 10.

³⁶ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 2.

³⁷ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 1.

It has been argued that shackling of pregnant women is included in the definition³⁸. However, art. 16 of the Convention also covers «other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity». Even though shackling pregnant inmates does not constitute an act of torture, nevertheless, it should be considered a cruel and inhumane treatment perpetrated by prison officers and therefore it shall be prohibited according to CAT.

Additionally, both the Human Rights Committee and the Committee Against Torture have repeatedly expressed their concern regarding the United States' shackling practice. In 2006, the Human Rights Committee recommended the State party «to prohibit the shackling of detained women during childbirth»³⁹. In the same year, the Committee Against Torture expressed its concern regarding «the treatment of detained women in the State party, including [...] incidents of shackling of women detainees during childbirth. [United States] should adopt all appropriate measures to ensure that women in detention are treated in conformity with international standards»⁴⁰. It also asked if «[United States] consider such a measure to be necessary. In 2008, the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment stated that «measures of physical restraint should be avoided during delivery»⁴¹. Most recently, in 2013 the Human Rights Committee requested clarification as to «whether the [United States] intends to prohibit the shackling of detained pregnant women during transport, labor, delivery and post-delivery, under all circumstances»⁴².

³⁸ L. DANA SICHAEI, *Giving Birth In Shackles: a Constitution and Human Rights Violations*, in *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2007, p. 253.

³⁹ International covenant on civil and political rights, Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by State Parties under Article 40 of The Covenant, 2006.

⁴⁰ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Committee Against Torture, Consideration of Reports Submitted by State Parties under Article 19 of the Convention, 2006.

⁴¹ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, 2008.

⁴² International covenant on civil and political rights, Human Rights Committee, List of issues in relation to the fourth periodic report of the United States of America, 2013.

Protection against cruel, inhumane and degrading treatment has also been extended by the international community to all the people deprived of liberty. Two sets of principles recognize that all prisoners «shall be treated in a humane manner»⁴³, respecting «the inherent dignity of the human person» and «value as human beings»⁴⁴. In particular, the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment provides that «No person under any form of detention or imprisonment shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. No circumstance whatever may be invoked as a justification for torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment»⁴⁵.

Moreover, the United Nations developed rules regarding the use of restraints on prisoners. In fact, according to The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners:

«Instruments of restraint [...] shall never be applied as a punishment. Furthermore, chains or irons shall not be used as restraints. Other instruments of restraint shall not be used except in the following circumstances:

(a) As a precaution against escape during a transfer, provided that they shall be removed when the prisoner appears before a judicial or administrative authority;

(b) On medical grounds by direction of the medical officer;

By order of the director, if other methods of control fail, in order to prevent a prisoner from injuring himself or others or from damaging property; in such instances the director shall at once consult the medical officer and report to the higher administrative authority»⁴⁶.

It follows that, according to UN, shackling of pregnant women during labor should be the exception rather than the rule⁴⁷. Recently, the United Nations have also created rules specifically regarding treatment of women prisoners. The United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders ('the Bangkok Rules') explicitly state

⁴³ Body of Principles for the Protection of all Persons under any form of Detention or Imprisonment, principle 1.

⁴⁴ Basic Principles for Treatment of Prisoners, principle 1.

⁴⁵ Body of Principles for the Protection of all Persons under any form of Detention or Imprisonment, principle 6.

⁴⁶ Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, art. 33.

⁴⁷ DANA SICHAEI, *Giving Birth In Shackles: a Constitution and Human Rights Violations*, cit., p. 252.

that «Instruments of restraint shall never be used on women during labor, during birth and immediately after birth»⁴⁸.

Finally, the basic rights to dignity, security and freedom from cruel, inhumane and degrading treatment or punishment are recognized also at a regional level.⁴⁹ The recent set of principles developed by the Inter-American Commission on Human Rights to be applied to people deprived of their liberty requires that «life and personal integrity shall be respected and ensured, and they shall be afforded minimum conditions compatible with their dignity»⁵⁰. Moreover, prisoners «shall be protected from any kind of threats and acts of torture, execution, forced disappearance, cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, sexual violence, corporal punishment, collective punishment, forced intervention or coercive treatment, from any method intended to obliterate their personality or to diminish their physical or mental capacities»⁵¹.

4. *Case law*

It has been argued that shackling pregnant prisoners violates the Eight Amendment of US Constitution⁵². Although the US Supreme Court has not decided the issue yet, there have been some cases which support the unconstitutionality of the practice.

In *Estelle v. Gamble*, the Supreme Court held that «Inmates still maintain constitutional rights while in prison» and, particularly, they have «an unalienable constitutional right to medical care»⁵³. Since «[T]he government [has an] obligation to provide medical care for those whom it is punishing by incarceration», it follows that «[t]he willful disregard of an inmate's medical needs violates the Eighth Amendment»⁵⁴. In fact, the «deliberate indifference to serious medical needs of prisoners constitutes an unneces-

⁴⁸ United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), rule 24.

⁴⁹ American Convention on Human Rights, art. 5; American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. 25.

⁵⁰ Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, principle 1.

⁵¹ Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, principle 1.

⁵² DANA SICHAEI, *Giving Birth In Shackles: a Constitution and Human Rights Violations*, cit., p. 231.

⁵³ *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 1976, p. 103.

⁵⁴ *Estelle v. Gamble*, cit., p. 106.

sary and wanton infliction of pain» and «is inconsistent with contemporary standards of decency»⁵⁵. The court concluded that «deliberate indifference standard applies where a prison guard intentionally denies or delays access to medical care, or intentionally interferes with the treatment a prisoner is prescribed»⁵⁶.

The «deliberate indifference standard» may be applied to shackling cases⁵⁷. First, there is no doubt that pregnant women need medical assistance which, according to *Estelle*, must be provided as a constitutional right. Shackling inmates during labor delays and interferes with the medical treatments required. As a result, shackled inmates experience more pain than necessary and risk to develop complications.

In the absence of a Supreme Court decision on the shackling practice, lower courts have decided the issue in different ways. In 1994, a group of female prisoners sued the District of Columbia prisons in *Women Prisoners of District of Columbia Dept. of Corrections v. District of Columbia*, alleging widespread Eighth Amendment violations. The trial court ruled in favor of the plaintiffs, holding that shackling of pregnant women constitutes a violation of the Eighth Amendment⁵⁸. Nevertheless, the Circuit Court reversed the decision, reasoning that «Because courts have little experience in the «inordinately difficult» task of running a prison, they should give deference to prison officials where possible»⁵⁹.

Recently, in *Nelson v. Correctional Medical Center* the Eight Circuit specifically held that shackling violates the Constitution. In this case, Nelson alleged that while giving birth to her child she was forced to go through the final stages of labor with both legs shackled to her hospital bed in violation of the Eighth Amendment. The Court ruled in favor of Nelson, and citing both *Estelle* and *Women Prisoners*, it recognized that «protections from being shackled during labor [have] thus been clearly established by decisions of the Supreme Court and the lower federal courts»⁶⁰. The paramount value of this decision is double: not only because it is

⁵⁵ *Estelle v. Gamble*, cit., p. 106.

⁵⁶ *Estelle v. Gamble*, cit., p. 105.

⁵⁷ DANA SICHAEAL, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁸ *Women Prisoners of District of Columbia Dept. of Corrections v. District of Columbia*, 877 F.Supp. 634, 668 (D.D.C. 1994).

⁵⁹ *Women Prisoners of District of Columbia Dept. of Corrections v. District of Columbia* 93 F.3d 910, 931-932 (D.C. Cir. 1996).

