



I rapporti giuridici tra identità e molteplicità

€ 27,00



Jovene editore 2019



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

6

I rapporti giuridici tra identità e molteplicità

Comitato di Redazione

Elena Emiliani (*Caporedattore*) - Enrica Latini (*Vice caporedattore*) - Francesco Scolaro (*Segretario di redazione*) - Saverio Bellocchio - Elena Ghi - Giulia Jeribi Ludovica La Regina - Alessandro Morelli - Claudia Nicolini - Dario Ortoleva Miriam Sferra

Comitato di Garanzia

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

Advisory Board

Nicolai Badenhoop - Sophie Schürmann - Angelo Dominick Tannuzzo

Alla redazione hanno collaborato

Saverio Bellocchio - Federica Ciarlariello - Alessandra Gerichievich - Caterina Giulia Guidetti - Franziska Heitschmidt - Enrica Latini - Beatrice Leucadito Alessandra Mattosio - Lavinia Mazzulli - Camilla Merz - Giulio Montesano Bianca Munteanu - Alfonso Maria Nava - Alessandro Raponi - Valentina Sforza Antonio Squillante - Francesco Tomasicchio - Alessandro Valenti - Julia Vigliarolo

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 2019

ISBN 978-88-243-2616-2

JOVENE EDITORE

VIA MEZZOCANNONE 109 - 80134 NAPOLI

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

website: www.jovene.it email: info@jovene.it

PRINTED IN ITALY - STAMPATO IN ITALIA

*Scoccai una freccia nell'aria,
ricadde sulla terra, chi sa dove;
volò così leggera che la vista
non la poté seguire in quella fuga.*

*Levai un canto nell'aria,
si sparse per la terra, chi sa dove;
e c'è chi ha tanto acume nella vista
che segue pure di un canto la fuga?*

*Assai dopo, confitta a una corteccia,
ancora intatta scopersi la freccia;
e, da principio a fine, il canto antico
lo ritrovai, nel cuore di un amico...*

*La freccia e il canto - H.W. Longfellow
(da Epoca, trad. di E. Mandanà, Milano, 1965)*

INDICE

- 1 *Nota di redazione*
- 7 Alcune questioni recenti in materia di immigrazione in Europa
Enrica Latini
- 19 *Rethinking and looking over Dublin regulation*
Alessandro Valenti
- 31 *Islamistischer Terrorismus, Eine kriminologische Betrachtung
des transnationalen Phänomens*
Franziska Heitschmidt
- 57 Azioni positive e principio di eguaglianza
Julia Vigliarolo
- 65 Dal mare verrà ogni bene: memoria, Stato e cittadinanza europea
nella Grecia della crisi economica
Federica Ciarlariello
- 75 Autonomia o subordinazione nei *riders*: questo è il problema?
Riflessioni sul rapporto di lavoro nella *Gig economy*
alla luce delle recenti sentenze
Saverio Bellocchio
- 85 Dalla rete al non-diritto
Beatrice Leucadito
- 97 Riccardo Orestano e l'introduzione allo studio storico
del Diritto romano
Francesco Tomasicchio
- 109 Nuovo mecenatismo e sponsorizzazione
Valentina Sforza
- 119 Il problema delle donazioni modali agli enti pubblici:
il caso dei musei
Valentina Sforza
- 127 La tutela autoriale dell'*industrial design*
Antonio Squillante

- 135 Sezione di Studi di diritto Italo-Cinese
- 137 I. La codificazione civile prima e dopo la Repubblica Popolare Cinese: come l'assetto politico influenza l'ordinamento giuridico
Alfonso Maria Nava
- 151 II. Cronaca del Convegno Internazionale
Alfonso Maria Nava
- 161 III. Hong Kong: prospettive costituzionali e tutela dei diritti nella *basic law*
Alessandro Raponi
- 171 Cronaca del viaggio in Cina 2018
Alessandra Gerichievich, Caterina Giulia Guidetti, Alessandra Mattosio, Lavinia Mazzulli, Camilla Merz, Giulio Montesano, Bianca Munteanu

NOTA DI REDAZIONE*

Essere oggi studenti, e ancor di più studenti di giurisprudenza, significa accettare che la maggiore difficoltà sarà quella di orientarsi. Una condizione assunta nel nostro immaginario e nella nostra percezione con neutrale tranquillità; un dato pacifico e che, ciò nonostante, espone tutt'altro che a pacifiche conclusioni ma, piuttosto, al rischio del radicarsi di indeterminatezza e incertezze. Fra queste la principale di cui, oggi, pare intriso il tessuto sociale, politico, culturale sembra essere generata dall'uso di una fallacia diventata metodo: il pregiudizio. Questo, come «ripetizione di schemi programmatici e precostituiti di giudizio»¹, è un tema attuale e permanente della storia dell'umanità; si afferma come metodo di ragionamento e di azione: un paradosso per un mondo che si regge sulla pluralità, sulla varietà e che richiede strumenti di lettura, se non ragionevoli e critici, almeno 'efficienti'.

Gli scritti contenuti in questo volume dei *Sapienza Legal Papers - Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza*, che ora varca il suo sesto anno di affaccio al mondo, si presentano, nella loro eterogeneità, con una sostanza che li rende omogenei: essi infatti sembrano voler lanciare un messaggio e suggerire un metodo che ne sorregga la diffusione. In alcuni casi, anzi, sembrano urlare con voce piena, motivata, trasparente e significativa la necessità che un messaggio e un metodo diventino la chiave dell'orientamento e vengano affidati al «regime della ragione»², dove «questa ragione è dolce, è umana; ispira l'indulgenza; soffoca la discordia; consolida la virtù, rende gradita l'obbedienza alle leggi [...]»³: è

* Per la redazione: Elena Emiliani, studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma.

¹ Così il professor Umberto Galimberti, nella sua *lectio magistralis* dal titolo 'In dialogo con i nostri pregiudizi', tenutasi il 27 febbraio 2019, a Busto Arsizio, nell'ambito del Festival 'Filosofarti'.

² VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, Roma, 1973, p. 41.

³ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 41.

questa la ragione che i contributi qui pubblicati invocano per rispondere alle istanze del presente, esplorandole e cercando di fuoriuscire mentalmente da ragionamenti ingabbiati. «L'umanità lo richiede, la ragione lo consiglia, e la politica non può averne timore»⁴.

Orientarsi, pertanto, in quest'ottica, appare proprio come un passaggio legato all'abbandono di un *modus* 'pregiudicato', contaminato da precipitazioni, a favore di uno ispirato ai valori umani, in grado di smascherare le prevaricazioni, i pregiudizi e cogliere nuovi significati: su questo binario i nostri Autori sono consapevoli che non si possono produrre dissesti.

L'interdisciplinarietà dei contributi che qui pubblichiamo è come se indebolisse le discontinuità tra settori: in ognuno di questi i nostri Autori mettono in luce come si pongano gli stessi problemi, che potrebbero dirsi 'di qualificazione' di situazioni instabili e incerte. La molteplicità dei temi affrontati è vivificante, perché permette di stabilire connessioni tra elementi comuni a cose che possiedono una diversa identità.

A ben leggere, si vedrà poi che i nostri Autori non si sono fermati alle sollecitazioni, ma hanno fatto uno sforzo in più: è lo «sforzo di rifondazione» (della capacità inclusiva dei meccanismi rappresentativi) di cui ci parla Federica Ciarlariello; uno sforzo, e insieme una scelta, di ragionamento e di valore, di cui gli Autori ci mostrano le ragioni, invitando i lettori a sceglierle a loro volta, consapevoli che «dei lettori attenti, che si comunichino i loro pensieri, vanno sempre più in là dell'autore»⁵. Consapevoli, cioè, che le parole ben pensate e tornite, che «arrischiano a veder la terra coltivata e resa più bella»⁶, sono come l'eco e la freccia della poesia di Henry W. Longfellow da cui traiamo ispirazione nell'introdurre il numero sesto dei Quaderni; sono cioè destinate ad espandersi e ricongiungersi con molte altre, e mai a disperdersi o confinarsi.

Le parole, infatti, mai come oggi pongono cruciali quanto impalpabili problemi di qualificazione: lo evidenzia, con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive nel rapporto di lavoro, Saverio Bellocchio: ripercorrendo le pronunce del Tribunale (le numero 778 e 1853 del 2018) e della Corte di Appello di Torino (n. 26/2019) ci aiuta a capire quanto oggi il rapporto di lavoro sia esposto ai rischi della inadeguatezza terminologica e della incertezza sostanziale. Il riverbero dell'incertezza regolatoria nel contesto europeo è

⁴ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 43.

⁵ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 39.

⁶ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 40.

chiaro agli occhi di Alessandro Valenti ed Enrica Latini, che entrambi lo analizzano con riferimento al Regolamento di Dublino: il primo, individuandolo nelle «manchevolezze nei processi di identificazione» e nella insostenibilità dell'incertezza stessa rispetto a vicende umane; la seconda, evidenziando come l'Europa si renda scenario di un fenomeno di costruzione di confini che contraddice la sua stessa identità, che è di «frontiera, rivolta sia verso l'esterno che verso l'interno, fissa e mobile allo stesso tempo. È uno spazio in cui storicamente i confini si sono sovrapposti senza mai fondersi». Gli Autori sembrano rimproverare a un'identità – quella europea – di aver contraddetto se stessa, con scenari incerti, pregiudizievole, imprudenti e inumani, di fronte ai quali l'unica soluzione possibile è il ritorno all'essenzialità, con al centro i diritti fondamentali degli esseri umani, i valori di solidarietà, dignità e uguaglianza: le uniche condizioni per la tenuta dell'Unione. La dottoressa Julia Vigliarolo ripercorre le tracce di un tema e di un problema sfortunatamente 'classico', quello delle carenze normative nel senso della tutela dell'uguaglianza sostanziale, individuando come uno dei due fattori di cui la disuguaglianza è risultante sia la «tendenza antropologica alla discriminazione dei gruppi sociali ritenuti diversi o altrimenti inferiori».

Gli Autori ci invitano ad approfondire quindi dei nuovi argomenti, a tentare di comprenderli e farli propri; ad abbandonare la posizione in cui ci si trova, ad abbandonare il pregiudizio, effettuando un salto non tanto quantitativo, ma qualitativo, per il recupero di un'identità – che qui è quella europea – al cui interno si sono insidiate contraddizioni e incertezze. Il loro «indice accusatorio è puntato sulla società [romana] nel suo complesso. Implicitamente le si nega la capacità di favorire una corretta integrazione (sottinteso: se prima non riforma se stessa)⁷».

Infatti «costruire un'identità deprivata delle sue appartenenze equivale a costruire sulla sabbia, perché le appartenenze non sono solo comodi rifugi per chi non è in grado altrimenti di darsi un'identità, ma sono quelle basi culturali che, trasmesse da generazioni a generazioni, consentono a ciascun individuo di non partire ogni volta da zero, e soprattutto di non “appiattirsi sul presente” che, senza passato e senza futuro, o come dice Scalfari⁸ “senza sto-

⁷ P.V. COVA, *L'antica Roma costruita sulle diversità*, Giornale di Brescia, 19 novembre 2004.

⁸ L'autore si riferisce a un editoriale di Eugenio Scalfari pubblicato su *L'Espresso* il 18 gennaio dello stesso anno, il 2007.

ria”, finisce col non sapere come orientarsi e soprattutto col non avere alcun punto di riferimento che non siano le occasioni del presente»⁹.

L'importanza della storicizzazione è affrontata da Francesco Tomasicchio con riferimento allo studio del diritto romano condotto da Riccardo Orestano, che lo definì il «problema dei problemi», poiché fonte di infiniti contributi per la scienza del diritto. La dimensione storica viene in luce anche per mano di Valentina Sforza, che individua le conformazioni attuali del mecenatismo, di quel *modus operandi* (oggi diremmo di 'investimento') di surplus di ricchezze finanziarie «per il puro amore del bello, dell'arte», che oggi appare sfumato e indeciso. Nel suo secondo articolo la stessa autrice evoca il contesto museale e il valore artistico, che sono scenario anche del contributo di Antonio Squillante, che ricostruisce la disciplina delle peculiarità e della creatività, così come risultante dall'attuazione della direttiva 71/98, dove è la creatività – requisito non identificabile con l'originalità – a ricevere tutela in quanto espressione della personalità.

In controtendenza con quella che appare come una ossessione per l'invasione di estranei¹⁰ è l'impegno sia dei nostri Autori, di cercare di mettere ordine, per capire o trovare una corrispondenza tra questa e la realtà; sia della Redazione, nell'aver introdotto in questo sesto volume dei Quaderni una Sezione interamente dedicata a Studi di diritto italo-cinese con la quale – insieme al contributo di Franziska Heitschmidt con cui felicemente consolidiamo la amichevole collaborazione con la rivista *Rescriptum*, da cui il contributo è recepito – spalanchiamo i nostri confini con la speranza di vedere ponti di idee e relazioni sempre più saldi e trafficati. La Sezione si ispira ai lavori di elaborazione del Codice civile Cinese, di cui il 2020 dovrebbe vedere l'entrata in vigore, nei quali la nostra Facoltà è protagonista. Il processo di codificazione è puntualmente descritto dal dottor Alfonso Maria Nava; mentre Alessandro Raponi si affaccia con una prospettiva costituzionalistica sulla *Basic Law* di Hong Kong. Alla nostra mente piace giocare con le idee e la cultura deve fare i conti con la diversità, con l'estraneità: questo è quello che gli studenti del Corso di Istituzioni di Diritto romano del professor Oliviero Diliberto hanno voluto dirci, descrivendo la

⁹ U. GALIMBERTI, *L'ansia di sapere chi siamo davvero*, la Repubblica, 19 gennaio 2007.

¹⁰ Vedi, a questo proposito, C. PINELLI, *Pre-modern understanding of rule making*, *Verfassungsblog*, 2019.

loro esperienza di viaggio nella Repubblica Popolare Cinese, organizzato dalla stessa cattedra.

«Io vedo nell'abbattimento dei confini, entro cui la storia finora ha "confinato" popoli e individui, una grande occasione in ordine non solo a una maggior attuazione del concetto di "tolleranza" [...], ma anche la possibilità offerta a tutti di costruire una propria identità senza la comoda protezione dell'appartenenza, e quindi un esser-se-stessi senza che nessun dispositivo territoriale, culturale, religioso, possa davvero codificarci»¹¹.

Se pure ci sforzassimo di confinare il nostro volume a una dimensione puramente giuridica – da cui questo peraltro nasce –; se pure volessimo soltanto cavillare su quanti sono e come sono i dis-sestamenti di disciplina, sarebbe impossibile. Si finisce comunque, infatti, per cercare le soluzioni in un'ottica più ampia e, soprattutto, si arriva a capire che ciò è indispensabile. Crediamo che questo volume abbia un grande merito, che eredita dagli scritti che raccoglie: quello di dire che il problema che permea tutti gli altri è un problema di ragionamento e, quindi, filosofico e di metodo. La dottoressa Beatrice Leucadito lo conferma, interrogandosi nel suo scritto su cosa rimanga dell'integrità e della dignità umana nella regolazione della 'rete', che è un mondo in cui «si manifestano prospettive assolutamente imprevedibili e, per certi profili inquietanti, refrattarie ad una trattazione e sistematizzazione giuridica. Laddove il mercato riesce ad imporre l'anomia mercantile aggirando la necessità di essere disciplinato all'interno di un ordinamento ispirato alla giustizia, si sancisce il regresso verso forme di convivenza selvagge, dove la forza più forte prevale sull'interesse generale e il raggiungimento del profitto declassa ogni altro fine come inessenziale».