⁶⁰ *Nelson v. Correctional Medical Center*, 533 F.3d 958, 961 (8th Cir. 2008).

the first case to clearly declare that shackling violates the constitution, but also because it applies to states which did not have laws regarding this practice.

The need to uniformly regulate the practice on all the country and the consideration of its unconstitutionality should be addressed by the Supreme Court. Moreover, the violation of several human rights provides a strong argument against the practice, which could and should be considered by the court. In 2005 the court used the international human rights and international consensus as persuasive authority in the case of *Roper v. Simmons*, in order to conclude that juvenile death penalty violates the eighteen amendment⁶¹. The strong opposition of the international community can be used again to finally declare shackling an unconstitutional practice.

⁶¹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

CAMILLA ELETTI*

VI
THE EVOLUTION OF CAMPAIGN FINANCE
IN THE UNITED STATES

This article analyses some of the milestones of campaign finance system in the US, a crucial field for assessing the democratic standards in a country, which has historically made democracy its own flag. After analysing the main legislative measures and the U.S Supreme Court's cases on the subject, it will outline the First Amendment's two profiles, the egalitarian and libertarian one.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. 1971/1974: the FECA and the FEC. – 3. 1976: Buckley v. Valeo. – 4. 2010: Citizens United v. Federal Election Commission. – 5. 2014: McCutcheon v. Federal Election Commission. – 6. Freedom of speech: two distinct visions of the First Amendment. – 7. Conclusion.

1. *Introduction*

As we will see, all the legislative initiatives on the campaign financing's field are intended, above all, to limit contributions: the goal is to ensure that wealthy individuals and special interest groups do not have a disproportionate influence on elections. To see the first successful acts on this subject we had to wait the 1970s, although the first attempts of legislation date back to 1867, when for the first time a law prohibited federal officers from requesting contributions from Navy Yard workers.

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la sua redazione è stata consultata la prof.ssa Alessandra Di Martino.

Over the next century, there were many attempts to regulate this sector¹. In 1907 the Congress passed the Tillman Act, which prevented corporations and national banks from contributing money to federal campaigns. Three years later, in 1910, the Federal Corrupt Practices Act established the first disclosure requirements for federal candidates and limited the spending of House and Senate candidates. Most relevant, though, is the Amendment to the Federal Corrupt Practices Act of 1925, which served as the basic campaign finance act until 1971. It enhanced disclosure requirements and increased expenditure limits. We could also name the Taft-Hartley Act of 1947, which denied both labour unions' and corporations' expenditures and contributions in federal elections.

All these campaign finance provisions were largely ignored and many were their flaws: for instance, a candidate who claimed to be unaware of money spent on his behalf was not liable under the 1925 Act. They were so inadequate to their scope that President Lyndon B. Johnson referred to the 1925 law as «more loophole than law»². A change was needed and it began in the early 1970s.

2. 1971/1974: the FECA and the FEC

The Federal Elections Campaign Act is a US federal law, which was passed by the Congress in 1971 and became effective in 1972. Together with the Revenue Act, it started essential changes in the federal campaign finance laws.

The FECA not only required full transparency on campaign contributions and expenditures, but also put clear limits on both. Basically, the difference between «contributions» and «expenditures» is that contributions come from private donors, while independent parties or political candidates themselves make expenditures³. Although these two terms are defined in the Code of Federal Regulation, the perplexing nature of the contribution/expenditure distinction keep its hold on campaign finance jurisprudence.

The FECA also provided the basic legislative framework for separated funds, popularly referred to as Political Action Commit-

¹ FEC, *The Federal Election Campaign Laws: A Short History*, Appendix Four, in <http://www.fec.gov/info/appfour.htm>.

² L.B. JOHNSON, *Statement by the President Upon Signing the Foreign Investors Tax Act and the Presidential Election Fund Act*, November 13th, 1966.

³ In order to see the official definitions refer to the Title 11 of the Code of Federal Regulations, CFR.

tees (PACs). The PAC is an organization that pools contributions from members and donates those funds to campaign for or against candidates, ballot initiatives or legislations. According to the FECA, at US federal level, an organization can be defined as a PAC when it receives or spends more than \$2,600 for the purpose of influencing a federal election. Corporations and unions establish PACs. As we have already said, the Tillman Act and the Taft-Hartley Act of 1947 banned direct contributions by corporations and labour unions to influence federal elections, but the FECA provided an exception whereby corporations and unions could use treasury funds to establish and solicit voluntary contributions for the PACs⁴. In order to finance federal races, these voluntary donations might be used.

Another original issue that took shape in the 1971 Act is the provision of a form of public funding for the campaign. Comparable to the European campaign finance systems, the idea of government subsidies for federal election was initially proposed by President Theodore Roosevelt in 1907. The proposal became more concrete only with the FECA, which established the income tax checkoff – citizens could check a box on their tax forms authorizing the federal government to use money from their taxes to finance presidential general election campaigns and national party conventions⁵. In the following years Congress implemented the program and, by 1976, enough money were collected to fund the 1976 election – the first federal election in the U.S. history to be funded publicly.

Even though the innovative extent of FECA was huge, the lack of a central administrative authority made the campaign finance laws difficult to enforce. This led to a number of reports regarding serious financial abuses in 1972 Presidential elections – which marked the historical Nixon's victory and were the seed of a major political scandal, the Watergate affair. In the wake of those events, Congress amended the FECA in 1974. The 1974 amendments not only completed the public funding program and raised the limits on contributions by individuals, political parties and PACs, but also established an independent agency: the Federal Election Commission (FEC). The FEC describes its duties as «to disclose cam-

⁴ FEC, *The Federal Election Campaign Laws*, cit.

⁵ FEC.GOV, *The FEC and the Federal Campaign Finance Law*, in <http://www.fec.gov/pages/brochures/fecfeca.shtml>.

paign finance information, to enforce the provisions of the law such as the limits and prohibitions on contributions, and to oversee the public funding of Presidential elections»⁶.

Nevertheless, the key provisions of the 1974 amendments were going to be challenged soon.

3. 1976: *Buckley v. Valeo*. The judgment and its consequences

James L. Buckley was running for the U.S. Senate from New York. Together with other candidates launched a lawsuit against the Secretary of the Senate, Francis R. Valeo. He challenged the 1974 amendments as unconstitutional. On January 30, 1976, the Supreme Court struck down the act's spending limits in *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). This controversial case is essential to the history of the campaign finance system since for the first time it was clearly stated that money expenditures fell under the First Amendment. The issue the Supreme Court dealt with in *Buckley v. Valeo* is precisely this: did the limits placed on electoral expenditures by the FECA violate the First Amendment's freedom of speech and association clauses? The reasoning followed by the Supreme Court is that if money incentivizes political speech, than donations, contributions and expenditures must be protected as political speech under the First Amendment. As a matter of fact, the Court observed «that a major purpose of [the First] Amendment was to protect the free discussion of governmental affairs»⁷ and asserted that contributions and expenditures limitations «operate in an area of the most fundamental First Amendment activities»⁸. The First Amendment protects free debate on governmental affairs because the «Constitution establishes a representative democracy», which is a «form of government that would be meaningless without freedom to discuss government and its policies»⁹. Of course, those who give to and spend on election campaigns are intrinsically legitimate participants in the ongoing process of representative democracy at least if they wish to see their view become public policy¹⁰.

⁶ FEC.GOV, *About the Federal Election Commission*, in <http://www.fec.gov/about.shtml>.

⁷ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 1976.

⁸ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 1976.

⁹ R.H. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in 47 *Ind. L. J.*, 1971.

¹⁰ L.R. BEVIER, *Money and Politics: A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform*, in *Cal. L. Rev.*, 73, 1985.

Basically, we could say that money is a kind of speech. Still simplifying, the Court's judgment asserted something slightly different: not all the money is a kind of speech and deserve to be protected. In *Buckley v. Valeo*, the Court adopted a double perspective: on the one hand, it held that restrictions on individual contributions to political campaigns and candidates did not violate the First Amendment, reaffirming the FECA limitations' aim to prevent forms of corruption and influence between single people and political candidates or parties. On the other hand, the Court reached the opposite conclusion regarding the limitations placed on expenditures from independent subjects or political candidates themselves. In these cases, the Court did not see the same reasons to justify the limits. The Court found «that the governmental interest in preventing corruption and the appearance of corruption is inadequate to justify [limitations] on independent expenditures»¹¹ and also that it «does not support the limitation on the candidate's expenditure of his own personal funds»¹². Basically, there is no risk of corruption arising from expenditures, or at least, as the Court stated: «expenditure ceilings impose significantly more severe restrictions on protected freedoms of political expression and association than do its limitations on financial contributions»¹³. So, in this historical decision, the Supreme Court declared unconstitutional the limitations on expenditures, except in one case: expenditure limits placed on publicly funded candidates were still constitutional, considering that Presidential candidates were free to disregard the limits if they chose to reject public financing¹⁴.

After *Buckley v. Valeo* and according to it, the Congress made further amendments to the FECA. The new amendments, enacted on May 11, 1976, repealed the expenditure limits (except for candidates who accepted public funding). They also contained other changes, especially about the PACs.

In the following years, the Supreme Court attitude was ambivalent. Just two years after *Buckley v. Valeo*, the Supreme Court invalidated a Massachusetts law that prohibited corporations' expenditures for political activities. In *First National Bank of Boston v. Bellotti* the Court's reasoning extended the rules that applied to individuals to corporations as well. So the Court held that the First

¹¹ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 1976, p. 18.

¹² *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 1976, p. 20.

¹³ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 1976, p. 10.

¹⁴ FEC, *The Federal Election Campaign Laws*, cit.

Amendment also protects corporations' expenditures. After the ruling, states could no longer impose limits on donations from corporations in political campaigns¹⁵. Even if *Bellotti* did not directly affect federal law, it has been quoted by other Supreme Court cases such as *Citizens United v. Federal Election Commission*. Nevertheless, a sort of step back was taken in 1990, in *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*. The Michigan Campaign Finance Act prevented corporations from using treasury money for independent expenditures to support or oppose candidates except if a corporation set up an independent fund, distinct from its general resources. The Supreme Court upheld the Michigan law. The majority opinion, written by Justice Marshall, argued that if the general resources of the corporation were channelled altogether to finance a political candidate, some of the shareholders could disagree with the choice: if the corporation set up a dedicated fund, on the other hand, only the shareholders who actually meant to contribute would endorse the political candidate¹⁶. Nevertheless, the decision achieved the goal of maintaining integrity in the political process.

In the last years the Supreme Court's approach followed a different direction, intending to eliminate any limit on campaign finance. In the Court, the liberal John G. Roberts Jr., the current Chief Justice of the Supreme Court, replaced the conservative chief Justice William H. Rehnquist.

4. 2010: *Citizens United v. Federal Election Commission*

The Supreme Court clearly stated its new position in 2010. The constitutional law case *Citizens United v. Federal Election Commission* has been decided in 2010 and it drastically changed the campaign finance law in the US. The facts of the case are the followings: Citizens United¹⁷ sought an injunction against the Federal Election Commission to prevent the application of the Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA) – better known as the 'McCain-Feingold' act, after its chief sponsors – to its film '*Hillary: The Movie*',

¹⁵ *First Nat. Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 1978.

¹⁶ *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652, 1990.

¹⁷ Citizens United is a non-profit organization dedicated to «restoring [the US] government to citizens' control», whose goal is «to reassert the traditional American values of limited government, freedom of enterprise, strong families, and national sovereignty and security». To fulfil the mission, Citizens United produces television commercials, web advertisements, and documentary films. (*Who We Are*, CitizensUnited.org).

which expressed a critical opinion on whether Hillary Clinton would make a good president. The BCRA, enacted in 2002, is a US federal law that amended the FECA, regulating the financing of political campaigns. The BCRA prevented unrestricted donations – «soft money» –, made directly to political parties (often by corporations, unions, or well-heeled individuals). Moreover it limited the political advertising – «electioneering communication»¹⁸ – that unions, corporations, and non-profit organizations could engage in within 30 days of a primary or a caucus or within 60 days of a general election¹⁹. The BCRA also included a «stand by your ad» provision, requiring candidates to appear in campaign advertisements and claim responsibility for the ad (most commonly with a phrase similar to «I’m [the name] and I approve this message»). Already in 2003, the McCain-Feingold act was challenged by the Supreme Court’s decision in *McConnell v. Federal Election Commission*. The law was challenged for being too broad and for regulating too strictly conducts that didn’t seem to cause corruption, such as advertisements paid for by corporations or unions. The Court found, anyhow, that such a regulation was necessary to prevent these groups from circumventing the law. Justices Sandra Day O’Connor and John Paul Stevens wrote in the majority opinion that «money, like water, will always find an outlet»²⁰ and that the government was therefore justified in taking steps to prevent schemes developed to bypass the contribution limits. In *Citizens United v. Federal Election Commission* the challenges to the BCRA were way greater. The historical Supreme Court’s decision of 2010 overruled *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* and – only partially – *McConnell v. Federal Election Commission*.

As a matter of fact, the majority opinion, written by Justice Kennedy, found that the BCRA § 203 prohibition violated the First Amendment’s protection of free speech – «If the First Amendment has any force, it prohibits Congress from fining or jailing citizens, or associations of citizens, for simply engaging in political speech»²¹. So, in this decision the Court overruled *Austin*, which held that a prohibition to corporations from using treasury money to support or oppose candidates did not violate the First Amend-

¹⁸ CFR, *Code of Federal Regulations*, title 11, section 100.29.

¹⁹ BCRA, *Bipartisan Campaign Reform Act*, § 203.

²⁰ *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93, 2003.

²¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*, Syllabus, No. 08-205, 558 U.S. 310, 2010.

ment. It also overruled the portion of *McConnell* that upheld the BCRA's restrictions of corporate spending on «electioneering communications». The Court's ruling freed corporations and organizations to spend money both on «electioneering communications» and to directly advocate for the election or defeat of candidates (although not to contribute directly to candidates or political parties). The majority opinion in *Citizens United* was quite short – about 30 pages – and its reasoning was straightforward: the First Amendment protects associations of individuals as individuals and does not allow prohibition of speech based on the identity of the speaker. Corporations, as associations of individuals, have therefore speech rights under the First Amendment. Since spending money is essential to spreading speech, limiting a corporation's ability to spend money is unconstitutional. Despite its clarity, *Citizens United* was one of the most talked-about sentences. Its 5-to-4 vote along ideological lines divided the country. Some of the *Citizens United*'s supporters referred to this case as to a David v. Goliath. On the other side, it has been strongly criticized, also by the President. In the aftermath of the Court's decision, President Obama said, «this ruling strikes at our democracy itself» and «I can't think of anything more devastating to the public interest»²². Obviously even more severe criticisms came from the BCRA's sponsors. The democratic senator Russ Feingold stated: «this decision was a terrible mistake. Presented with a relatively narrow legal issue, the Supreme Court chose to roll back laws that have limited the role of corporate money in federal elections since Teddy Roosevelt was President»²³ and republican senator John McCain said «there's going to be, over time, a backlash when you see the amounts of union and corporate money that's going to go into political campaigns»²⁴. With *Citizens United* the change was big, but an even bigger change was about to come.