Ai lettori del volume sesto dei Quaderni – che da ora seguiranno la pubblicazione annuale – suggeriamo dunque queste riflessioni. Che occorre stare nel modo giusto nel proprio pregiudizio, con la consapevolezza che si tratta di un luogo della nostra identità e non della verità; rifiutando abitudini mentali stantie che nobilitiamo chiamandole 'principi', come armature difensive con cui si pretende di trasmettere la propria esperienza¹². Che sia necessario

¹¹ U. GALIMBERTI, *op. cit.*

¹² Così il professor Umberto Galimberti, nella sua *lectio magistralis* dal titolo 'In dialogo con i nostri pregiudizi', tenutasi il 27 febbraio 2019, a Busto Arsizio, nell'ambito del Festival 'Filosofarti'

partire filosoficamente dal non sapere: ‘come qualificare’, ‘come regolare’: come orientarci. Fare filosofia è un atteggiamento, non è un sapere: destituire di verità i pareri correnti che non sono fondati su altro se non su adesioni ad affermazioni dogmatiche, su falsi sillogismi o su falsi affetti.

I contributi qui contenuti ci invitano a interrogarci su quale sia un percorso possibile, e ci invitano a «seguire il richiamo di alcuni valori anche quando non abbiamo la più pallida idea di dove andare, di quale direzione prendere e per quanto tempo»¹³.

¹³ C.P. ESTÈS, *Donne che corrono coi lupi*, Milano, 2016, p. 295.

ENRICA LATINI*

ALCUNE QUESTIONI RECENTI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE IN EUROPA

The present article is about the problem of immigration, that represents an important challenge for European Union.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di solidarietà e di equa ripartizione tra gli Stati membri. – 2.1. La politica comune d’asilo. – 3. Proposte delle istituzioni europee. – 3.1. Intervento della Corte di Giustizia. – 4. Il ruolo della Corte di Strasburgo e un confronto con la giurisprudenza di Lussemburgo. – 5. Il regolamento di Dublino e i suoi limiti. – 5.1. La libera circolazione delle persone. – 5.2. Una possibile riforma del regolamento. – 6. La situazione italiana. – 7. Soluzioni adottate da alcuni Stati membri.

1. *Introduzione*

L’instabilità di gran parte dell’area mediorientale e nordafricana, dovuta a numerosi conflitti, ha contribuito in modo notevole all’esodo delle popolazioni verso l’Europa. Si tratta di un fenomeno non nuovo nella storia europea e mondiale, ma negli ultimi anni si è accentuato e ha contribuito alla crisi dell’integrazione dell’Unione europea, in particolare del principio di solidarietà tra Stati membri. Inevitabilmente, infatti, il flusso migratorio si è diretto e si dirige tuttora verso i Paesi di confine, come Italia, Grecia e Ungheria, chiamati a sopportare il peso sia sociale sia economico dell’evento.

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Alessandra Di Martino, docente della cattedra di Diritto Pubblico alla luce dell’esperienza europea presso Sapienza Università di Roma.

2. *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione tra gli Stati membri*

Prima che la situazione fosse considerata eccezionale, il Parlamento europeo aveva affermato la necessità di ricorrere al principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità, intensificando gli aiuti nei confronti degli stati membri che accolgono il numero più elevato di migranti. Tale principio è espresso dall'articolo 80 TFUE¹, che rende quella che è un'esigenza delle norme internazionali una «*conditio sine qua non* della politica europea d'asilo»². Ma vi sono dubbi circa la possibilità di utilizzare, e quindi utilizzare, come una base giuridica autonoma. Talvolta, infatti, sono stati espressi pareri contrastanti da parte delle istituzioni.

2.1. *La politica comune d'asilo*

Nella prassi, le misure di solidarietà finanziaria costituiscono il principale strumento d'intervento dell'Unione. È stato creato il Fondo asilo migrazione e integrazione per migliorare la solidarietà tra Stati membri, ma il metodo di ripartizione delle risorse finanziarie è risultato inadeguato perché idoneo ad avvantaggiare i soli Paesi più grandi e a danneggiare quelli più piccoli. Dal punto di vista della solidarietà tecnico-operativa, l'EASO (*European Asylum Support Office*) è preposto al sostegno degli Stati membri i cui sistemi di asilo e di accoglienza siano sottoposti a forti pressioni e, inoltre, al coordinamento della prestazione di tale sostegno da parte degli altri Paesi membri dell'Unione, al fine di creare un esame congiunto delle domande d'asilo³. Tuttavia, anche in questo caso i fondi sono stati insufficienti e gli Stati membri che avrebbero dovuto partecipare all'iniziativa hanno mostrato poca collaborazione. I Paesi in difficoltà hanno spesso invocato la redistribuzione

¹ Art. 80 TFUE (introdotto dal Trattato di Lisbona): «*Le politiche dell'Unione di cui al presente capo (Capo 2, Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione) e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio*».

² M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, pp. 292-293.

³ CGUE sent. 6 settembre 2017 C-643/15 e C-647/15.

buzione dei rifugiati, richiesta che ha dato origine ai progetti EUREMA e EUREMA II, con i quali è stato possibile il ricollocamento, tra il 2010 e il 2012, di circa seicento persone⁴ dall'isola di Malta. Nonostante si tratti di una cifra molto modesta e benché gli Stati membri partecipanti al progetto abbiano mostrato la tendenza a selezionare i richiedenti asilo in base a requisiti particolari, spesso legati al possesso di specifiche qualifiche professionali, questa soluzione è stata considerata una delle più efficaci, almeno potenzialmente⁵.

Il regolamento Dublino III è lo strumento principale della politica comune d'asilo, ma non rispetta il principio espresso dall'art. 80 TFUE. Assume rilievo la regola per cui è lo «Stato di primo ingresso» (senza distinzioni circa la regolarità o irregolarità di quest'ultimo) a doversi occupare della gestione dei richiedenti protezione internazionale, determinando ciò un carico insostenibile per i Paesi geograficamente più esposti e la conseguente incapacità di garantire un trattamento adeguato ai rifugiati.

3. *Proposte delle istituzioni europee*

I sempre più frequenti naufragi nel Mar Mediterraneo hanno indotto le istituzioni dell'Unione a riconoscere l'eccezionalità della crisi migratoria ancora in atto. Per questo, il 20 aprile 2015 la Commissione europea ha presentato alcune proposte, tra le quali un meccanismo di ricollocazione d'emergenza. Il 20 luglio dello stesso anno il Consiglio europeo ha adottato una risoluzione che prevedeva la ricollocazione sul territorio europeo delle 24.000 persone presenti in Italia e delle 16.000 presenti in Grecia, nell'arco di un periodo di due anni. Poiché il flusso migratorio si stava spostando verso il Mediterraneo orientale e i Balcani, la Commissione e il Consiglio hanno provato ad istituire misure temporanee anche a favore dell'Ungheria. Tuttavia, nel corso di varie riunioni tenute per discutere questa e altre proposte, l'Ungheria ha rifiutato l'idea di essere qualificata come «Stato membro in prima linea» e per questo è stato deciso di inserirla nell'elenco dei Paesi di ricollocazione dei richiedenti asilo provenienti da Italia e Grecia. Infine, la

⁴ La ricollocazione avviene solo su base concordata tra Stati membri e col consenso del beneficiario della protezione internazionale, come previsto dall'art. 5 del regolamento istitutivo dell'EASO.

⁵ M.I. PAPA, *op. cit.*, pp. 295 ss.

proposta così modificata è stata respinta da Repubblica Ceca, Romania, Repubblica slovacca e Ungheria⁶.

3.1. *Intervento della Corte di Giustizia*

Con la causa C-643/15 la Repubblica slovacca ha chiesto alla Corte di annullare la decisione impugnata e con la causa C-647/15 l'Ungheria ha chiesto alla Corte di annullare sia la decisione impugnata (in via principale) sia di annullarla nella parte riguardante l'Ungheria (in subordine). In entrambe, il Consiglio ha chiesto invece alla Corte di respingere i ricorsi perché infondati.

A sostegno dei loro ricorsi, la Repubblica slovacca e l'Ungheria hanno dedotto, tra gli altri, il motivo della violazione dell'art. 78, par. 3, TFUE riguardo diversi aspetti.

Le misure impiegate in base a questa norma dovrebbero essere adottate secondo una procedura legislativa (speciale, a parere dell'Ungheria), ma ciò non è avvenuto, quindi l'art. 78, par. 3, TFUE non sarebbe adeguato a fungere da base giuridica per le misure in questione. Secondo la Corte, l'articolo di cui sopra non contiene riferimenti espressi a nessuna delle due procedure legislative, perciò il Consiglio ha correttamente valutato le delibere adottate ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE come non legislative.

Un altro punto contestato è che Italia e Grecia non sarebbero da considerare Stati beneficiari delle misure adottate ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE perché non si troverebbero in una situazione d'emergenza caratterizzata da un arrivo improvviso di migranti e il sistema di accoglienza greco sarebbe stato carente già da tempo. Sull'argomento la Corte concorda con l'avvocato generale Y. Bot, che nelle sue conclusioni⁷ ha affermato che la decisione impugnata è intervenuta nel contesto della crisi migratoria aggravatasi nel corso dei mesi di luglio e agosto 2015 e della disastrosa situazione umanitaria alla quale tale crisi ha dato luogo, in particolare negli Stati membri in prima linea, come Italia e Grecia, che si sono trovati di fronte ad un notevole numero di migranti provenienti da paesi del Medioriente. Decisivi sono stati i dati statistici dell'agenzia Frontex nell'orientare l'atteggiamento della Corte⁸: nei primi

⁶ CGUE, sent. 6 settembre 2017 C-643/15 e C-647/15.

⁷ Presentate il 26 luglio 2017.

⁸ S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE online*, p. 738.

mesi del 2015 Italia e Grecia hanno assistito ad un afflusso massiccio di persone che ha messo a dura prova i rispettivi regimi di asilo, perciò il Consiglio ha correttamente qualificato l'evento come improvviso ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE.

La Corte ha respinto anche il motivo secondo cui la decisione impugnata vorrebbe risolvere situazioni ipotetiche e future perché la crisi è avvenuta prima (luglio e agosto 2015) della data di adozione della stessa (22 settembre 2015).

I ricorrenti hanno anche sostenuto che non era stato rispettato l'obbligo di consultazione del Parlamento europeo⁹ dopo un'importante modifica al testo originale¹⁰, ma i giudici di Lussemburgo hanno risposto che il Parlamento era già stato informato durante una sessione plenaria straordinaria.

Infine, secondo Ungheria e Repubblica slovacca il carattere temporaneo della decisione impugnata sarebbe stato assente e l'applicazione di tale decisione sarebbe stata di eccessiva durata¹¹. La Corte ha ritenuto che un atto possa dirsi temporaneo nel senso usuale del termine, cioè non inteso a disciplinare in modo permanente una certa materia. L'art. 78, par. 3, TFUE, inoltre, non prevedeva alcuna limitazione temporale, perciò riservava al Consiglio un margine di discrezionalità per stabilire, caso per caso, il periodo di applicazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo di cui sopra. Il carattere temporaneo non dipendeva dalla durata degli effetti¹², perché le misure di ricollocazione producono di per sé effetti a lunga durata.

La Corte di Giustizia ha quindi respinto i ricorsi di Repubblica slovacca e Ungheria.

4. *Il ruolo della Corte di Strasburgo e un confronto con la giurisprudenza di Lussemburgo*

Con l'espressione «saga Dublino» si indica un insieme di sentenze con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato diversi Stati membri, in riferimento ad alcuni trasferimenti di rifugiati che sono avvenuti nell'ambito del regolamento Dublino III. Tra

⁹ Obbligo previsto dall'art. 78, par. 3, TFUE.

¹⁰ Era stata modificata la posizione dell'Ungheria, da «Stato in prima linea» a «Stato di ricollocazione».

¹¹ La decisione si applicherebbe per un periodo di due anni, che può essere prolungato di un ulteriore anno, perciò la misura non potrebbe essere qualificata come temporanea.

¹² Come avevano sostenuto i due ricorrenti.

le altre, con la sentenza M.S.S.¹³ la Corte di Strasburgo ha condannato il Belgio per i trasferimenti verso la Grecia, affermando la responsabilità degli Stati membri dell'Unione rispetto ai diritti sanciti nella Convenzione europea, anche quando operano nell'ambito del diritto dell'Unione europea¹⁴. Proprio col fine di tutelare le persone, la stessa Corte ha riconosciuto agli Stati un margine di discrezionalità nell'applicazione del regolamento di Dublino. Se una convenzione internazionale, nel caso specifico la CEDU, stabilisce un livello minimo di tutela di diritti, gli Stati che ne fanno parte non possono concordare tra loro standard meno favorevoli. Tutt'al più ne possono stabilire di più elevati. Infine, questa sentenza ha sottolineato la poca efficienza del regolamento perché il pieno rispetto della CEDU è «non conciliabile con le esigenze di rapidità e di certezza», punto principale dell'obiettivo perseguito da Dublino III¹⁵.

Anche l'Italia e la Grecia sono state condannate per motivi simili a quelli della sentenza di cui sopra, in particolare per violazione degli articoli 3 e 13¹⁶ della Convenzione¹⁷.

Diverso è stato l'approccio della Corte di Giustizia, che con la sentenza N.S.¹⁸ ha tentato di salvaguardare l'Unione europea, gli obiettivi raggiunti e il sistema comune di asilo, affermando che qualora lo Stato membro competente violi un diritto fondamentale, ciò non deve impedire in via generale agli altri Paesi membri di rispettare le disposizioni del regolamento Dublino. Nonostante i giudici di Lussemburgo abbiano operato per raggiungere questi scopi, hanno anche riconosciuto la possibile esistenza di un rischio reale di trattamento disumano in caso di carenze sistemiche nel sistema di asilo di uno degli Stati membri: il trasferimento sarà correttamente valutato incompatibile con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e con l'art. 3 della Convenzione¹⁹.

¹³ Sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S. contro Belgio e Grecia*.

¹⁴ Le persone che sono trasferite non devono essere sottoposte a rischi reali di subire tortura o trattamenti disumani, come previsto dall'art. 3 CEDU.

¹⁵ C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 708-711 e 719.

¹⁶ «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

¹⁷ Sent. 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri contro Italia e Grecia*.

¹⁸ CGUE, sent. 21 dicembre 2011, C-411/10.

¹⁹ Le due disposizioni hanno un testo identico: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Con questi esempi facilmente si comprenderà come il differente approccio adottato dalle due Corti rispecchi la funzione da loro svolta: la prima è specializzata nella tutela dei diritti umani, l'altra sposta l'attenzione sugli obiettivi dell'Unione, cercando di non pregiudicare il rispetto dei diritti umani²⁰.

5. *Il regolamento di Dublino e i suoi limiti*

Il Regolamento Dublino III «stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide ("Stato membro competente")»²¹. Ma il sistema è in crisi da tempo e i motivi sono diversi.

Il primo riguarda il rispetto dei diritti umani, affrontato nei paragrafi precedenti. Un secondo indizio della sua inefficacia è dato dalle cifre dei trasferimenti effettivamente eseguiti, corrispondenti solo al 25% circa delle richieste. Le motivazioni principali sono la irreperibilità degli individui una volta comunicata la decisione di trasferimento²² e la scarsa cooperazione tra le amministrazioni degli Stati membri.

5.1. *La libera circolazione delle persone*

Diversamente da quanto accade per i cittadini europei, ai rifugiati non è riconosciuto il diritto alla libera circolazione nel territorio dell'Unione. Solo coloro che possiedono un visto Schengen possono circolare liberamente per un massimo di novanta giorni in un intervallo di sei mesi, in qualsiasi paese dell'area. La normativa europea non prevede nessun altro diritto di soggiornare o risiedere in un altro Stato membro, neanche nell'ipotesi di intraprendere attività lavorative. Questo è il limite più grande del regolamento Dublino.

Se da una parte la libera circolazione delle persone è stato uno degli obiettivi prioritari del processo di integrazione europea, tanto da essere presente già nel Trattato del 1957 della CEE., dal-

²⁰ C. FAVILLI, *op. cit.*, pp. 711, 712.

²¹ Art. 1, Capo I, Reg. UE n. 604/2013.

²² Molti richiedenti asilo si sottraggono all'identificazione o fuggono durante il periodo di attesa del ricollocamento perché diffidenti delle prospettive di integrazione nei diversi paesi europei, dovuta alla rigidità delle norme.

l'altra, in riferimento alla politica europea d'asilo, si è invece tentato di limitarla il più possibile²³.

Un caso emblematico potrebbe essere la sentenza Jafari²⁴. La questione era stata sollevata dal Verwaltungsgerichtshof austriaco²⁵ e verteva sull'interpretazione degli artt. 2, 12, 13 del regolamento di Dublino e dell'art. 5 del codice frontiere Schengen. Era stata presentata nell'ambito dell'esame dei ricorsi proposti dalle signore Jafari, cittadine afgane, contro le decisioni adottate dal Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl²⁶, che aveva dichiarato le loro domande di protezione internazionale irricevibili, aveva disposto il loro allontanamento e deciso il loro trasferimento verso la Croazia, perché sprovviste di un visto valido.

I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che l'art. 12 del regolamento Dublino, in combinato disposto con l'art. 2, lettera m), dello stesso, dovesse essere interpretato nel seguente modo: qualora le autorità dello Stato membro di arrivo dei cittadini di uno Stato terzo²⁷ in transito tollerino il loro ingresso nel proprio territorio, ciò non deve essere qualificato come «visto» ai sensi di detto art. 12. Hanno poi sostenuto che l'art. 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino dovesse essere interpretato nel senso che i cittadini di uno Stato terzo in transito avessero varcato illegalmente la frontiera del primo Stato membro ai sensi di detto articolo.

5.2. Una possibile riforma del regolamento

La riforma del sistema europeo comune di asilo (CEAS) è una delle priorità delle istituzioni europee. La Commissione europea si è posta l'obiettivo di superare l'attuale sistema e di crearne uno nuovo che sia più equo: il 4 maggio 2016 ha quindi presentato la proposta di un meccanismo di assegnazione correttivo che è poi passata all'esame del Parlamento europeo²⁸. Questo meccanismo

²³ Benché la competenza di estendere, anche solo in parte, il diritto di circolazione e di soggiorno ai cittadini di Paesi terzi rientri nei poteri dell'Unione, ai sensi dell'art. 79, par. 2, lett. B, TFUE: «Definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri».

²⁴ CGUE, sent. 26 luglio 2017, C-646/16.

²⁵ Corte amministrativa austriaca.

²⁶ Ufficio federale competente per gli stranieri e in materia di asilo, Austria.

²⁷ Cittadini che vogliono solo transitare in tale Stato membro allo scopo di raggiungerne un altro dove presentare domanda di protezione internazionale.

²⁸ La deputata Cecilia Wikström è stata nominata relatrice per la riforma che ha presentato il 9 marzo 2017 alla commissione parlamentare per le libertà civili, la

«di equità» prevede che qualora uno Stato si trovi ad affrontare un afflusso di migranti che superi il 150% della quota di riferimento, i nuovi richiedenti protezione internazionale²⁹ dovrebbero essere ricollocati in altri Stati membri finché il numero di domande non sia sceso di nuovo al di sotto di tale soglia³⁰. Il sistema includerà tempi più brevi per l'invio delle richieste di trasferimento, per il ricevimento delle risposte e per l'esecuzione dei trasferimenti. Inoltre, saranno più chiari gli obblighi giuridici per i richiedenti asilo, come il dovere di restare nello Stato membro competente per la loro richiesta di protezione internazionale. Infine, maggiori garanzie saranno previste per i minori non accompagnati³¹.

Il Parlamento europeo ha prospettato un sistema obbligatorio di ricollocazione, che si applicherebbe a prescindere dal paese di primo arrivo e l'accesso ai fondi europei sarebbe limitato agli Stati che si oppongono a questo.

Vi è poi la riforma proposta dalla Bulgaria: nel caso in cui uno Stato sia colpito da una forte crisi, sarà aiutato da un sostegno finanziario dell'Unione, dal supporto dell'Agenzia europea per l'asilo e dalla ricollocazione dei rifugiati in altri paesi (ma solo su base volontaria).

Lo scopo finale sarà mettere d'accordo tutti gli Stati membri, che al momento hanno visioni divergenti. Infatti, da un lato vi sono Paesi, come l'Italia, che preferirebbero il superamento del principio dello Stato di primo approdo, dall'altro alcuni, come quelli del gruppo Visegrad³², hanno manifestato il loro dissenso circa i meccanismi obbligatori di ricollocazione.

6. *La situazione italiana*

Geograficamente l'Italia si trova al confine meridionale d'Europa, per questo negli anni ha salvato e accolto i migranti che at-

giustizia e gli affari interni. (A. CAMILLI, F. SPINELLI, *Come cambierà il regolamento di Dublino sul diritto d'asilo europeo*, in *Internazionale*, 10 marzo 2017).

²⁹ La cui domanda sia valutata come ammissibile.

³⁰ Gli Stati membri avranno la possibilità di sottrarsi temporaneamente al ricollocazione, purché versino un contributo di 250.000 euro allo Stato che al loro posto accoglierà il rifugiato.

³¹ V. DI FELICE (a cura di), *La proposta di riforma del regolamento Dublino, Note su atti dell'Unione europea*, n. 3, in Servizio studi del Senato della Repubblica, 27 aprile 2018.

³² Alleanza creata il 15 febbraio 1991 da Polonia, Repubblica ceca, Slovacchia e Ungheria.

traversano con imbarcazioni di fortuna il Mar Mediterraneo. L'episodio che ha fatto più discutere negli ultimi mesi è stato quello della nave *Aquarius*³³ che aveva salvato 629 naufraghi e a cui è stato negato l'approdo nei porti italiani. L'Italia ha chiesto l'aiuto di Malta, affinché accogliesse i migranti e nel frattempo aveva inviato motovedette con medici a bordo che garantissero la salute di tutte le persone presenti sulla nave. Ma Malta ha rifiutato, affermando che il soccorso di quella nave non fosse di sua competenza³⁴. Dopo alcuni giorni, la Spagna si è offerta di accogliere la nave e i migranti nel porto di Valencia. La vicenda, che chiama in causa il diritto internazionale, ha ripresentato la necessità di modificare il regolamento di Dublino, perché il motivo alla base della chiusura dei porti e dei dissensi tra Italia, Malta e altri paesi dell'Unione è che i richiedenti asilo che sbarcano in uno Stato, lì devono fare domanda di protezione internazionale e lì dovranno vivere successivamente³⁵.

Un altro episodio spiacevole è accaduto nel marzo 2018, quando alcuni agenti della polizia della dogana francese hanno irrotto in un centro di accoglienza per migranti nel comune di Bardonecchia. Si è parlato di una violazione sia dei diritti umani tutelati dal sistema europeo sia dei «principi basilari della dignità umana»³⁶. Ne è derivato un dibattito piuttosto acceso tra il governo italiano e quello francese: il presidente Macron è stato accusato di non essere solidale con l'Italia perché la Francia avrebbe respinto più di 40.000 rifugiati provenienti dall'Italia nel corso di un anno³⁷.

7. Soluzioni adottate da alcuni Stati membri

Mentre le istituzioni europee affrontano questa situazione proponendo modifiche delle norme, gli Stati membri tentano di risolvere il problema in modi differenti. Il flusso migratorio che si dirige soprattutto verso sud ed est Europa rappresenta una sfida non facile per i governi dei Paesi posti al confine. Qualora riscontrino difficoltà nel gestire l'accoglienza, correrebbero il rischio di

³³ Nave della Ong Medici Senza Frontiere, battente bandiera di Gibilterra.

³⁴ C. LOPAPA, in *la Repubblica*, 10 giugno 2018.

³⁵ Qualora gli sia riconosciuto lo status di rifugiati.

³⁶ O. GIUSTETTI, C. ROCCI, in *la Repubblica*, 31 marzo 2018.

³⁷ Ne *Il Messaggero.it*, 30 agosto 2018.

perdere credibilità agli occhi dei rispettivi cittadini e permettere così la formazione di partiti populistici e xenofobi. Rischio ancora più grande sarebbe l'affermazione di un partito unificato di tal genere a livello europeo³⁸.

La soluzione più facile sembra essere quella di alzare barriere. Così, le frontiere tra Austria e Germania sono state chiuse provvisoriamente, l'Ungheria ha costruito muri di cemento al confine con la Serbia, la stessa cosa hanno fatto Bulgaria e Grecia alle frontiere con la Turchia³⁹. Tuttavia, questi nuovi muri non fermano le ondate migratorie, ma le deviano semplicemente verso altri punti di passaggio, come se ogni paese cercasse di proteggersi a discapito di quello vicino. Infatti, si ha la percezione che alcuni Paesi europei⁴⁰ siano considerati da altri Paesi non tanto Stati membri quanto mere zone-tampone⁴¹.

Dunque, si tenta di costruire nuovi confini, e non si comprende che in realtà l'Europa non ha frontiere, bensì è essa stessa una frontiera, rivolta sia verso l'esterno che verso l'interno, fissa e mobile allo stesso tempo. È uno spazio in cui storicamente i confini si sono sovrapposti senza mai fondersi⁴². Oggi nuovi soggetti chiedono di entrare in Europa e diversamente dal passato non si tratta di Stati, ma di persone: si potrebbe parlare di un allargamento demografico.

L'Unione europea dunque si trova ad affrontare una sfida così importante che dal suo esito ne dipenderà il futuro e affinché possa vincerla dovrà avvenire un cambiamento: è necessaria un'Europa diversa, in cui le nazioni mettano da parte il loro egoismo per dare spazio a solidarietà e unità.

³⁸ E. BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa?*, Milano, 2016, p. 186.

³⁹ Barriere sorgono in tutta Europa a neanche trent'anni dalla caduta del Muro di Berlino: questo fatto dovrebbe far riflettere tutti.

⁴⁰ Per esempio i Paesi balcanici, che il muro ungherese divide dal resto d'Europa.

⁴¹ BALIBAR, *op. cit.*, pp. 166-167.

⁴² BALIBAR, *op. cit.*, pp. 162-163.

ALESSANDRO VALENTI*

RETHINKING AND LOOKING OVER DUBLIN REGULATION

This paper aims at analysing the problems of the Dublin system through the law and literature approach consisting of two parts. The former reflects on the nexus between the limits on the freedom of movement for beneficiaries of international protection in the European Union and the Dublin Regulation. In so doing, it illustrates some of the main deficiencies of the Dublin rules. The second part examines and critically reflects on the current proposals tabled by the European institutions and it additionally outlines different future prospects.

SOMMARIO: 1. Introduzione al lavoro. – 2. Al di là della frontiera: diritti negati, speranze tradite. – 3. La guerra per l'incompetenza e le soluzioni adottate, negate e proposte. – 3.1. La Corte di giustizia: il *self restraint* in 'Jafari'. – 3.2. La Commissione: «*to save Dublin*» *approach*. – 3.3. Il Parlamento: «*to stay humans, to be Union*» *approach*.

1. *Introduzione al lavoro*

Il 'Sistema Dublino' è un complesso normativo che costituisce la risposta europea al problema della determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. Nello spazio europeo senza controlli alle frontiere interne, assume lo scopo di «prevenire il fenomeno della mobilità dei richiedenti asilo da un paese all'altro» garantendo comunque «che almeno uno Stato» possa «dare loro ascolto»¹.

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Paolo Ridola, il dott. Andrea Romano e il dott. Davide Sardo.

¹ A. FABBRICOTTI, *La politica dell'immigrazione nell'Accordo di Schengen*, in *Riv. AWR Bulletin*, 1991, vol. 38, n. 1, p. 20.

Il perno del Regolamento Dublino sta nell'attribuzione della competenza allo Stato di primo ingresso, laddove questo sia illegale. Combinato al fatto che i «beneficiari di protezione internazionale» non godono di libera circolazione nello spazio europeo – come si chiarirà più avanti – ma solo nello Stato competente all'esame della domanda, si ingenera un «effetto imbuto»² che soffoca le aspettative e i sentimenti dello straniero e rende insostenibile il peso dell'accoglienza per gli Stati alle «frontiere esterne». Un tale sistema, nel contesto attuale della crisi migratoria, stimola la realizzazione dei «movimenti secondari», nonché gravi manchevolezze nei processi di identificazione, con l'effetto di generare tra gli Stati membri una 'guerra per la incompetenza' che mina la costruzione dell'Unione europea. La crisi di Dublino è tangibile considerando la percentuale dei «trasferimenti» accettati, che appare insi­gnificante, e che rende evidente come il regolamento (UE) 604/2013 presenti gravi disfunzioni strutturali. Ad ultimo, l'insostenibilità dei sistemi di accoglienza, traducendosi nella strutturale violazione dei diritti umani nei centri per migranti, rende probabile l'impossibilità di trasferimento negli Stati di primo ingresso, sussistendone in tal caso il divieto sancito dall'art. 3 dello stesso regolamento. Di qui l'improcrastinabilità di una riforma intelligente che coniughi efficienza, umanità, e solidarietà tra Stati membri.

Proverò a mettere in luce queste criticità utilizzando il binario diritto-letteratura, servendomi in particolare di una nota opera di Kafka: *Il Castello*. Poi tenterò di illustrare l'atteggiamento fin qui assunto dalle istituzioni europee rispetto al sistema in esame.