5. 2014: *McCutcheon v. Federal Election Commission*

If *Citizens United v. Federal Election Commission* dropped the first limits to corporations in the campaign finance contest, the

²² D. SUPERVILLE, *President Blasts Supreme Court Over Citizens United Decision*, in *The Huffington Post*, January 23, 2010.

²³ K. HUNT, *John McCain, Russ Feingold diverge on court ruling*, in *Politico*, January 21, 2010.

²⁴ J. AMICK, *McCain skeptical Supreme Court decision can be countered*, in *The Washington Post*, January 24, 2010.

last limits fell in 2014, with the landmark case *McCutcheon v. Federal Election Commission*. Here, the Supreme Court declared unconstitutional the so-called «aggregate limit». The 2002 BCRA established two sets of limits to campaign contributions, one of which is the aggregate limit – the amount of money an individual may donate in a two-year election cycle²⁵. The limits were periodically adjusted to future inflation. In the 2011-2012 election cycle, Shaun McCutcheon, who is a campaign contributor and, as he described himself, an activist of the Republican Party, donated \$33,088 to sixteen federal candidates and over \$25,000 in non-candidate contributions. He wished to donate more, violating the aggregate limit. So he sued the Federal Election Commission, arguing that the aggregate limit violated the First Amendment by failing to serve a «cognizable government interest»²⁶ and being prohibitively low. On April 2, 2014, the Court ruled with a 5-4 majority for the appellants. The Court's decision provides a clear example of the court's shift when the conservative Justice Alito replaced the more moderate Justice Sandra Day O'Connor – who was in the majority that upheld the McCain-Feingold law. The majority opinion, written by Chief Justice Roberts, held that the collective interest in fighting corruption – addressed by the aggregate limit – can only be pursued as long as it does not unnecessarily curtail the individual's freedom of speech. In this case, according to the Court, the aggregate limit was not closely tailored to accomplish this goal and was therefore unconstitutional. Roberts knew that the *Citizens United*'s decision was deeply unpopular. For this reason in the majority opinion he wrote that «money in politics may at times seem repugnant to some, but so too does much of what the First Amendment vigorously protects»²⁷ and that «if the First Amendment protects flag burning, funeral protests and Nazi parades – despite the profound offense such spectacles cause – it surely protects political campaign speech despite popular opposition»²⁸. In fact, the dissenting opinion of Justice Stephen G. Breyer was very strong. Breyer said that «if *Citizens United* opened a door, [McCutcheon's] decision, we fear, will open a floodgate»²⁹ and he added that the

²⁵ OYEZ.ORG, *McCutcheon v. Federal Election Commission*, in <https://www.oyez.org/cases/2013/12-536>.

²⁶ *McCutcheon v. FEC* - Appellant's Brief For Writ of Certiorari (no. 12-536).

²⁷ *McCutcheon v. FEC*, 572 U.S. (2014) 1, Opinion of ROBERTS, C.J.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ R. BARNES, *Supreme Court strikes down limits on federal campaign donations*, in *The Washington Post*, april 2, 2014.

ruling «overturns key precedent, creates serious loopholes in the law and undermines, perhaps devastates, what remains of campaign finance reform»³⁰. Breyer accused Roberts of political naivete, writing that «given this record of FEC (in)activity, my reaction to the plurality's reliance upon agency enforcement of this rule (as an adequate substitute for Congress' aggregate limits) is like Oscar Wilde's after reading Dickens' account of the death of Little Nell: "One must have a heart of stone," said Wilde, "to read [it] without laughing"»³¹.

6. *Freedom of speech: two distinct visions of the First Amendment*

The last steps taken in the campaign finance system made clear the freedom of speech's vision fostered by the Supreme Court. What made so controversial the 2010 and 2014 decisions is that these judgments came from a majority of Justices conventionally considered as conservative, over the dissent of four Justices conventionally considered as liberal. This could raise some rhetorical questions: have liberals grown weary of First Amendment values they once celebrated? Have conservatives shifted and become free speech devotees? The truth is that both sides are committed to free speech, but to two very different visions of free speech.

In the first vision, shared by liberal Justices, free speech rights serve an interest in political equality. Free speech as equality embraces above all an anti-discrimination principle: in upholding the speech rights of marginal, dissident, or unorthodox speakers (like anarchists, syndicalists, communists etc.) the Court protects members of ideological minorities who are likely to be the target of the majority's intolerance and indifference. It follows that the well-financed causes of big people (or big corporations) do not deserve special judicial protection from political regulation. According to this view, the value of equality is prior to the value of speech: politically disadvantaged speech prevails over regulation but regulation promoting political equality prevails over speech.

On the other side, the second vision, shared by conservative Justices, sees free speech as serving the interest of political liberty. This view treats with scepticism all government efforts at speech suppression that might influence the private ordering of ideas.

³⁰ BARNES, *op. cit.*

³¹ J. BREYER, *dissenting opinion*, in 572 U.S. 25, 2014.

According to this interpretation, the public is trusted to make its own evaluation of speech and government should not be allowed to interfere for paternalistic or redistributive reasons. In short, ideas are best left to a freely competitive ideological market.

The outcomes of the above-mentioned decisions represent a triumph of the libertarian over the egalitarian vision of free speech – even if, in the Court’s opinions, neither vision entirely eclipses the other³².

6. *Conclusion*

In conclusion, it seems clear that the American approach to free speech is strongly different from the European model and much more protective of liberty. Now, what is the best vision of free speech? Which system would you rather live under? In my opinion, a wise decision maker should try to find a suitable balance between free expression and the values of human dignity, equality and democracy. Nevertheless, these values, which on their face are to be lauded, in their application have often led to oppression and injustice, serving as openings for control and censorship. Even though those efforts might actually bring to opposite results, it should always be worth to the governments to try.

³² This paragraph is entirely based on K.M. SULLIVAN, *Two concepts of freedom of speech*, in 124 *Harv. L. Rev.*, November 2010.

GIULIA PUCCI*

IL PENSIERO COME FORMA D'AZIONE:
BETTI E CALAMANDREI
TRA FASCISMO E ANTIFASCISMO

The following article will try to show the underground but fundamental link that exists between thinking and action, at a difficult time like that of the Fascist period in Italy. The idea that the author wants to accomplish is therefore to explain how at certain moments in history, as well as it often happens every day, even the basic right to express your opinion can be a real revolutionary act. The analysis on the contrast and the different way of thinking made by those two important Italian jurists will attempt to shed light on this aspect.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Due giuristi, due epoche. – 2.1. Emilio Betti. – 2.2. Piero Calamandrei. – 3. Solidarietà ed anti-solidarietà.

1. *Introduzione*

Quando nel suo celebre discorso¹ agli studenti milanesi del 1955 Piero Calamandrei disse che la lettura degli articoli del testo costituzionale poteva permettere – se svolta con attenzione – di percepire l'eco delle voci di tutti coloro che avevano lottato, nel senso più puro e genuino del termine, per riuscire a ottenere che il valore delle loro parole o dei loro gesti fosse messo nero su bianco in un testo fondamentale, egli tese a precisare che questo documento, così come il loro sforzo, era più 'vivo' che mai.