2. *Al di là della frontiera: diritti negati, speranze tradite*

Il protagonista del romanzo di Kafka è K., un forestiero nominato agrimensore del Castello per uno strano errore di procedura. Si ritrova d'un tratto in terra straniera senza l'occupazione che ne giustificava il lungo viaggio. Così non chiede altro che raggiungere il Castello per chiarire la sua situazione lavorativa, ma incontra avanti a sé l'indifferenza degli abitanti del «paese» e una complessa macchina amministrativa, per cui costituisce solo una scoccante pratica tra le tante. Verso la fine del romanzo K. si presenta all'Albergo dei Signori, sperando di essere finalmente inter-

² A. LEOGRANDE, *La frontiera*, 2017, Milano, p. 238.

rogato da un segretario del Castello per risolvere la sua assurda situazione. È a terra, in mezzo al corridoio, stanco. Le porte delle stanze dove i segretari svolgono l'interrogatorio sono chiuse. Si aprono solo per permettere agli inservienti di consegnare ai funzionari le pratiche per cui sono competenti. D'un tratto si levano delle grida angoscienti, seguite da scampanellii. È il caos. K. non capisce le ragioni di tanto baccano e d'improvviso vede arrivare in una corsa disperata l'oste dell'Albergo, «correva come se avesse dimenticato la sua dignità»³, seguito dall'ostessa. Il forestiero si stringe contro il muro per non ostacolare il passaggio dei due, che, con immenso stupore di K., interrompono la loro corsa davanti a lui e iniziano ad urlargli contro. Dopo «molto tempo» K. realizza quale fosse la sua grande colpa: stare nel corridoio quando non ne aveva «alcun diritto», «accessibile gli era soltanto la mescita, e anche questo solo come un favore e revocabilmente». Un forestiero come K., per quanto giunto al paese proprio su chiamata del Castello, non poteva circolare liberamente per il corridoio dell'Albergo «come un animale al pascolo»⁴. La sua condizione ricorda quella del beneficiario di protezione internazionale. Questo, in assenza del mutuo riconoscimento delle decisioni positive in materia di protezione internazionale, è confinato nello Stato competente a decidere della sua domanda, in quanto l'eventuale decisione di accoglimento ha validità per il solo Stato decidente⁵. Di conseguenza la libertà di soggiorno, che figura tra i diritti propri del beneficiario di protezione internazionale⁶, è riconosciuta nel solo territorio dello Stato decidente. Trascorsi cinque anni di residenza continuativa e regolare, laddove sia economicamente autosufficiente, disponga di un'assicurazione sulla salute e soddisfi le condizioni di integrazione previste dalla disciplina nazionale, potrà soggiornare

³ F. KAFKA, *Il castello*, trad. di A. Rho, edizione integrata con varianti e frammenti, Cles, 2010, p. 263.

⁴ KAFKA, *op. cit.*, p. 264.

⁵ Vedi E. GUILD, *The Europeanisation of Europe's Asylum Policy*, *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, Issue 3-4, 2006, p. 636; E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO LAX, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, in *Liberty and Security in Europe Papers*, n. 83, September 2015, pp. 21-32; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, n. 3/2015, p. 701-747.

⁶ Vedi F. CORTESE, *La difficile "classificazione" dei migranti*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, M. SAVINO (a cura di), Napoli, 2017, pp. 146-147.

in un secondo Stato membro⁷, potendo in precedenza circolarvi liberamente per soli 3 mesi. È evidente come la normativa europea sulla libera circolazione elegga a Stato di accoglienza quello che, per il regolamento 604/2013/UE, c.d. «Dublino III», è lo Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale⁸. Per il richiedente protezione internazionale il risultato di questa scelta è spesso insopportabile, potendo non essere lo Stato competente per l'esame della domanda il luogo in cui questo vorrebbe rimanere nel caso di un suo accoglimento. Infatti da una parte il richiedente subisce l'attrazione per gli Stati europei in cui sono migliori le condizioni di accoglienza, il sostegno all'integrazione⁹ e le prospettive di vita future legate al benessere generale del Paese, o in cui la percentuale di domande accolte è più elevata, nonché per gli Stati di residenza di familiari ed amici¹⁰. Dall'altra parte va considerato che questo non può esprimere alcuna preferenza sullo Stato competente ad esaminare la domanda¹¹. In secondo luogo bisogna tener conto – come si chiarirà in seguito – che il criterio (di fatto) principale del regolamento 604/2013/UE è quello che rende competente lo «Stato di primo ingresso», il cui sistema in genere non risponde alle aspettative di vita del richiedente¹². L'ultimo profilo da considerare è che la nozione di «familiari» accolta dal legislatore europeo nel regolamento 603/2013/UE è eccessivamente escludente, valorizzando solo i rapporti tra partners stabili e quelli con i figli minori a carico e non coniugati, così che spesso competente a esaminare la domanda non sarà lo Stato di soggiorno dei componenti della famiglia già beneficiari di protezione internazionale.

⁷ Vedi S. PEERS, *Transfer of International Protection and European Union Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, n. 3/2012, pp. 527-560; M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea*, in *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Lavis, 2012, p. 270.

⁸ Vedi A. MACRILLÒ, *Il diritto degli stranieri*, Lavis, 2014, p. 139; FAVILLI, *op. cit.*, p. 727-728.

⁹ Consideriamo come componenti di questo fattore sia le politiche pubbliche di carattere attivo che gli ostacoli giuridici all'integrazione, come il riconoscimento delle qualifiche.

¹⁰ Vedi J.P. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 28, n. 2, 2014, 145-162; MACRILLÒ, *op. cit.*, p. 139; FAVILLI, *op. cit.*, p. 726; LEOGRANDE, *op. cit.*, p. 238.

¹¹ Vedi GUILD, *op. cit.*, p. 636-637.

¹² Per il caso italiano v. BREKKE, BROCHMANN, *op. cit.*, p. 145-162.

L'Unione europea rimane così indifferente alla vita privata e familiare dello straniero, assumendo un atteggiamento simile a quello dell'ostessa della Locanda del Ponte, quando rivolgendosi a K. gli dice: «Lei non è del Castello, lei non è del paese, lei non è nulla. Eppure anche lei è qualcosa, sventuratamente, è un forestiero, uno che è sempre di troppo e sempre fra i piedi, uno che vi procura un mucchio di grattacapi, [...]. Ma cerchi un po' di figurarsi quello che va chiedendo: di parlare a un uomo come Klamm!»¹³. Ciò tradisce i valori dell'identità europea, «incoraggia» il richiedente protezione internazionale a realizzare i «movimenti secondari»¹⁴ ed è di ostacolo al processo di integrazione del beneficiario di protezione all'interno dell'Unione. Questo infatti si deve sentire come K., che vede incombere su di sé la minaccia «di un torto così insensato che» non riesce «a credere alla gravità del pericolo»¹⁵. Come chi fugge da guerre e persecuzioni, K. non è in grado di spiegarsi come questioni di competenza tra uffici possano avere una tale importanza da rovinare la sua vita. Non può spiegarsi il «ridicolo imbroglio che in certe circostanze può decidere della vita d'un uomo»¹⁶.

Occorre ora chiedersi se nel contesto attuale delle grandi migrazioni il Sistema Dublino sia almeno funzionale a realizzare lo scopo per cui nasce.

3. *La guerra per l'incompetenza e le soluzioni adottate, negate e proposte*

Kafka, quando descrive l'amministrazione del Castello, servendosi della voce di un segretario, afferma che «non esiste, né potrebbe esistere in una grande e florida organizzazione un unico segretario che sia competente per ciascun caso». Il problema principale di quel sistema è il carattere eccessivamente solidaristico. L'incomprensibile articolazione di competenze tra le sezioni sullo stesso caso porta K. alla ridicola situazione di essere nominato agrimensore in un posto in cui quel genere di lavoratore proprio non serviva. È fatto noto che un eccesso di solidarietà crea irre-

¹³ KAFKA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴ F. MAIANI, *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, fasc. n. 5, 2017, pp. 625-626.

¹⁵ KAFKA, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶ KAFKA, *op. cit.*, p. 62.

sponsabilità. Da qui il primo principio di Dublino, che un solo Stato sia responsabile per l'esame della domanda. Diversamente il complesso normativo sembra contare su pochi lavoratori, che si dovrebbero occupare della maggior parte dei casi. Infatti in assenza di legami familiari rilevanti o di un visto, configurandosi l'ingresso come «illegale», il criterio applicabile del regolamento (UE) 604/2013 – salvo che il richiedente non goda di un esonero dal visto – sarà quello che rende competente lo Stato da cui il richiedente è entrato in Unione europea, il che si realizza nella maggior parte dei casi. La relazione tra Stato competente all'esame della domanda, Stato di primo ingresso e Stato di accoglienza, risolvendosi statisticamente nell'identità dei soggetti, rende il peso dell'accoglienza insostenibile per gli Stati alle frontiere esterne dell'Unione europea. Così la crisi migratoria esplosa nel periodo tra il settembre 2015 e il marzo 2016 ha dimostrato che, lasciate sole «in prima linea»¹⁷, Italia e Grecia si rendono autrici di gravi negligenze nei processi di identificazione, che impedendo di provare il luogo di ingresso del richiedente, ne ostacolano il «trasferimento»¹⁸. Anche laddove lo Stato competente per i criteri di Dublino accetti la «richiesta di presa in carico» dello Stato membro in cui il richiedente ha presentato domanda di protezione, il trasferimento viene realizzato in percentuali insignificanti, per cause interconnesse fra loro, come la fuga dei richiedenti da trasferire, la durata e i costi delle procedure di trasferimento, e la scarsa cooperazione amministrativa tra le autorità degli Stati membri¹⁹. In definitiva, il 'Sistema Dublino', si è rivelato dotato di scarsa effettività.

Proprio nel contesto di crisi del 2015-2016, la prima risposta delle istituzioni dell'Unione europea è stata l'adozione *ex art.* 78 TFUE delle decisioni n. 2015/1523 e n. 2015/1601 del Consiglio, rispettivamente nel luglio e nel settembre 2015, le quali disponevano il ricollocamento di 160.000 richiedenti asilo da Italia e Grecia. Ma soprattutto per la contrarietà degli Stati di Visegrad al meccanismo della ricollocazione per quote obbligatorie, le misure adottate dal

¹⁷ Conclusioni dell'avv. generale Eleanor Sharpston, presentate l'8 giugno 2017, Causa C-490/16 A e Causa C-646/16, § 183.

¹⁸ Vedi LEOGRANDE, *op. cit.*, p. 137.

¹⁹ Vedi MAIANI, *op. cit.*, pp. 625-626; C. FAVILLI, *La crisi del Sistema Dublino: quali prospettive?*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, a cura di M. SAVINO, Napoli, 2017, p. 282; European Commission, COM(2016) 270 final, pp. 10-12.

²⁰ Vedi L. RIZZA, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2018, p. 29; v. C. FA-

Consiglio si sono rivelate fallimentari²⁰. Dall'altra parte invece la risposta dei singoli Stati membri alla sostanziale ineffettività del Sistema Dublino e alla irrisolutezza delle misure del Consiglio è stata la tolleranza al transito dei richiedenti protezione internazionale, il ripristino dei controlli alle frontiere interne (anche in conseguenza della tolleranza al transito) o addirittura la costruzione di muri di separazione tra Stati²¹.

Così lo spazio europeo assume tremendamente le sembianze del corridoio dell'Albergo dei signori, dove la «distribuzione dei documenti», avveniva «a porte chiuse, senza possibilità di commercio diretto fra i signori» che «non avevan potuto uscire dalle loro camere», essendo costretti a difendersi, «ridotti alla disperazione», a tal punto da attaccarsi «ai campanelli per scacciare quel K. che null'altro può smuovere»²².

3.1. *La Corte di giustizia: il self restraint in 'Jafari'*

La sentenza in commento è stata pronunciata il 26 luglio 2017 e si riferisce ai fatti che hanno origine nel medesimo contesto, che l'Avvocato generale nelle sue conclusioni definisce il «più imponente movimento di massa di persone attraverso l'Europa dalla Seconda guerra mondiale». Le sorelle Jafari fuggirono dall'Afghanistan in quanto tenute prigioniere in casa dai suoceri e riuscirono ad entrare in UE attraverso la rotta balcanica. Croazia e Slovenia, nel contesto di «surriscaldamento dei confini»²³ cui erano esposte, tolleravano e favorivano il transito dei richiedenti protezione internazionale. Così le sorelle riuscirono a presentare domanda in Austria, che assumendo che l'ingresso fosse illegale, riteneva competente lo Stato di primo ingresso. In quanto il regolamento (UE) 604/2013, impedisce il trasferimento in uno Stato membro le cui condizioni di accoglienza fanno ritenere che i richiedenti andrebbero probabilmente incontro al «rischio di un trattamento inumano o degradante», competente non sarebbe potuta essere la Grecia ma la Croazia, da cui erano rientrate in UE. Le Jafari impugnavano la decisione di inammissibilità, poi confermata dal tri-

VILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, n. 2/2018, pp. 28 e ss.

²¹ Vedi A. ROMANO, *La rinascita delle frontiere interne: il declino (reversibile?) di Schengen*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, 2017, pp. 249-278.

²² KAFKA, *op. cit.*, pp. 265-266.

²³ LEOGRANDE, *op. cit.*, p. 236.

bunale amministrativo. Il giudice d'appello ha poi investito la Corte di Giustizia del rinvio pregiudiziale, dove le questioni erano tese a chiarire l'interpretazione dei criteri del regolamento (UE) 604/2013, anche in ragione del particolare contesto in cui la causa ha trovato origine.

Sia la Corte che l'avvocato generale ritenevano che la tolleranza all'ingresso non equivalesse a un visto (art. 12) e che non vi fosse stato alcun esonero rilevante dallo stesso (art. 14). Il terreno su cui si consumava lo scontro tra l'avvocato generale e i giudici della Corte era il criterio dello Stato di primo ingresso (art. 13). Per l'avvocato generale, «nelle circostanze inedite inerenti ai Balcani occidentali tra settembre 2015 e marzo 2016», la tolleranza e la facilitazione all'ingresso e al transito nel territorio degli Stati membri impedirebbero di parlare di illegalità dell'ingresso, pur rimanendo lo stesso irregolare, cioè in assenza di visto. Nessuno dei criteri di cui al Capo III sarebbe stato così applicabile al caso di specie, quindi entrava in gioco il criterio ultimo di cui all'art. 3 paragrafo 2, per cui «è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata», cioè l'Austria. Diversamente, la Corte di Giustizia ha sottolineato che il regolamento di Dublino ha come presupposto la definizione di uno spazio di libera circolazione e vuole proprio valorizzare, con il criterio dello Stato di primo ingresso, il principio di responsabilità per il controllo della frontiera esterna, ormai questione di interesse comune. Di talché non sarebbe possibile scindere l'irregolarità di Schengen dall'illegalità di Dublino. E poiché gli articoli 12 e 14 disciplinano «tutte le ipotesi di ingresso regolare nel territorio degli Stati membri», senza visto né esenzione l'ingresso è illegale. Tanto meno, per la Corte, «la circostanza che l'attraversamento della frontiera abbia avuto luogo in una situazione caratterizzata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi [...]» può essere idonea «a influenzare l'interpretazione o l'applicazione dell'articolo 13». Di conseguenza, lo Stato competente era la Croazia.

Da più parti è stato sottolineato come la Corte dell'Unione europea si sia lasciata sfuggire l'opportunità di correggere il 'Sistema Dublino' in un equilibrio centrato sul principio di solidarietà²⁴. In una materia da poco oggetto del suo sindacato ed altamente poli-

²⁴ Vedi C. DI STASIO, *Il 'sistema Dublino' non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/2016, Jafari*, in *Diritti fondamentali.it*, fasc. 2/2017, p. 13.

tica, pare essersi trincerata in un *self restraint* che lascia alle istituzioni politiche la responsabilità di salvare la costruzione dell'Unione europea.

3.2. *La Commissione*: «to save Dublin» approach

La Commissione europea, dopo il fallimento della *relocation* a quote obbligatorie, ha presentato il 4 maggio 2016 una proposta di modifica del 'Sistema di Dublino'²⁵ che sul punto prevede che gli Stati membri potrebbero rifiutarsi di prendere parte alla redistribuzione dei migranti, corrispondendo 250.000 euro per ogni migrante non accolto. Anche volendo prescindere da questa sorta di cauzione, questa proposta appare come eccessivamente conservatrice e ispirata a un atteggiamento di tolleranza zero nei confronti del migrante, che non sembra condivisibile. In primo luogo i criteri di determinazione della competenza rimarrebbero immutati nella loro gerarchia e rafforzati da obblighi imposti in capo al migrante, accompagnati da sanzione²⁶. In secondo luogo, viene definito un sistema di ricollocazione che si attiverebbe solo quando il numero di domande di protezione internazionale, per le quali uno Stato membro è competente per i vigenti criteri del regolamento di Dublino, considerate le persone già reinsediate, vada a superare il 150% del numero di riferimento per tale Stato membro, determinato in base a indici che tengono conto della popolazione complessiva e del PIL. Non appena poi le domande calino sotto la stessa percentuale, il meccanismo di ricollocazione smetterebbe di funzionare. Ciò significa semplicemente «mantenere sempre costante lo stato di sofferenza di quello Stato membro»²⁷. In terzo luogo, gli Stati di frontiera²⁸, già oberati di lavoro, diventerebbero responsabili di «una fase preliminare alla procedura Dublino»²⁹ in cui dovrebbero stabilire se il richiedente protezione internazionale sia «giunto in Europa passando prima da un Paese di primo asilo o da un Paese terzo sicuro»³⁰ ed eventualmente dichiarare l'inam-

²⁵ Commissione europea, COM(2016) 270 final.

²⁶ Ad esempio, per il richiedente asilo che realizza i c.d. 'movimenti secondari' la conseguenza è la perdita del diritto all'accoglienza nello Stato in cui si trasferisce.

²⁷ RIZZA, *op. cit.*, p. 33.

²⁸ L'art. 3, paragrafo 3, della proposta parla di «primo Stato membro in cui è stata presentata la domanda di protezione internazionale». Questo tendenzialmente è lo Stato di primo ingresso.

²⁹ RIZZA, *op. cit.*, p. 8.

³⁰ RIZZA, *op. cit.*, p. 8.

missibilità della domanda. Diversamente, nel caso in cui il richiedente abbia soggiornato abitualmente in un paese terzo di origine (per l'Unione europea) sicuro e, sinteticamente, nei casi di richiedente considerato pericoloso per la sicurezza nazionale o per l'ordine pubblico, gli stessi Stati membri dovrebbero adottare la c.d. 'procedura accelerata'. La stessa e la declatoria di inammissibilità sposterebbero la competenza sullo Stato decidente. Emerge *ictu oculi* che il sistema pensato dalla Commissione creerebbe maggiori problemi di quanti ne potrebbe risolvere.

3.3. *Il Parlamento: «to stay humans, to be Union» approach*

Va invece nella giusta direzione la posizione assunta in prima lettura dal Parlamento europeo sulla proposta di riforma della Commissione del 6 novembre 2017³¹. Il Parlamento parte dalla consapevolezza che il sistema può funzionare se gli Stati di primo ingresso collaborano nella registrazione dei migranti all'arrivo sullo spazio europeo, se gli altri Stati membri prendono in carico i richiedenti in ragione dei nuovi criteri di competenza e se questi ultimi non hanno convenienza a violare il sistema. Sotto il primo profilo, verrebbe anzitutto eliminato il fastidioso e ineffettivo criterio di riserva dello Stato di primo ingresso, sostituito da un criterio di ripartizione solidale in quote obbligatorie. Quindi coloro «che non abbiano legami autentici con uno specifico Stato membro»³² dovrebbero essere ricollocati secondo un meccanismo correttivo di assegnazione in quote calcolate «sulla base del PIL e della popolazione»³³. Per ridurre l'onere sullo Stato di primo ingresso, verrebbe introdotta una procedura rapida di ricollocamento riguardante il ricongiungimento familiare e altri legami autentici. D'altra parte gli Stati di frontiera che si dovessero rendere negligenti nei processi di identificazione e registrazione verrebbero sanzionati con l'interruzione della ricollocazione. Sotto il secondo profilo, gli Stati membri di destinazione del movimento secondario non sarebbero più ostaggio delle negligenze (a quel punto ingiustificabili) degli Stati di primo ingresso, poiché non occorrerebbe più stabilire da quale Stato il richiedente protezione internazionale sia

³¹ (COM(2016)0270 - C8-0173/2016 - 2016/0133(COD)).

³² Relazione del 6 novembre 2017 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, Commissione LIBE, relatore Cecilia Wikström.

³³ *Op. cit.*

entrato in Unione europea (con la conseguenza che, in assenza di prove, gli stessi sarebbero tenuti a esaminare la domanda). D'altra parte gli Stati membri che non dovessero fare la loro parte, rifiutando la ricollocazione nel loro territorio, si vedrebbero limitare l'accesso ai fondi dell'UE e sarebbe loro impedito l'utilizzo di una parte di quelli per il rimpatrio. Sotto il terzo profilo, da quanto detto sopra, è facile comprendere come l'eliminazione del criterio dello Stato di primo ingresso costituirebbe un forte disincentivo ai movimenti secondari, a cui contribuirebbe l'estensione del concetto di familiare ai figli minori coniugati e a quelli maggiorenni se a carico, nonché ai fratelli e alle sorelle dei richiedenti. Inoltre il criterio primo di assegnazione, dei c.d. 'legami autentici', comprenderebbe non più solo il legame familiare, ma anche alcuni legami che contribuiscono a radicare l'appartenenza a una comunità, cioè l'aver abitato o studiato in uno Stato membro. Anche in assenza di 'legami autentici' il richiedente potrebbe «scegliere tra i quattro Stati membri che abbiano ricevuto il numero più basso di richiedenti in rapporto alla loro quota equa»³⁴. Verrebbe inoltre data loro la possibilità di «registrarsi come gruppi di trenta persone al massimo» per essere ricollocati insieme nello stesso Stato, valorizzando il ruolo della compagnia di viaggio o preesiste nel Paese di origine. Sinteticamente, si restituirebbe al richiedente protezione internazionale la dignità di essere umano, evitando la disgregazione di nuclei affettivi e dandogli finalmente «voce in capitolo»³⁵, sancendo così l'abbandono della logica della mera protezione.

Mettendo al centro i valori di solidarietà e rispetto dei diritti dell'uomo, l'approvazione di questa «proposta ambiziosa ma pragmatica»³⁶ potrebbe garantire la tenuta dell'Unione. Ecco perché, simbolicamente, propongo di abbandonare la vecchia dizione 'Dublino' per sostituirla con 'Roma', luogo che incarna l'inizio, la crisi e la possibile ripresa dell'Unione europea.

³⁴ *Op. cit.*

³⁴ *Op. cit.*

³⁶ *Op. cit.*

FRANZISKA HEITSCHMIDT*

ISTLAMISTISCHER TERRORISMUS: EINE KRIMINOLOGISCHE BETRACHTUNG DES TRANSNATIONALEN PHANOMENS

The article mainly focuses on the examination of transnational Islamist terrorism through its structures, motivational forces and radicalization processes.

At the beginning, ideological-religious foundations of Islamist terrorism are explained. This is followed by a criminological analysis employing, amongst other criteria, the thesis of relative deprivation and the rational choice theory. Throughout the investigation, the feeling of frustration is evaluated in detail as it contributes significantly to the potential of violence created. The influence of globalization and the internet also is discussed.

The author hopes to create a basis for the development of adequate prevention approaches presenting outcomes regarding motivational aspects and perpetrator characteristics.

SUMMARY: 1. Ausgangspunkt der Betrachtung. – 2. Strukturen im islamistischen Terrorismus. – 2.1. Organisationsform und Unterstützungspotenzial. – 2.2. Die Akteure. – 2.3. Mögliche Anschlagziele und *modi operandi*. – 3. Die Motivationslage im islamistischen Terrorismus. – 3.1. Islamismus zwischen Religion, Ideologie und Terrorismus. – 3.2. Die Prävalenz. – 3.3. Die relative Deprivation zwischen Globalisierung und islamistischer Ideologie. – 3.4. Das terroristische Kalkül: eine *Rational-Choice*-Analyse. – 4. Der islamistische Radikalisierungsprozess. – 4.1. Begriff der Radikalisierung. – 4.2. Das Radikalisierungsmodell nach *Tomas Precht*. – 4.3. Das Internet als „virtuelle Universität des Islamismus“. – 4.4. Schlussfolgerung. – 5. Abschließende Einordnung der Betrachtung und Ausblick.

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso la Ludwig-Maximilians-Universität di Monaco. La pubblicazione del presente contributo è frutto della amichevole collaborazione con *Rescriptum*, il cui volume n. 13/2018, intitolato «*Cyberkriminalität und Terrorismus*», ne ospita la prima pubblicazione.

1. Ausgangspunkt der Betrachtung

Der islamistische Terrorismus stellt heutzutage ein transnationales Phänomen dar, dessen Ziel eine Veränderung der internationalen Ordnung ist¹. Seine Organisationen agieren weltweit und haben keine festen lokalen Bezugspunkte². Die Kriminologie hat sich an der Erklärung des transnationalen islamistischen Terrorismus bis dato eher desinteressiert gezeigt³; dies mag unter anderem daran liegen, dass sich (inhaftierte) Terroristen bisher grundsätzlich gegen jede Exploration gesträubt haben, was die Ursachenforschung wesentlich erschwert⁴. Gerade diese Kernbereiche der Kriminologie sind jedoch unabdingbar, denn ohne sie können in einem zweiten Schritt keine wirksamen Präventionsansätze etabliert werden⁵. Deswegen sollen in diesem Beitrag vor allem die Motivation und die Ursachen islamistisch-terroristischer Gewalt untersucht werden.

Um das Phänomen in seinem globalen Zusammenhang zu erfassen, werden zuerst die Strukturen im islamistischen Terrorismus beschrieben (II.). Anschließend wird umfassend auf die Motivationslage eingegangen (III.), beginnend mit der Abgrenzung wesentlicher Begriffe (III.1.). Ein Merkmal des heutigen islamistischen Terrorismus ist die Aufteilung in eine Vielzahl von Gewaltorganisationen und Splittergruppen, was einen Überblick über die terroristische Szene erschwert⁶. Deswegen werden im Rahmen der Prävalenz (III.2.) vier wichtige islamistische Gruppierungen gegenübergestellt, von denen zwei auf nationaler und zwei auf internationaler Ebene agieren. Es wird skizziert, weshalb sie (inter)national agieren und welche Folgen dies mit sich bringt. Anschließend werden anhand der relativen Deprivationsthese Ursachen für das Gewaltpotenzial im islamistischen Terrorismus untersucht (III.3.). Weiter wird er einer *Rational-Choice-Analyse* unterzogen, bei der nur auf die im Hintergrund agierenden Akteure eingegangen wird, da eine

¹ SCHNEIDER / HOFER, *Ursachen und Wirkungen des weltweiten Terrorismus: Eine Analyse der gesellschaftlichen und ökonomischen Auswirkungen und neue Ansätze zum Umgang mit dem Terror*, 2008, S. 36.

² S. GOERTZ, *Islamistischer Terrorismus: Analyse, Definitionen, Taktik*, 2017, S. 26.

³ H.D. SCHWIND, *Kriminologie und Kriminalpolitik: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 23. Aufl. 2016, S. 699.

⁴ H.D. SCHWIND (Fn. 3), S. 698; so auch P. WALDMANN, in BUNDESKRIMINALAMT (BKA) / KRIMINALISTISCHES INSTITUT (Hrsg.), *Terrorismus und Extremismus - der Zukunft auf der Spur*, 2006, 255 (260).

⁵ H.D. SCHWIND (Fn. 3), S. 8.

⁶ P. WALDMANN, *Terrorismus: Provokation der Macht*, 3. Aufl. 2011, S. 149.

weitergehende Betrachtung den Rahmen dieses Beitrags übersteigen würde. Zuletzt wird die islamistische Radikalisierung anhand eines Radikalisierungsmodells dargestellt (IV.), wobei vor allem wichtige verallgemeinerbare Aspekte herausgearbeitet werden.

2. Strukturen im islamistischen Terrorismus

2.1. Organisationsform und Unterstützungspotenzial

Große islamistisch-terroristische Gruppierungen sind nach dem „*Top-Down-Prinzip*“ organisiert:

1) *Ideologen/Anstifter* fördern Anschläge durch Rhetorik oder Propaganda und ermutigen zu terroristischen Handlungen;

2) *Kandidaten* zeigen Interesse an islamistisch-terroristischen Strukturen;

3) *Ausgebildete Kandidaten* sind ideologisch indoktriniert und kämpferisch ausgebildet;

4) *Unterstützer* beteiligen sich an der logistischen Vorbereitung von Anschlägen und

5) *Aktive Teilnehmer* stehen unmittelbar davor, Anschläge durchzuführen⁷.

Nur wenige Personen gehören der ersten und letzten Kategorie an, die große Masse an Anhängern zählt zu den Kategorien zwei bis vier⁸. Islamistische Terroristen sind im Durchschnitt junge Männer im Alter von 15 bis 25 Jahren⁹, also Jugendliche, Heranwachsende und junge Erwachsene. Bei dieser Altersgruppe kann raum- und zeitunabhängig beobachtet werden, dass sie sich häufiger als andere abweichend verhält und Straftaten begeht¹⁰. Dass islamistische Terroristen fast ausschließlich männlich sind, liegt an der Deliktsstruktur: Es herrscht eine generelle Überrepräsentanz von Männern gegenüber Frauen im Bereich der Gewaltkriminalität¹¹.

2.2. Die Akteure

Eine große Gefahr im islamistischen Terrorismus geht von transnational agierenden Gruppierungen aus, z.B. *Al-Qaida* oder

⁷ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 38.

⁸ Ebd.

⁹ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 34.

¹⁰ F. NEUBACHER, *Kriminologie*, 3. Aufl. 2017, S. 70.