La Costituzione era ed è l'affermazione scritta e solenne di una solidarietà sociale, di una comunione umana, della sorte co-

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Massimo Brutti.

mune, che dopo un ventennio di oppressione e paura ha permesso di riaffermare la bellezza della libertà². Focalizzando l'attenzione del lettore proprio sul tema della solidarietà e su come la stessa sia stata oggetto di analisi diversa a seconda delle scelte di vita e delle convinzioni politiche dei due giuristi italiani al centro dell'articolo, si tenterà di dimostrare l'incidenza del pensiero quale sostanza di una manifestazione fattuale talvolta ben più incisiva di un atto concreto.

Si avrà, dunque, modo di notare che la differente posizione presa da Betti e Calamandrei rispetto al medesimo fenomeno, cioè il fascismo, fu evidente manifestazione di questa polifonia di visioni. Come lo stesso Calamandrei, difatti, dirà nei primi anni dopo la fine dell'egemonia del regime fascista in Italia, nel ventennio incriminato la penisola era più precisamente divisa in tre grandi nuclei: il fascismo militante e, in lotta con esso, l'antifascismo attivo; in mezzo, c'era invece la grande maggioranza della nazione, fundamentalmente ostile al fascismo ma desiderosa soprattutto di lavoro e pace e quindi, nell'attesa, apparentemente acquiescente ed inerte³.

La profonda e sostanziale differenza che contrappose la solidarietà corporativa, quale sola espressione consentita della libertà nello Stato⁴ come la delinea lo stesso Betti⁵, alla solidarietà invece

¹ Discorso pronunciato a Milano, nel salone degli affreschi della Società umanitaria, il 26 gennaio 1955 in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di conferenze sulla Costituzione italiana organizzato da un gruppo di studenti universitari e medi.

Per ulteriori approfondimenti: https://www.youtube.com/watch?v=2j9i_0yvt4w.

² E così: «Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra Costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono impiccati». Cfr. P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Milano, 2011, p. 9.

³ P. CALAMANDREI, *Il fascismo come regime della menzogna*, Bari, 2014, p. 63.

⁴ «Antindividualistica, la concezione fascista è per lo Stato; ed è per l'individuo in quanto esso coincide con lo Stato, coscienza e volontà universale dell'uomo nella sua esistenza storica. Il liberalismo negava lo Stato nell'interesse dell'individuo particolare: il fascismo riafferma lo Stato come la realtà vera dell'individuo. E se la libertà dev'essere l'attributo dell'uomo reale, e non di quell'astratto fantoccio a cui pensava il liberalismo, il Fascismo è per la libertà. È per la sola libertà che possa essere una cosa seria, la libertà dello Stato e dell'individuo nello Stato». Così B. MUSSOLINI, *Scritti e discorsi*, Torino, 1934, pp. 162 e ss.

⁵ In un celebre articolo apparso sul Corriere della Sera il 26.2.1944, Emilio Betti parlò del cosiddetto «equivoco anglosassone della libertà», relegando la stessa in una posizione subalterna e negativa rispetto alla libertà fascista. «Disgregazione degli organismi corporativi, disintegrazione della coesione statale, dissolvimento dei vincoli di solidarietà nazionale ed europea, provincializzazione del nostro Paese:

nuova e sociale – prima desiderata e poi costituzionalmente affermata nel 1948 – è una delle più lampanti dimostrazioni della forte incidenza della storia nella cultura giuridica.

Pertanto, i dogmi e gli effetti del fascismo giuridico non possono e non devono essere negati nella loro influenza sulla realtà di quel tempo: la necessaria e naturale – a questo punto – storicizzazione smentisce così qualsiasi valore dato all'idea di 'innocenza' della cultura giuridica del ventennio. Tesi quest'ultima⁶ sostenuta invece da più parti, per cui i due modelli vengono considerati parimenti fungibili poiché assegnano, seppur con accenti diversi, una funzione sociale alle sfere soggettive e alle attività giuridiche dei privati.

Ma così non è: il pensiero è e rimane una forma di azione.

2. *Due giuristi, due epoche*

Giudizi durissimi vennero rivolti nei confronti della categoria degli intellettuali, durante e dopo l'avvento della dittatura in Italia, con l'intento di condannare la scelta di molti di relegarsi nella torre d'avorio della cultura, senza prestare il proprio aiuto e la propria conoscenza al servizio del bene comune.

Birocchi⁷ ha recentemente ricordato questa determinata visione per cui gli accademici e i giuristi «sarebbero stati depositari di una scienza fatta di concettualizzazioni tecniche e quindi essenzialmente spettatori rimasti a guardare: non certo eroi, ma estranei appunto al regime e responsabili solo di un ossequio formale al potere, ininfluenti rispetto agli assetti istituzionali e normativi decisi dalla politica». Innegabile è, tuttavia, il rispetto e la deferenza con cui Emilio Betti visse durante il ventennio (così come in seguito alla caduta del regime), in un continuo rimando alla cultura sociale del fascismo; nella profonda convinzione che la sua dottrina antindividualistica e autoritaria potesse essere la risposta a tutti i problemi dell'ordinamento giuridico e dello Stato, egli legò indissolubilmente nella sua elaborazione teorica questi due mondi.

ecco le naturali tendenze di siffatta libertà di carattere individualistico e negativo». Cfr. E. BETTI, *Scritti di storia e politica internazionale*, Firenze, 2008, p. 202.

⁶ Due nomi primeggiano su tutti: l'uno è quello di Natalino Irti nella difesa del suo maestro, Emilio Betti; l'altro è quello di Filippo Vassalli, sostenitore della possibilità di recupero della visione bettiana e del Codice civile elaborato sotto il fascismo. Questi due autori non sembrano, difatti, cogliere la radicale alternatività tra i due modelli politici proposti. Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 189.

D'altra parte, è celebre la feroce critica di Togliatti, il quale nel 1923 rivolse il suo disprezzo nei confronti degli intellettuali che erano stati a guardare, impotenti e inermi, la recente vittoria del fascismo in Italia⁸. Vari giudizi si sono dunque susseguiti: da un lato, valutazioni che descrissero gli intellettuali del tempo – e in particolar modo i giuristi – come soggetti esenti da responsabilità in quanto figure totalmente estranee al mondo della politica; dall'altro, vi fu chi condannò apertamente questa astensione e questo timore reverenziale. Non resta che chiedersi, a questo punto, come e in che modo il diritto – allora personificato dalle più autorevoli voci del tempo – abbia partecipato o meno alla cultura del fascismo.

In questo panorama, spiccano più di altri due autorevoli giuristi: l'uno, come già ricordato, fu Emilio Betti; l'altro, vigile difensore del “miracolo” della Resistenza e del compito di non dimenticare l'intossicazione vischiosa che il fascismo ha costituito⁹, fu Piero Calamandrei. Fondamentale protagonista della cesura storica del 1945, egli interpretò appieno e visse quel taglio netto sia nel mondo della politica sia nel mondo del diritto.

Di fronte quindi all'impegno, nel bene o nel male, profuso da questi due intellettuali, perde di valore la tesi dell'indifferentismo intellettuale, in precedenza sostenuta da alcuni.

Non sono questi gli uomini che non si voltano¹⁰, non camminano vittime dell'inganno consueto procedendo silenziosi e ubriachi nel loro baratro.

2.1. *Emilio Betti*

Nato nel 1890, Emilio Betti visse pienamente il Novecento italiano e fu giurista di spicco sia negli anni del regime sia nel dopoguerra. La sua elaborazione teorica, i suoi studi e i suoi convinci-

⁷ Così I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in AA.VV., *I giuristi e il fascino del regime*, Roma, 2015, p. 10.

⁸ Cfr. G. TURI, *Lo Stato educatore. Politica e intellettuali nell'Italia fascista*, Roma-Bari, 2002, p. 20.

⁹ «Bisogna fare di tutto perché quella intossicazione vischiosa non ci afferri: bisogna tenerla d'occhio, imparare a riconoscerla in tutti i suoi travestimenti. In quel ventennio c'è ancora il nostro specchio: un aspetto deformante che dà a chi vi si guarda un aspetto mostruoso di caricatura». Così P. CALAMANDREI, *Per la storia del costume fascista*, in *Il Ponte*, anno VIII, n. 10, ottobre 1952.

¹⁰ Così E. MONTALE, in *Forse un mattino andando in un'aria di vetro*, in *Ossi di seppia*, Milano, 2015, p. 42.

menti in materia giuridica segnarono a pieno titolo il secolo breve, fortemente influenzati tuttavia da una determinata visione della realtà contingente e, in particolar modo, delle sue necessità. Sostenitore quasi maniacale della necessità di ordine nel mondo del diritto come in quello politico, visse nella convinta affermazione di un necessario inquadramento della società dall'alto, negando qualsiasi valore ai concetti di uguaglianza e liberalismo. Il nazionalismo, il superamento della lotta di classe e del pluralismo politico, in nome della potenza e della produttività di cui è capace una comunità ordinata, sono il fondamento della lotta contro l'uguaglianza che egli propugna¹¹.

L'aspirazione all'ordine sostenuta dal giurista marchigiano era in quel periodo uno dei punti chiave della propaganda fascista: essa fu, difatti, pienamente in grado di venire incontro ai timori della classe borghese e ai sentimenti patriottici dei ceti intellettuali. Restaurare l'autorità apparve allora come l'unica rassicurante proposta di fronte alle divisioni e alle dichiarate tendenze antinazionali¹².

Va ricordato, infatti, il paradossale fenomeno vissuto in Italia in quegli anni per cui, durante il ventennio, vi furono due sovrani: da una parte il duce e, dall'altra, il re. Quest'ultimo, come lo stesso Calamandrei dirà poi, aveva visto nel fascismo un utile «strumento» per salvare la sua corona in un momento di agitazioni sociali che gli erano sembrate più terribili di quanto non fossero in realtà; strumento di cui – egli pensava – si sarebbe poi liberato con un cambiamento di ministero al momento opportuno¹³. Betti, come molti in quegli anni, visse in modo profondo questa «fobia del conflitto»; lo si evince facilmente dalla sue riflessioni autobiografiche: vi fu in lui un'accettazione del potere arbitrario e violento del duce in nome del superamento della violenza.

Tutto ciò lo porterà a creare in ambito giuridico un apparato

¹¹ «Chi dice gerarchia dice scale di valori umani; chi dice scale di valori umani dice scale di responsabilità e di doveri; chi dice gerarchia dice disciplina. Ma soprattutto chi dice gerarchia prende di fatto una posizione di battaglia contro tutto ciò che tende – nello spirito e nella vita – ad abbassare o distruggere le necessarie gerarchie». Così scriveva Mussolini nel 1922, come ricorda C. MOZZARELLI, *Gerarchia*, in V. DE GRAZIA - S. LUZZATO, *Dizionario del fascismo*, I, Milano, 2015, p. 583.

¹² Cfr. BRUTTI, Vittorio Scialoja, *Emilio Betti*, cit., p. 104.

¹³ Il sonnambulismo e l'incapacità di analizzare con occhio critico il reale, come dirà poi Calamandrei, porterà nel popolo un vero sentimento di «pietà per il monarca», considerato dai più come, paradossalmente, una vittima innocente del fascismo. Cfr. CALAMANDREI, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 94.

che miri all'abolizione della libertà¹⁴, come base di cooperazione sociale e di sicurezza, tanto da arrivare a giustificare i fatti eversivi che ne sono stati fondamento per poi dimenticarli¹⁵.

Non a caso, egli parlerà del diritto come dell'espressione del genio di una nazione, la chiarificazione del volere di un popolo, al pari della sua lingua, della letteratura e delle sue varie forme d'arte¹⁶.

In questo contesto si inserisce perfettamente il valore di solidarietà di stampo corporativo, da Betti sostenuto a gran voce anche durante l'elaborazione del codice civile del 1942. La solidarietà corporativa, quale concetto proprio della cultura giuridica del fascismo per cui la vita dell'uomo è tale solo dentro lo Stato, verrà accolto nel dettato originario dell'art. 1175 c.c.; norma questa, chiaramente, emendata a seguito della caduta del regime¹⁷. Sarà, tuttavia, proprio questo il perno dell'analisi ermeneutica e lo stesso fondamento della buona fede fino al 1945¹⁸.

2.2. *Piero Calamandrei.*

Classe 1889, Piero Calamandrei ha scritto pagine che rimangono ancora oggi come emblema del movimento antifascista, un sentimento che fu al contempo sociale e civile. Viene da sempre così ricordato quale il fondatore dell'*epos* resistenziale, anche e soprattutto grazie a molti dei suoi allievi e amici, fra cui spicca il nome di Norberto Bobbio. Il filosofo torinese descrisse l'incontro fra il giurista fiorentino e la Resistenza come un avvenimento na-

¹⁴ La stessa elaborazione dello schema eteronomo del negozio giuridico, così come le sue dure critiche nei confronti del progetto di Codice italo-francese delle obbligazioni sono semplici ma evidenti esempi dell'influenza dominante del pensiero sulle scelte d'azione in materia giuridica dell'intellettuale marchigiano.

¹⁵ CALAMANDREI, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 105.

¹⁶ Così BETTI in un articolo sul *Popolo d'Italia*, datato 30 gennaio 1929.

¹⁷ L'articolo 1175 recita: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza» a seguito dell'emendamento *ex art.* 3, comma 2, d.lgs. 14 settembre 1944, n. 287. Nell'originaria formulazione era, invece, presente il riferimento ai principi di solidarietà corporativa. La correttezza, così come ogni valore sociale, era dunque sempre definito in stretto rapporto con i dogmi del corporativismo.

¹⁸ Dall'essere cittadini nasceva in quegli anni la condivisione necessaria di un atteggiamento di mutua lealtà: non una condizione psicologica ma un dato sovraindividuale, che si forma oggettivamente. «Il nocciolo – scrive acutamente BRUTTI in *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 176 – è la pura e semplice subordinazione all'autorità: l'obbedienza del singolo, che costituisce un valore nella visione bettiana». Il binomio correttezza-solidarietà corporativa troverà, difatti, nel codice un indubbio valore ordinante.

turale, quasi obbligato¹⁹. Tuttavia sarebbe sbagliato ed assolutamente fuorviante ridurre solo a questo l'opera di Piero Calamandrei: egli fu molto di più. Politico, avvocato, accademico italiano, fu capogruppo all'Assemblea Costituente per il Partito d'Azione, fra i principali promotori della nuova elaborazione del codice di procedura civile ma soprattutto anima sincera e pura che guidò i padri costituenti nella creazione di quell'opera d'arte che è la Costituzione italiana. Come acutamente sottolinea Sergio Luzzato²⁰, la forte differenza fra le dittature e le democrazie sta nel fatto che solo le prime si aggrappano a cadaveri fondatori: sono i regimi totalitari che provano a imbalsamarsi per durare. Ogni anno, centomila visitatori più o meno nostalgici si recano a Predappio per rendere omaggio al sepolcro del duce. Quanti pellegrini antifascisti, d'altro canto, salgono a Stella per raccogliersi sulla tomba di Sandro Pertini?