¹¹ F. NEUBACHER (Fn. 10), S. 81.

dem *Islamischen Staat* (IS). Deren Anschläge werden im *Top-Down*-Prinzip geplant und von einer oder mehreren Personen durchgeführt¹². Hierzu können auch im Westen rekrutierte *Homegrown*-Terroristen zählen¹³. Darunter „sind islamistische Strukturen [...] zu verstehen, die sich aus radikalisierten Personen ab der zweiten Einwanderergeneration sowie radikalisierten Konvertiten zusammensetzen. Die Personen sind zumeist in europäischen Ländern geboren und/oder aufgewachsen, stehen jedoch aufgrund religiöser, gesellschaftlicher, kultureller oder psychologischer Faktoren dem hiesigen Wertesystem ablehnend gegenüber und erachten die Errichtung einer islamistischen Gesellschaftsordnung für erstrebenswert. Gemeinsames Kennzeichen dieses Personenkreises ist, dass er von der [...] *Al-Qaida*-Ideologie beeinflusst wird¹⁴“. Aufgrund ihres westlichen Aussehens, ihrer sozialen Vernetzung in Europa und westlicher Ausweis- und Reisedokumente besitzen sie als Operateure im Westen für die Gruppierungen einen hohen Wert¹⁵.

Eine zweite Gruppe von Akteuren besteht aus islamistisch-terroristischen Einzeltätern, sog. *lone wolves*¹⁶. Diese Einzeltäter operieren organisatorisch und logistisch unabhängig von einer Organisation, allerdings von deren Ideologie bzw. Ideen inspiriert¹⁷. Sie stammen meistens aus dem *Homegrown*-Spektrum¹⁸.

2.3. Mögliche Anschlagziele und modi operandi

EUROPOL hat festgestellt, dass Organisationen wie *Al-Qaida* oder der *IS* ihre Anschlagziele nach dem Kriterium der Verbreitung von Angst und Schrecken auswählen, d.h. sogenannte *soft targets* – also die Zivilbevölkerung – werden priorisiert¹⁹.

¹² S. GOERTZ (Fn. 2), S. 86f.

¹³ BKA/Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV)/Hessisches Informations- und Kompetenzzentrum gegen Extremismus (HKE), *Analyse der Radikalisierungshintergründe und -verläufe der Personen, die aus islamistischer Motivation aus Deutschland in Richtung Syrien oder Irak ausgewandert sind*, 2016, S. 1 ff.

¹⁴ Bundesamt für Verfassungsschutz: Glossar, „*homegrown*“, https://www.verfassungsschutz.de/de/service/glossar/_II (Stand: 13.6.18).

¹⁵ S. GOERTZ, *Kriminalistik* 2017, 10 (13).

¹⁶ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 88.

¹⁷ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 89.

¹⁸ BKA/BfV/HKE (Fn. 13), S. 1 ff.

¹⁹ *EUROPOL*, *Changes in modus operandi of Islamic State (IS) revisited*, 2016, S. 1 ff.

Mögliche *modi operandi* sind Selbstmordattentate, Sprengstoffanschläge, Simultananschläge, zeitlich versetzte Anschläge, Anschläge mit Fahrzeugen (z.B. LKW) oder Sprengfallen²⁰. Islamistische Terroristen haben kein festgelegtes Schema, nach dem sie ihre Waffen oder gefährlichen Gegenstände auswählen; alle vorstellbaren Mittel und Gegenstände, die Menschen nachhaltig schaden, könnten zum Einsatz kommen – von Hieb- und Stichwaffen bis hin zu chemischen Waffen²¹.

Bei groß angelegten Anschlägen von Organisationen ist die erwartete Schädigung – bspw. durch die Nutzung von Sprengstoff oder automatischen Waffen – höher als bei Einzeltätern, die z.B. eine Axt oder ein Messer nutzen; Attentate von Einzeltätern werden deswegen auch *low level-Terrorismus* genannt²².

3. Die Motivationslage im islamistischen Terrorismus

3.1. Islamismus zwischen Religion, Ideologie und Terrorismus

a) Der Terrorismusbegriff

Mangels wissenschaftlich anerkannter Definition bedarf es einer Annäherung an den Terrorismusbegriff, um das Phänomen des islamistischen Terrorismus angemessen erfassen zu können. Dabei ist zunächst zwischen Terror und Terrorismus zu unterscheiden²³. Beide Begriffe stammen vom lateinischen „terror“, was übersetzt „Schrecken“ oder „Schrecken bereitendes Geschehen“ bedeutet²⁴. Während Terror eine staatliche Schreckensherrschaft gegen Bürger oder bestimmte Bürgergruppen (Terror von oben) meint, sind unter Terrorismus gezielte Angriffe gegen Machtausübende (Terrorismus von unten gegen staatliche Autoritäten) zu verstehen²⁵. Bei der vergleichenden Betrachtung verschiedener Definitionsversuche in der Terrorismusforschung²⁶ zeichnen sich zwei wiederkehrende Begriffe ab: „Gewalt“ und „politisch“. Im Rahmen dieses Beitrags

²⁰ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 91.

²¹ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 92.

²² S. GOERTZ (Fn. 2), S. 89.

²³ K. HIRSCHMANN, *Terrorismus*, 2003, S. 7.

²⁴ B.G. THAMM, *Terrorismus: Ein Handbuch über Täter und Opfer*, 2002, S. 83.

²⁵ B.G. THAMM (Fn. 24), S. 83.

²⁶ Vgl. P. WALDMANN (Fn. 6), S. 14; P. HOFFMAN, *Terrorismus: Der unerklärte Krieg - neue Gefahren politischer Gewalt*, 2008, S. 80; W. LAQUEUR, *Die globale Bedrohung: Neue Gefahren des Terrorismus*, 1998, S. 44.

wird Terrorismus daher als Gewaltstrategie zum Erreichen politischer, ideologischer oder religiöser Ziele verstanden.

Die großen Subkategorien des Terrorismus bilden der ideologisch-sozialrevolutionäre Terrorismus, der ethnisch-nationalistische Terrorismus und der religiös motivierte Terrorismus²⁷. Islamistischer Terrorismus fällt in die letzte Kategorie, da er vordergründig seine Legitimation aus einer bewussten Interpretation der Religion des Islam bezieht²⁸. Jedoch ist fraglich, inwieweit religiöse Motivation noch handlungsleitend ist.

b) Die islamistische Ideologie

Zunächst muss eine Differenzierung zwischen der Religion des Islam und der Ideologie des Islamismus erfolgen. Eine Religion entfaltet sich grundsätzlich auf der Hauptachse der Gott-Mensch-Beziehung²⁹. Eine Ideologie ist ein Ideenkonstrukt, das von einem „Ideeengeber“ – dem Ideologen – zusammengefügt wird und den Gefolgsleuten des Ideologen Erfolg und Heil auf dieser Welt verspricht³⁰. Basierend hierauf definiert das Bundesamt für Verfassungsschutz den Islamismus als eine vom Islam zu unterscheidende Form des politischen Extremismus, bei dem religiöse islamische Gebote und Normen als verbindliche politische Handlungsweisen gedeutet werden³¹. Die islamwissenschaftliche Literatur beschreibt ihn als Bestrebung zur Umgestaltung von Gesellschaft, Kultur, Staat oder Politik anhand von Werten und Normen, die als islamisch angesehen werden³².

Beiden Definitionen ist gemein, dass eine Ideologie geschildert wird, die auf der Religion des Islam entnommenen Teilstücken basiert³³. Eine Rechtfertigung erfolgt durch bewusste Auslegungen der heiligen Schrift des Islam, des Koran³⁴. Es handelt sich um eine Lesart des Korans, die mehr politisch als religiös geprägt ist, da sich Islamisten zwar auf religiöse Normen berufen,

²⁷ K. HIRSCHMANN (Fn. 23), S. 18 ff.

²⁸ M. REDDIG, in KRON / REDDIG (Hrsg.), *Analysen des transnationalen Terrorismus: Soziologische Perspektiven*, 2007, S. 283.

²⁹ A. HOTTINGER, in FOERTSCH / LANGE (Hrsg.), *Islamistischer Terrorismus: Bestandsaufnahme und Bekämpfungsmöglichkeiten*, 2005, S. 14.

³⁰ Ebd.

³¹ BfV/Landesbehörden für Verfassungsschutz (Hrsg.), *Salafistische Bestrebungen in Deutschland*, 2012, S. 5.

³² T. SEIDENSTICKER, *Islamismus: Geschichte, Vordenker, Organisationen*, 2. Aufl. 2014, S. 9.

³³ A. HOTTINGER (Fn. 29), S. 14.

³⁴ T. SEIDENSTICKER (Fn. 32), S. 1 ff.

diese aber politisch interpretieren³⁵. Deswegen wird Islamismus im Folgenden als eine Ideologie verstanden, die sowohl das politische System als auch das gesellschaftliche und kulturelle Leben auf der Grundlage einer extremistischen Interpretation des Islam ändern will³⁶.

Ihre Anhänger fordern die Souveränität *Allahs* an Stelle der westlichen Volkssouveränität zu setzen; sie lehnen säkulare, demokratische Rechtsordnungen ab und sehen diese als nicht mit dem Willen *Allahs* vereinbar³⁷. Westliche Gesellschaftssysteme sollen durch einen Gottesstaat ersetzt werden, was zu einer Ablehnung von parlamentarisch beschlossenen Gesetzen (*menschengemachten Gesetzen*) führt³⁸. Diese Haltung beruht auf dem Prinzip vom Glauben an die Einzigartigkeit Gottes: Nur *Allah* darf legitimer Herrscher, Souverän und Gesetzgeber sein, was zu der von Islamisten angestrebten Einheit von Religion und Staat führt³⁹. Islamisten verstehen die Religion des Islam nicht ausschließlich als Religion, sie weiten den Islam als eine Art rechtliches Rahmenprogramm aus: für die Gestaltung aller Lebensbereiche, von der Staatsorganisation bis zum Leben des Einzelnen⁴⁰. Die hierauf basierende gesellschaftliche Ordnung soll durch die islamische Rechtsordnung der Scharia organisiert werden, welche als die von Gott gegebene Rechtswelt für Staat und Gesellschaft verstanden wird⁴¹.

c) Das Konzept des Dschihad

Die eigentliche Bedeutung des Wortes Dschihad ist die Anstrengung oder Bemühung des Gläubigen⁴² auf dem Wege Gottes als ein fortschreitender Prozess, der sich im alltäglichen Leben des Gläubigen abspielt⁴³. Hierbei ist er bemüht, das richtige moralische Verhalten gegenüber Allah, seinen Mitmenschen und sich selbst zu pflegen⁴⁴. Vor allem die eigene innere Auseinanderset-

³⁵ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 12.

³⁶ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 14.

³⁷ Ebd.

³⁸ T. SEIDENSTICKER (Fn. 32), S. 10.

³⁹ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 13.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 15.

⁴² M.W. KHAN, *The True Jihad: The Concepts of Peace, Tolerance and Non-Violence in Islam*, 2013, S. 10; ebenso HIRSCHMANN, in JÄGER / BECKMANN (Hrsg.), *Handbuch der Kriegstheorien*, 2011, S. 499.

⁴³ M.W. KHAN (Fn. 42), S. 10.

⁴⁴ Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport (NMI) [Hrsg.], *Verfassungsschutzbericht*, 2014, S. 149.

zung ist von großer Bedeutung, also die Besserung schlechter Eigenschaften wie beispielsweise Gier nach Reichtum oder Egoismus⁴⁵. Die Überwindung solcher Schwächen und die Befolgung von Gottes Willen bilden den eigentlichen Kern des Dschihad⁴⁶.

Trotzdem lässt der Begriff Raum für Interpretationen und Auslegungen. Der Prophet *Mohammed* unterschied zwischen großem Dschihad (der individuellen Anstrengung des Gläubigen) und kleinem Dschihad (der Verteidigung des Islams als kollektive Anstrengung)⁴⁷. In der islamischen Rechtsprechung wird Dschihad als „Ausübung der eigenen Macht bis zum Äußersten“ definiert⁴⁸ und dient nach allgemeiner islamischer Rechtsauffassung dazu, Muslime gegen Angriffe von außen zu verteidigen⁴⁹. Genau hier setzen Dschihad-Extremisten an, die in der Politik der eigenen Regierungen und des Westens einen Angriff auf die muslimische Gemeinschaft sehen, der (gewaltsam) zurückgeschlagen werden muss⁵⁰. Über die Jahre hat sich hieraus durch verschiedene islamistische Gelehrte, allen voran *Sayyid Qutb*, der Dschihadismus entwickelt, dessen ideologische Grundlagen sich in einem „3-2-1-Modell“ zusammenfassen lassen⁵¹:

1) *Drei Feinde*: „Kreuzfahrer“ (westlich-christliche Gesellschaften), „Juden“ (Israel) und deren „Handlanger“ (eigene muslimische Regierungen als devote Erfüllungsgehilfen) werden dafür verantwortlich gemacht, dass Muslime im Laufe der Zeit vom „wahren Glauben“ entfremdet wurden;

2) *Zwei Angriffsarten*: Ein Angriff auf die Muslime erfolgt einerseits durch die Besetzung islamischen Herrschaftsgebiets (physischer Angriff z.B. durch anschließende Ausbeutung der Ressourcen) und andererseits durch den Import nicht-muslimischen Kulturguts (psychischer Angriff);

3) *Eine gemeinsame Verteidigungsanstrengung*: Gegen die Feinde und ihre ständigen Angriffe bedarf es einer „gemeinsamen Verteidigungsanstrengung“ (Dschihad)⁵².

⁴⁵ M.W. KHAN (Fn. 42), S. 11; ebenso K. HIRSCHMANN (Fn. 42), S. 499.

⁴⁶ M.W. KHAN (Fn. 42), S. 11.

⁴⁷ K. HIRSCHMANN (Fn. 42), S. 499; ebenso ALI / REHMAN, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10, 2005, 321 (330).

⁴⁸ ALI / REHMAN (Fn. 47), S. 330.

⁴⁹ K. HIRSCHMANN (Fn. 42), S. 499.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ K. HIRSCHMANN (Fn. 42), S. 499 f.

⁵² Ebd.

Für islamistische Terroristen stellt diese gemeinsame Verteidigungsanstrengung Waffengewalt dar; sie ziehen das Legitimationsmuster des Dschihad heran, um Gewaltanwendung im Kampf für ihre ideologischen Ziele religiös zu begründen⁵³.

d) Der Salafismus

Eine besonders militante Strömung innerhalb des Islamismus ist der Salafismus. Salafisten legen den Koran sehr eng aus⁵⁴ und bilden einen Rückbezug zur Frühzeit des Islam: Sie wollen eine Wiederherstellung der stark idealisierten Ur-Gesellschaft zu Zeiten des Propheten Mohammed und der Salafi, der ersten Generation muslimischer Glaubensbrüder⁵⁵. Salafismus ist ein heterogener Phänomenbereich, der ineinander übergehende Strömungen beinhaltet, nämlich den puristischen, politischen und dschihadistischen Salafismus⁵⁶. Vor allem der politische und dschihadistische Salafismus teilen dieselben ideologischen Grundlagen, unterscheiden sich jedoch in der Wahl der Mittel, mit denen sie ihre Ziele erreichen wollen⁵⁷.