Ma la differenza tra questi due tipi di pellegrinaggi è profonda: il corpo del duce vale ancora la memoria, perché il fascismo ha coltivato da sempre la religione della morte.

Gli antifascisti godono, invece, del faticoso privilegio di dover ricercare nella vita le proprie ragioni di esistenza²¹. Ben prima che fosse evidente, Calamandrei aveva già capito tutto ciò.

Il suo impegno, il suo ardore nel sostenere il collegamento tra legalità e libertà furono un'idea invasiva e sotterranea²², destinata a farsi palese o a inabissarsi del tutto. Grazie a lui, essa non si eclissò. Già nel 1938 (cioè lo stesso anno di diffusione del Manifesto della Razza e di promulgazione delle Leggi razziali fasciste), il giurista fiorentino scriveva sulla Rivista di diritto processuale civile dei cambiamenti nella legislazione tedesca e dei suoi risvolti sociali. Si stava assistendo in quegli anni a uno snaturamento del processo civile e a una negazione della libertà individuale in Germania²³.

¹⁹ N. BOBBIO, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966, p. XVIII.

²⁰ Cfr. S. LUZZATO, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *Uomini e città della Resistenza*, Roma-Bari, 2006.

²¹ LUZZATO, *op. cit.*, p. LXV.

²² «Se domani la guerra verrà, ciascuno di noi l'avrà preparata. Non potremo nascondere la nostra innocenza dietro l'ombra dei dittatori; quando c'è la libertà, tutti son responsabili: nessuno è innocente». Cfr. P. CALAMANDREI, in un articolo pubblicato su *Il Ponte* nel dicembre 1946.

²³ Così: «Tra le leggi germaniche di questi ultimi mesi è degna di menzione, anche sotto l'aspetto processuale, la legge del 12.4.1938 a modificazione e integrazione del diritto di famiglia. Questa legge, sempre a tutela della razza, legittima il

La grande eredità ideale della Resistenza, la quale invece sarebbe dovuta rimanere ed è rimasta intatta anche quando i suoi eroismi hanno iniziato ad essere trasfigurati dalla leggenda, è quella di aver lasciato al popolo italiano – come viva forza politica del tempo di pace – il senso della vera e viva democrazia. Così avrebbe poi scritto lo stesso Calamandrei: «Se nel campo morale la Resistenza significò rivendicazione della ugual dignità umana di tutti gli uomini e rifiuto di tutte le tirannie che tendono a trasformare l'uomo in cosa, nel campo politico la Resistenza significò volontà di creare una società retta sulla volontaria collaborazione degli uomini liberi ed uguali, sul senso di autoresponsabilità e di autodisciplina che necessariamente si stabilisce quando tutti gli uomini si sentono ugualmente artefici e partecipi del destino comune, e non divisi tra padroni e servi»²⁴.

Parole importanti in queste poche righe: uguale dignità umana, volontaria collaborazione, libertà e uguaglianza, destino comune.

L'idea di aver ritrovato la dignità andata persa in quel ventennio, riscoperta grazie ai valori di solidarietà nuova promossi con l'avvento della Repubblica: ecco il grande traguardo morale della Resistenza che Calamandrei esalta. Una delle caratteristiche salienti della guerra partigiana fu il suo essere una guerra fatta totalmente da volontari, un'adunata spontanea e collettiva che reclamava a gran voce questa solidarietà. Una chiamata anonima che non venne dal di fuori, ma che, come l'aria che si respira, si svegliava in ogni cuore, dal più generoso al più pigro²⁵.

Un concetto ben diverso e lontano, dunque, da quella mentalità corporativista propriamente bettiana: la solidarietà politica, economica e sociale, che l'art. 2 della Costituzione repubblicana definisce come dovere inderogabile, è l'esaltazione massima di

pubblico ministero a sperimentare d'ufficio e senza limiti di tempo, quando lo ritenga opportuno nell'interesse pubblico o del figlio, quella azione di disconoscimento della paternità che finora per il diritto tedesco era sperimentabile soltanto dal marito». Cfr. P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, 1947, p. 296 e ss.

²⁴ CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, cit., p. 67.

²⁵ In un discorso tenuto il 28 febbraio 1954 al Teatro Lirico di Milano alla presenza di Ferruccio Parri, Calamandrei dirà poi: «Questi uomini, di qualunque partito e di qualunque fede, dicevano prima di morire tutti la stessa frase: "Muoio per una idea". Questa frase torna nelle lettere dei partigiani condannati a morte. Ricordate le ultime parole di Guglielmo Jervis scalfite con la punta di uno spillo sulla copertina di una Bibbia ritrovata vicino al luogo dove fu fucilato? "Non piangetemi. Non chiamatemi povero. Muoio per aver servito un'idea"».

tutto ciò in cui Calamandrei aveva da sempre creduto. In un'arringa di difesa pronunciata il 30 marzo 1956 dinnanzi al tribunale penale di Palermo, il giurista dirà proprio che la nostra Costituzione è piena di queste grandi parole e le definirà tutte «preannunciatrici del futuro»: pari dignità sociale; rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana; un'esistenza libera e dignitosa. Ognuna di queste parole è storia che si fa futuro.

3. *Solidarietà e anti-solidarietà*

Parlare oggi di solidarietà, tenendo bene a mente soltanto il contenuto dell'art. 2 Cost. – in cui si fa riferimento a questo dovere inderogabile dei cittadini, intriso di rimandi ai principi più profondi del nostro ordinamento quali la correttezza, l'uguaglianza e la buona fede –, vorrebbe dire offrire una visione parziale e inesatta del valore di questo concetto. La cesura storica, che il biennio 1945-1947 ha segnato, ha fatto sì che molte parole chiave dell'esperienza giuridica italiana restassero fondamentalmente identiche ma assumessero significati nuovi.

Tra queste brilla, come stella polare del firmamento giuridico nazionale, il concetto di solidarietà. Amputato d'altronde delle parti maggiormente segnate dall'ideologia fascista, lo stesso contenuto del codice civile italiano del 1942 è divenuto oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce dell'uguaglianza e degli altri principi-guida della Repubblica²⁶. Parlare oggi di solidarietà vuol dire, in linea generale, chiedere a ciascuno di proteggere l'interesse altrui, almeno fino a che ciò non imponga un proprio rilevante sacrificio²⁷. Ma cosa voleva dire parlare di solidarietà nel 1930?

Calamandrei scriverà nel 1944 che si era diffusa nella coscienza del popolo italiano, il quale non aveva mai sentito la solidarietà morale e quindi il senso giuridico che è senso di solidarietà, la convinzione che la legge fosse una buffonata, «che può cadere sulla testa per caso a un fesso ma che i furbi schivano e

²⁶ Cfr. M. BRUTTI, *Interpretare i contratti*, Roma, 2016, p. 96. Lo stesso contenuto dell'art. 1366, come sottolinea l'autore, si rivela ora profondamente idoneo ad assumere come referente una nuova idea di solidarietà e con essa i valori costituzionali di fondo che vi sono sottesi.

²⁷ Così evidenzia A. GENTILI in *Senso e consenso*, Torino, 2015, p. 438.

raggirano, anzi addirittura ignorano»²⁸. Mai il senso della 'santità della legge', che è prima di tutto coscienza di solidarietà civile creata dall'esercizio della libertà, è stato in Italia depresso come dopo vent'anni di fascismo. Tenendo bene a mente il valore di solidarietà che la Costituzione regala, bisognerebbe parlare, a ragion veduta, della sua versione corporativa come dell'emblema dell'anti-solidarietà. Anti-libertà, anti-legalità: sono questi i dogmi vincenti nel ventennio. Non a caso, Calamandrei scriverà di quegli anni come segnati nel profondo da una vera e propria «menzogna politica», che può di norma sopravvenire in tutti i regimi come corruzione e degenerazione di essi, ma che invece qui è stata sistematicamente assunta, fin dal principio, come lo strumento normale e fisiologico di governo. Ciò appare con maggiore limpidezza dall'analisi dei quattro capisaldi della dottrina fascista; le quattro finzioni costituzionali per eccellenza: il totalitarismo, la rivoluzione, il consenso e la monarchia²⁹.

L'anti-solidarietà fascista, tanto osannata da Betti e dal regime, non fu altro se non la cartina di tornasole del bisogno ossessivo di mantenere il controllo su tutto e tutti: l'orrore per il conflitto sociale nasce qui proprio dal fatto che esso è concepito come antitesi al valore positivo dell'autorità³⁰. Mina la realizzazione del suo ordine. L'apologia del corporativismo è spesso presente nelle pubblicazioni bettiane, come ad esempio nella prolusione del 1927 dal titolo «Diritto romano e dogmatica odierna». L'aspetto tecnicamente più interessante però, per quel che qui ci riguarda, è proprio l'incidenza e l'invasione delle tematiche politiche e del regime all'interno della produzione e della elaborazione teorica del giurista marchigiano. Del suo pensiero sulla guerra conosciamo quel che, *ex post* e ormai sentendosi un intellettuale del fascismo, egli dichiarava di sé e cioè che non avendo potuto combattere per la patria in gioventù, l'unico modo di sentirsi parte della comunità nazionale era quello di «servirla con la penna», sostenendo l'ordine dello Stato totalitario, le ragioni della guerra d'espansione in Etiopia e più in generale gli interessi nazionali contro l'alleanza anglo-americana³¹.

²⁸ Vedi P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma-Bari, 2013, p. 52.

²⁹ Cfr. CALAMANDREI, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 8.

³⁰ «Il divenire storico non è uno scontato processo di riconoscimento delle potenzialità, un facile sviluppo tutto interno allo spirito, ma un movimento arduo ed esposto alla sconfitta, che tende verso l'ordine». Per ulteriori approfondimenti, si consiglia M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., pp. 106-107.

³¹ Si veda I. BROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, cit., p. 28.

Saranno proprio dichiarazioni come questa a mettere in dubbio la sua capacità di mantenersi docente universitario e, dunque, modello per centinaia e centinaia di giovani menti: il giudizio di epurazione a cui venne sottoposto nel 1945, dopo la caduta del regime, e le dure critiche e le perplessità di molti dei suoi colleghi non furono casuali. Lo stesso Calamandrei sarà uno dei suoi più acerrimi nemici nel momento dell'approvazione della sua nomina alla cattedra di Diritto civile alla Sapienza³².

In un suo celebre articolo³³, intitolato *Libertà nell'ordine*, Betti a chiare lettere sottolinea la differente concezione che si trova alla base della mentalità del regime in merito all'utilizzo di alcuni termini fondamentali in quegli anni: libertà non è, a suo giudizio, quella banale idea individualistica per cui ognuno è libero di fare tutto quel che ritiene opportuno. La libertà, così come d'altronde anche la solidarietà, può essere quindi tale solo come atteggiamento spirituale necessariamente correlativo a un *ordine* morale, religioso, sociale, giuridico e politico. Quanto può esser sgradevole sentir, però, parlare di libertà in rapporto a un ordine imposto?

Riuscire a rimanere immuni dal contagio di questo genere di idee fu la vera salvezza di molti giovani italiani: nonostante la corruzione esercitata dal fascismo, i cuori della migliore gioventù erano rimasti liberi. «Sotto l'oppressione di un regime che coltivava in loro soltanto il materialismo godereccio ed il fatuo individualismo, essi hanno saputo ritrovare incontaminato, nell'ora del dovere e del dolore, lo spirito di sacrificio e il senso di umana solidarietà»³⁴. La convinzione all'apparenza immotivata e cieca, per cui doveva esservi qualcosa al di là di questa mentalità coatta, fu porto sicuro per molte giovani barche alla deriva.

Come ricorderà poi Calamandrei, credere nel valore della solidarietà e nel senso della giustizia fu allora determinante: l'intimo legame che da sempre collega giustizia e legge – e che dovrebbe continuare ancora oggi a farlo – svegliò la coscienza critica degli individui. L'analisi attenta della qualità delle leggi, che va ben al di là del puro legalitarismo, cambiò completamente le carte in tavola:

³² Lo slittamento dal piano tecnico a quello morale è fin troppo facile – per non dire giusto – e, proprio su questo punto, lo stesso Betti baserà la sua difesa, sottolineando come le argomentazioni addotte debbono rivolgersi esclusivamente alla sua idoneità all'insegnamento e non alle sue qualità morali, per le quali era già stato difatti oggetto nel giudizio di epurazione. Per ulteriori chiarimenti, si rimanda a BETTI, *Scritti di storia e politica internazionale*, cit., p. XX.

³³ E. BETTI, *Libertà nell'ordine*, in *L'Appennino Camerte*, 2 agosto 1943.

³⁴ Cfr. CALAMANDREI, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 72.

vi sono leggi rispetto alle quali l'obbedienza è un disvalore³⁵. E, in questa prospettiva, determinante è il ruolo vigile del testo costituzionale come riferimento costante di pura giustizia.

Intimamente legata all'esaltazione del dovere di solidarietà fu, infine, per Calamandrei la necessità di combattere duramente l'indifferentismo politico, quella 'facilità all'oblio', quel timore di lasciar cadere tutto nel dimenticatoio che l'autore sapeva esser tipico degli italiani³⁶.

La Costituzione, egli ricorda nella stessa conferenza di cui si parlava al principio, è l'affermazione più alta e solenne di solidarietà che possediamo. Molti sono morti senza retorica, senza grandi frasi per permettere che quella dignità, che quel bisogno-dovere di essere d'aiuto al prossimo facessero ritorno nelle nostre case. «A noi è rimasto un compito cento volte più agevole; quello di tradurre in leggi chiare, stabili ed oneste il loro sogno: di una società più giusta e più umana, di una solidarietà di tutti gli uomini, alleati a debellare il dolore. Assai poco, in verità, chiedono a noi i nostri morti. Non dobbiamo tradirli»³⁷.

Ecco che allora, quanto detto al principio, viene riconfermato da una voce ben più autorevole di quella di chi scrive: il pensiero, come spesso accade, è la più alta e nobile forma d'azione che abbiamo a disposizione. Tutto sta nel saperne fare un buon uso.

«Non dobbiamo tradirli».

³⁵ Vedi CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, cit., p. 53.

³⁶ Celebre è la vecchia storiella raccontata dal giurista fiorentino nella conferenza a Milano del 26.1.1955, in cui due uomini si trovano su un piroscampo traballante in mezzo al mare che rischia di affondare; mentre l'uno avvisa l'altro del pericolo imminente, questi risponde: «Che me ne importa, non è mica mio!».

³⁷ Un estratto questo del discorso *Chiarezza nella Costituzione*, pronunciato all'Assemblea Costituente nella seduta del 4 marzo 1947. Cfr. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, cit., p. 27.