Politische Salafisten versuchen mithilfe intensiver Propagandaaktivitäten – der sogenannten „Missionierung“ – ihre Ansichten zu verbreiten und die Gesellschaft und Kultur langfristig nach salafistischen Normen umzugestalten⁵⁸. Teilweise positionieren sich politische Salafisten aktiv gegen den Terrorismus, betonen die Friedfertigkeit des Islams und rufen nicht offen zur Gewalt auf⁵⁹. Trotzdem wird religiös legitimierte Gewalt nicht grundsätzlich ausgeschlossen, weshalb der Übergang zum dschihadistischen Salafismus fließend ist⁶⁰.

Dschihadistische Salafisten hingegen befürworten eine offene und sofortige Gewaltanwendung gegen jeden, der ihrer Meinung nach vom „wahren Islam“ abgefallen ist⁶¹. Sie sehen sich selbst als die wahren Muslime und alle anderen als Ungläubige, sie schaffen eine Unterteilung in Gut und Böse, die ein Freund-Feind-Denken zur Folge hat⁶². Im Kampf gegen die Ungläubigen wird der wahre

⁵³ So auch NMI (Fn. 44), S. 149.

⁵⁴ H.D. SCHWIND (Fn. 3), S. 709.

⁵⁵ M. REDDIG (Fn. 28), S. 283.

⁵⁶ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 22.

⁵⁷ BfV/Landesbehörden für Verfassungsschutz (Fn. 31), S. 8.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ BfV/Landesbehörden für Verfassungsschutz (Fn. 31), S. 8.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 21.

⁶² T. PUSCHNERAT, in *BKA/Kriminalistisches Institut* (Fn. 4), 217 (225).

Muslim zum Werkzeug Gottes und damit auch zum Werkzeug von Gewalt und Terrorismus⁶³.

3.2. Die Prävalenz

Die Anhänger der Gruppierungen *Hizb Allah* (arabisch für „Partei Gottes“, *Hizbollah*) und *Harakat al-Muqawama al-Islamiya* (arabisch für „Islamische Widerstandsbewegung“, *Hamas*), deren Ziel der Vernichtung des jüdischen Staates Israel ist, sind auf ihre Herkunftsregionen fokussiert und wenden schwerpunktmäßig dort terroristische Gewalt an⁶⁴. Gruppierungen wie der *IS* und *Al-Qaida* sehen in ihrem Kampf für einen Gottesstaat in terroristischer Gewalt ein unverzichtbares Mittel gegen Ungläubige und korrupte Regime⁶⁵; ihre terroristische Agenda ist global und bedroht auf internationaler Ebene alle Staaten⁶⁶.

a) Gruppen mit regionaler Zielsetzung - *Hizbollah* und *Hamas*

Die 1982 im Libanon gegründete *Hizbollah* propagierte als ursprüngliches Ziel eine islamische Revolution auf der ganzen Welt⁶⁷. Sie hält sich jedoch an das Verbot des Koran, Religionszwang gegenüber Nichtmuslimen auszuüben: Selbst wenn die Errichtung eines globalen islamischen Staates als Ziel formuliert wird, müssen die Menschen unter islamischer Herrschaft keine Muslime sein⁶⁸. In ihrem Operationsgebiet, dem Libanon, konnte sich die *Hizbollah* über die Zeit als dominante militärische Kraft etablieren:

Sie war in ihrer Geschichte keiner politischen oder staatlichen Verfolgung ausgesetzt, ihre Rolle als „Beschützerin der Nation“ wurde selbst vom libanesischen Staat immer wieder bestätigt⁶⁹. Sie hat die Errichtung eines globalen islamischen Staates aufgegeben, um ihre Verwurzelung in territorialer und politischer Hinsicht im Libanon weiter voranzutreiben. Durch die Nationalisierung ihres Standpunkts⁷⁰ sieht sie keinen Grund mehr in einer globalen Be-

⁶³ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 48.

⁶⁴ BfV/BMI (Hrsg.), *Verfassungsschutzbericht*, 2016, S. 154.

⁶⁵ Vgl. auch G. STEINBERG, *Der nahe und der ferne Feind: Die Netzwerke des islamistischen Terrorismus*, 2005, S. 17 f.

⁶⁶ BfV/BMI (Fn. 64), S. 154.

⁶⁷ I. MUSTAFA, *Der politische Islam: Zwischen Muslimbrüdern, Hamas und Hizbollah*, 2. Aufl. 2014, S. 53 ff.

⁶⁸ I. MUSTAFA (Fn. 67), S. 56 f.

⁶⁹ I. MUSTAFA (Fn. 67), S. 61.

⁷⁰ Ebd.

kehrung und Bekämpfung aller Nichtmuslime. Dies zeigt sich auch durch den stetigen Rückgang der Anschläge im internationalen Raum, bis sich diese ab dem Jahr 1993 schließlich bei Null einpendeln (s. Abb. 1).

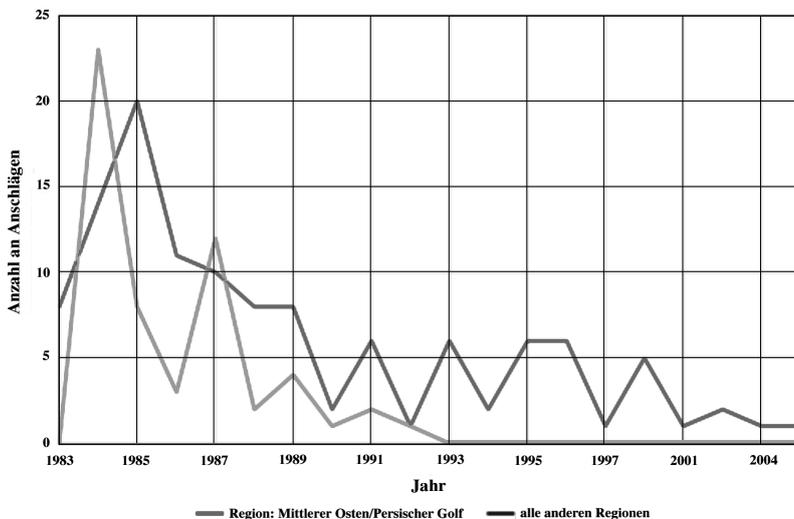


Abbildung 1: Anzahl an Anschlägen der Hizbollah von 1983 bis 2005
 Quelle: RAND Database of Worldwide Terrorism Incidents, <https://www.rand.org/nsrd/projects/terrorism-incidents.html> (Stand: 20.7.18).

Die *Hamas* wurde Ende 1987 mit dem Ziel gegründet, einen islamischen Staat – auch durch bewaffneten Kampf – auf dem gesamten Gebiet Palästinas zu errichten⁷¹.

Obwohl sie sich als islamistische Bewegung definiert, nehmen der Nationalismus und die Befreiung ihres Heimatlandes einen zentralen Platz in ihrem Denken ein⁷². Die zionistische – also jüdisch-nationalistische – Besetzung Palästinas sei nicht legitim und verstoße gegen göttliches Recht, da die *Hamas* Palästina zu einem muslimischen Stiftungsland (*waqf*) erklärt hat⁷³. Dadurch sei es Bestandteil des islamischen Herrschaftsgebiets, was ihr erlaubte, den Dschihad gegen Israel auszurufen⁷⁴. Mit der Zeit ist die *Hamas*

⁷¹ BfV/BMI (Fn. 64), S. 200.

⁷² I. MUSTAFA (Fn. 67), S. 70.

⁷³ I. MUSTAFA (Fn. 67), S. 74.

⁷⁴ Ebd.

immer säkularer und gemäßigter geworden und hat zunehmend Abstand von religiös-ideologischen Begriffen genommen: Im Jahr 2005 hat sie mittels formellem Beschluss den Dschihad eingestellt und seitdem auch keine Selbstmordattentate mehr verübt⁷⁵. Sie nutzte das religiöse Element anfangs zur Rechtfertigung ihrer Zielsetzungen und um sich als neue Bewegung zu konsolidieren und ideologisch zu manifestieren⁷⁶. Im Gegensatz zur *Hizbollah* verfolgte sie dabei stets nationalistische Ziele. Dies zeigt sich auch darin, dass die *Hamas* ihre Anschläge ausschließlich in der Region des Mittleren Ostens verübte (bis auf ein Attentat in London am 26. Juli 1994, weshalb hier ein minimaler Anstieg der Kurve der Anschläge im internationalen Raum zu verzeichnen ist, s. Abb. 2). Der signifikante Anstieg der Attentate in der Region des Mittleren Ostens/Persischen Golfs von 2001 bis 2004 (s. Abb. 2) beruht auf zahlreichen Selbstmordattentaten, die die Hamas aufgrund des stärker werdenden Konflikts in und gegen Israel verübte⁷⁷, bevor sie 2005 den Dschihad einstellte⁷⁸.

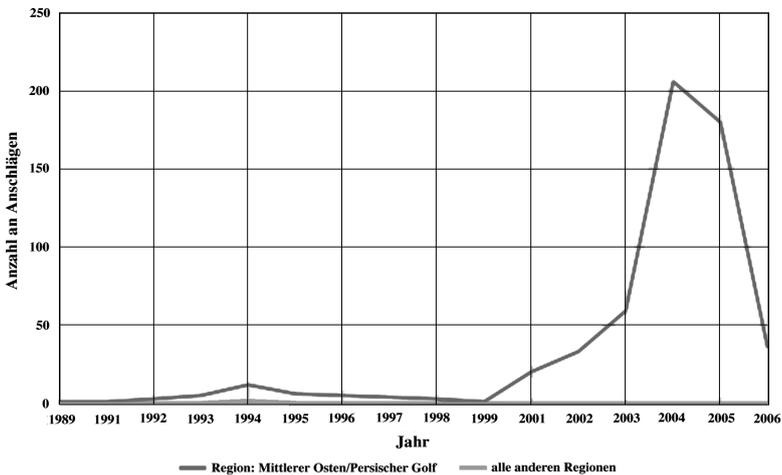


Abbildung 2: Anzahl an Anschlägen der Hamas von 1989 bis 2006
 Quelle: RAND Database of Worldwide Terrorism Incidents, <https://www.rand.org/nsrdr/projects/terrorism-incidents.html> (Stand: 20.7.18).

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ I. MUSTAFA (Fn. 67), S. 70.

⁷⁷ Ausführlich hierzu S. ROY, *Hamas and Civil Society in Gaza: Engaging the Islamist Social Sector*, 2014, S. 19 ff.

⁷⁸ Siehe weiter oben III.2.a).

b) Gruppen mit globaler Zielsetzung - *Al-Qaida* und *IS*

Die 1988 von *Osama Bin Laden* gegründete und heute von *Aiman az-Zawahiri* fortgeführte *Al-Qaida* strebt ein islamistisches Regime zumindest in den mehrheitlich von Muslimen bewohnten Ländern und darauf aufbauend eine globale Ausdehnung an⁷⁹. Ihr Kampf gilt dem äußeren Feind – dem westlichen Einfluss, insbesondere den USA – und dem inneren Feind – den sogenannten unislamischen Regierungen – im Nahen und Mittleren Osten sowie in Nordafrika⁸⁰. Ziel von *Al-Qaida* sind weiterhin medienwirksame Anschläge, zudem werden Einzeltäter dazu aufgerufen, Anschläge ohne Absprache und formale Anbindung an die Organisation durchzuführen⁸¹. Der *IS* wurde Ende 2003 als „*Al-Qaida im Irak*“ von *Abu Masab az-Zarqawi* gegründet, heißt seit Mitte 2014 „*Islamischer Staat*“ und wird mittlerweile von *Abu-Bakr al-Baghdadi* geleitet⁸². Er ist die aktivste terroristische Gruppierung im Irak sowie in weiten Teilen Syriens⁸³. Im Jahr 2013 nahm er eine zentrale Rolle im syrischen Bürgerkrieg ein und eroberte seit Anfang 2014 auch Gebiete im Nordirak; am 29. Juni 2014 rief der *IS* das *Kalifat*⁸⁴ aus⁸⁵. In sozialen Netzwerken ist der *IS* weiträumig präsent und propagiert dort sein *Kalifat* als das wahre islamische Staatswesen, dem sich Muslime in aller Welt anschließen sollen⁸⁶. Seit Anfang 2014 ruft dieser zu Anschlägen im Westen auf, die bereits zahlreich im Namen der Organisation begangen wurden⁸⁷.

Bei transnational agierenden Gruppierungen fehlt die soziale Rückkopplung an ein bestimmtes Milieu oder ein politisches Projekt, von der im Allgemeinen ein dämpfender Effekt ausgeht⁸⁸: Das verdeutlichen die Beispiele von *Hizbollah* und *Hamas*. Es mangelt aufgrund des fehlenden lokalen Bezugs an einer Rechenschaftspflicht gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen, was dazu führt, dass selbst die gewaltsamsten Anschläge keinem Korrektiv

⁷⁹ BfV/BMI (Fn. 64), S. 193.

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ Ebd.

⁸² BfV/BMI (Fn. 64), S. 191.

⁸³ BfV/BMI (Fn. 64), S. 192.

⁸⁴ *Ein Kalifat ist das Reich oder die Herrschaft eines Kalifen als Stellvertreter Allahs auf Erden*, G. STEINBERG, *Kalifat des Schreckens: IS und die Bedrohung durch den islamistischen Terror*, 2015, S. 1 ff.

⁸⁵ BfV/BMI (Fn. 64), S. 192.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ P. WALDMANN, *Kriminalistik* 2004, S. 740 (740); ebenso NEUMANN / SMITH, *The Strategy of Terrorism: How it works, and why it fails*, 2008, S. 51 f.

unterliegen⁸⁹. Ein prägnantes Beispiel hierfür ist der von *Al-Qaida* durchgeführte Anschlag auf das *World Trade Center* am 11. September 2001 in den USA. Bei Gruppen mit globaler Zielsetzung zeigt sich zunehmend eine Eskalationsschraube der Gewalt⁹⁰. Sie tendieren in Richtung eines Wettstreits und bestärken und überbieten sich in der Zerstörungskraft ihrer Anschläge⁹¹. Ein Grund hierfür könnte sein, dass in einer zunehmend mit Gewalt erfüllten Welt nur noch diejenige Gruppe breite Resonanz erfährt, die am meisten Aufsehen erregt⁹². Auch deshalb reklamieren Organisationen wie *Al-Qaida* oder der *IS* von Einzeltätern begangene Attentate mittels Bekennerschriften stets für sich⁹³.

3.3. *Die relative Deprivation zwischen Globalisierung und islamistischer Ideologie*

Der globale Dschihad, unter dem islamistische Terroristen heutzutage agieren, wird oft als eine Reaktion auf die Schattenseiten der Globalisierung gedeutet: Menschen, die unter ökonomischen, politischen oder sozialen Folgen der Globalisierung leiden, setzen sich mit terroristischen Mitteln zur Wehr⁹⁴. Diese Annahme stützt sich auf die sog. relative Deprivationsthese⁹⁵.

Sie besagt, dass die Motivation zur terroristischen Gewalt aus einer empfundenen Diskrepanz zwischen legitimen Erwartungen und tatsächlichen Wertansprüchen und der aus dieser Diskrepanz folgenden Frustration abgeleitet wird⁹⁶. Folglich geht es bei der relativen Deprivation um subjektive Empfindungen von Einzelnen⁹⁷. Frustration entsteht, wenn Individuen oder ihre soziale Gruppe nicht den Wohlstand, Einfluss oder Status erreichen oder halten können, der ihnen ihrer Meinung nach zusteht⁹⁸.

Die Stärke der relativen Deprivationsthese liegt darin, dass in ihr Wahrnehmungen, Emotionen, Gruppenprozesse und Verände-

⁸⁹ P. WALDMANN, *Kriminalistik* 2004, 740 (744).

⁹⁰ P. WALDMANN, *Kriminalistik* 2004, 740 (740).

⁹¹ P. WALDMANN, *Kriminalistik* 2004, 740 (744).

⁹² P. WALDMANN, *Kriminalistik* 2004, 740 (740).

⁹³ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 73f.

⁹⁴ H.D. SCHWIND (Fn. 3), S. 699.

⁹⁵ M. REDDIG (Fn. 28), S. 280.

⁹⁶ M. REDDIG (Fn. 28), S. 281.

⁹⁷ M. REDDIG (Fn. 28), S. 293.

⁹⁸ TAYLOR, in WALKER / SMITH (Hrsg.), *Relative Deprivation: Specification, Development and Integration*, 2002, S. 13 f.

rungen in der Sozialstruktur Berücksichtigung finden⁹⁹. Sie ermöglicht deswegen ein tiefergehendes Verständnis der sozialen Bedingungen, die hinter der individuellen Motivation stehen¹⁰⁰. Trotzdem ist sie nur ein allgemeiner Handlungsantrieb für kollektive Gewalt; das Gewaltpotenzial, das durch relative Deprivation erzeugt wird, führt erst dann zu kollektiver Gewalt, wenn verschiedene weitere Bedingungen wie vorhandene Ressourcen, Gelegenheitsstrukturen und Legitimationsmuster gegeben sind¹⁰¹. Sie kann jedoch ein Baustein sein, um die Motive terroristischer Gewalt zu erfassen, denn Individuen werden nur selten bereit sein, sich einer terroristischen Gruppierung anzuschließen und die Konsequenzen zu tragen, wenn sie keine Frustration empfinden; Frustration ist deswegen eine notwendige Bedingung für die Motivation zu terroristischer Gewalt¹⁰².

Nach der relativen Deprivationsthese ist die Feindschaft islamistischer Terroristen gegenüber dem Westen ein Hinweis auf die Entstehung einer globalen relativen Deprivation¹⁰³. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass der Referenzpunkt für die Wahrnehmung der Diskrepanz nicht innerhalb der nationalen Gemeinschaft, sondern in der Weltgesellschaft liegt: Wohlstand, Einfluss und Status, über den Individuen und soziale Gruppen im Westen verfügen, werden zum Vergleichsmaßstab¹⁰⁴.

Der islamistischen Ideologie kommt deswegen besondere Bedeutung zu: Sie kann dazu beitragen, dass die globale relative Deprivation überhaupt erst wahrgenommen wird, denn Ideologien beinhalten in der Regel Gerechtigkeitsvorstellungen, die festlegen, wer welchen Anspruch auf Wohlstand, Einfluss und Status hat und nach welchen Kriterien die Verteilung zu erfolgen hat¹⁰⁵. So ist es auch im Islamismus¹⁰⁶. Islamisten sehen es als zu bekämpfende Ungerechtigkeit an, dass Ungläubige oft über mehr Macht verfügen als die Gläubigen¹⁰⁷. Aus ihrer vermeintlichen moralischen

⁹⁹ M. REDDIG (Fn. 28), S. 282.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ M. REDDIG (Fn. 28), S. 282.

¹⁰² Ebd.; so auch T. PRECHT, *Home grown terrorism and Islamist radicalisation in Europe: From conversion to terrorism*, hrsg. von Danish Ministry of Justice, Research and Documentation Unit, 2007, S. 5.

¹⁰³ M. REDDIG (Fn. 28), S. 299.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ M. REDDIG (Fn. 28), S. 303.

¹⁰⁶ S.o. III.1.b).

¹⁰⁷ M. REDDIG (Fn. 28), S. 304.

Überlegenheit, dem göttlichen Auftrag und der idealisierten Ur-Gesellschaft wird der Anspruch abgeleitet, über mehr Wohlstand, Einfluss und Status verfügen zu können als Personen der westlichen Welt¹⁰⁸. Damit werden komplexe Ursachen für z.B. sozialen Wandel und enttäuschte Erwartungen simplifiziert und in eine einfache Form gegossen: eine religiös legitimierte Unterteilung der Welt in Gut und Böse¹⁰⁹. Im Zeitalter der Globalisierung hat die Ideologie durch ihre einfachen Antworten eine hohe Anziehungskraft, da jegliche Probleme, egal ob auf persönlicher oder politischer Ebene, dem Westen als Verursacher zugeschrieben werden¹¹⁰. Sie bietet ihren Anhängern und Sympathisanten eine ontologische Sicherheit, da schwierige Fragen nach der Sinnsuche o.Ä. mit einfachen Antworten gelöst werden, die ideologisch begründet sind¹¹¹.

4. *Das terroristische Kalkül: eine Rational-Choice-Analyse*

Warum bedienen sich seine Akteure des Terrorismus als Mittel der Wahl? *Hoffman* hat festgestellt, dass die Gewalt von Terroristen symbolisch gemeint ist¹¹². Der angerichtete Schaden ist real, jedoch besteht der Hauptzweck ihres Tuns für Terroristen nicht darin, Eigentum zu zerstören oder materielle Werte zu vernichten, sondern darin, bestimmte Dinge zu dramatisieren und Aufmerksamkeit für ein politisches Problemfeld zu erlangen¹¹³. Auch *Wördemann* hat festgehalten, dass Terrorismus eine Weise der Aggression ist, die darauf zielt, in den Angegriffenen einen Zustand der Angst, Nervosität und Hysterie hervorzurufen, der sie zur Änderung ihres Verhaltens veranlassen soll¹¹⁴. Er kategorisiert Terrorismus als die auf äußerste zugespitzte Form psychologischer Kriegsführung, bei der das verführende Wort durch die verleitende Tat ersetzt wird¹¹⁵. *Waldmann* geht noch einen Schritt weiter und qualifiziert Terrorismus als Kommunikationsstrategie¹¹⁶. Dies begrün-

¹⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁹ Ebd.; s.o. III.1.b); so auch G. STEINBERG, *Internationale Politik* 3 (2017), 62 (66).

¹¹⁰ S. GOERTZ, *Kriminalistik* 2017, 219 (222).

¹¹¹ Ebd.

¹¹² B. HOFFMAN (Fn. 26), S. 351.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ F. WÖRDEMANN, *Terrorismus: Motive, Täter, Strategien*, 1977, S. 59.

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ P. WALDMANN (Fn. 6), S. 17.

det er – wie *Hoffman* – damit, dass es dem Terroristen weniger um den Zerstörungseffekt seiner Taten geht, sondern vielmehr um eine Mitteilung an eine Vielzahl von Menschen: Gewalt wird als Signal verwendet, um eine psychologische Breitenwirkung zu erzielen¹¹⁷.

Alle diese Ansätze verstehen Terrorismus als eine primär psychologische Form der Kriegsführung, was ein gewisses Maß an strategisch-rationaler Logik erkennen lässt¹¹⁸. Deswegen wird der islamistische Terrorismus im Folgenden einer *Rational-Choice*-Analyse unterzogen.

a) Die Grundlagen der *Rational-Choice*-Theorie

Die Theorie des rationalen Wahlhandelns (*Rational Choice*) sieht den Menschen als *homo oeconomicus*¹¹⁹. Sie basiert auf der Annahme, dass ein Mensch vor einer Entscheidung die Vor- und Nachteile seines Handelns rational abwägt und jener Alternative den Vorzug geben wird, die ihm den größten Nutzen bringt¹²⁰. Dieses Kalkül bezieht sich in erster Linie auf monetäre Aspekte, kann aber auf immaterielle Vorteile – z.B. Anerkennung – erweitert werden¹²¹. Fraglich ist nun, ob sich dieses Modell auf den Akteur im Terrorismus übertragen lässt.

b) Die strategische Logik transnationaler, islamistisch-terroristischer Gruppierungen

Zunächst muss zwischen zwei Handlungssträngen differenziert werden: das Handeln der im Hintergrund agierenden Akteure (Nr. 1 im *Top-Down*-Prinzip) ist von den Handlungen der eigentlichen Attentäter (Nr. 5 im *Top-Down*-Prinzip) zu trennen¹²².

Der Wahl terroristischer Mittel zur Verwirklichung politischer Ziele gehen häufig Lernprozesse voraus, in denen sich alternative Handlungsweisen als ineffizient erwiesen haben¹²³. Die terroristische Strategie – im Unterschied zu anderen politischen Handlungsweisen – zielt auf möglichst direkte, zeitnahe Umsetzung ihrer Präferenzen, weswegen demokratische Partizipation, friedli-

¹¹⁷ P. WALDMANN (Fn. 6), S. 17 ff.

¹¹⁸ D. WITTE, in KRON / REDDIG (Hrsg.), *Analysen des transnationalen Terrorismus: Soziologische Perspektiven*, 2007, 17 (18).

¹¹⁹ D. NEUBACHER (Fn. 10), S. 93.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Ebd.

¹²² D. WITTE (Fn. 120), S. 18.

¹²³ Ebd.; so auch BRECKENRIDGE / ZIMBARDO, in B. BONGAR et al. (Hrsg.), *Psychology of Terrorism*, 2007, 116 (116).

cher Protest oder geduldiges Ausharren meist als wenig ziel führend wahrgenommen werden¹²⁴. Neben der hoch rationalen Auswahl von Anschlagzielen ist das terroristische Kalkül vor allem auf die verwendeten Techniken und Maßnahmen zur Umsetzung gerichtet¹²⁵. Selbstmordattentate sind für islamistisch-terroristische Organisationen sehr effektiv, denn sie stellen eine die Kosten-Nutzen-Bilanz optimierende Form der Gewaltanwendung dar¹²⁶. Die Optimierung besteht vor allem in der Erhöhung der Präzision der Angriffe sowie in der Senkung des Risikos, nach dem Anschlag gefasst zu werden¹²⁷. Das von der *Al-Qaida* verübte Attentat am 11. September 2001 veranschaulicht dieses Effizienz kalkül auch monetär sehr gut: auf der einen Seite der Gleichung (der Terroristen) stehen 19 Märtyrer und 500.000 US-Dollar an aufgebrauchten finanziellen Mitteln, auf der anderen Seite (der US-Amerikaner) fast 3.000 Todesopfer und langfristige finanzielle Schäden in Milliardenhöhe¹²⁸. Solche extremen Anschläge haben auf Sympathisanten einen motivierenden Effekt, da durch sie die Verletzlichkeit der westlichen Welt und die Möglichkeit, dem Gegner schwerwiegende Schläge versetzen zu können, suggeriert werden¹²⁹. Dies stärkt die Solidarität und den ideologischen Zusammenhalt des Netzwerks und konstituiert die Grundlage für weitere Anschläge und Planungen¹³⁰. Des Weiteren potenziert der Einsatz von Selbstmordattentätern die psychologische Wirkung auf Dritte: die Bereitschaft zum Opfertod bekräftigt bei Sympathisanten nachhaltig die Legitimität terroristischer Zielsetzungen und sät bei Gegnern Zweifel an der Effektivität abschreckender Bekämpfungs- und Vergeltungsmaßnahmen¹³¹.

Die besondere Bedeutung des 11. Septembers zeigt sich noch in einem weiteren Punkt, denn im Gesamtkonzept der *Al-Qaida* hatte der Anschlag eine Funktion, die als Initialzündung verstanden werden kann¹³². Er hat auch in Europa zu einem Gefühl der Angst vor Bedrohungen durch islamistischen Terrorismus und zu

¹²⁴ D. WITTE (Fn. 120), S. 18.

¹²⁵ Ebd.; ähnlich DAVIS / CRAGIN (Hrsg.), *Social Science for Counterterrorism: Putting the Pieces Together*, 2009, S. XXXII.

¹²⁶ D. WITTE (Fn. 120), S. 18; ebenso DAVIS / CRAGIN (Fn. 127), S. XXXII f.

¹²⁷ M. HAFEZ, *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 29, 2006, 165 (168).

¹²⁸ D. WITTE (Fn. 120), S. 19.

¹²⁹ D. WITTE (Fn. 120), S. 20 f.

¹³⁰ D. WITTE (Fn. 120), S. 21.

¹³¹ Ebd.

¹³² Ebd.

einer gewissen Destabilisierung des sozialen und politischen Gefüges geführt¹³³. Die dadurch bedingte Schaffung einer Atmosphäre aus Verunsicherung ermöglicht bereits kleineren Anschlägen eine größere psychologische Wirkung¹³⁴. Dieses latente Bedrohungsklima zeigt, dass die Anschläge selbst das Ergebnis einer rationalen, die Kosten-Nutzen-Bilanz der Organisation optimierenden Kalkulation sind und zudem das Fundament einer langfristigen Drohkulisse bilden, die vorläufig Kosten und Aufwand der Akteure senkt¹³⁵.

c) Schlussfolgerung

Transnationaler islamistischer Terrorismus kann aus der Perspektive der Hintergrundakteure als eine hochrationale Strategie verstanden werden, die (potenziell) zielbringend ist¹³⁶. Islamistische Terroristen dürfen nicht als verblendete religiöse Fanatiker verstanden werden, die wahllos Leute in die Luft sprengen; vielmehr planen und organisieren sie ihre terroristischen Aktivitäten in einer rationalen und kalkulierenden Art und Weise¹³⁷. Die *Rational-Choice*-Theorie lässt sich auf den islamistischen Terrorismus somit in zweierlei Hinsicht übertragen: einerseits ist die terroristische Strategie für ihn monetär lohnend, andererseits erzielt er damit auch immaterielle Vorteile in Form eines kommunikativen Aktes, der auf Sympathisanten eine einladende und auf Gegner eine abschreckende Wirkung hat.

4. *Der islamistische Radikalisierungsprozess*

4.1. *Begriff der Radikalisierung*

Eine Radikalisierung vollzieht sich jeweils individuell, in ihrem Verlauf übernehmen Personen extreme politische, religiöse und gesellschaftliche Ideale oder Ziele, für die – aus islamistisch-terroristischer Sicht – die Anwendung von Gewalt gerechtfertigt wird¹³⁸. Es handelt sich um einen kognitiven Veränderungsprozess

¹³³ ALLEN / NIELSEN, *Summary Report on Islamophobia in the EU after 11 September 2001*, hrsg. von European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, 2002, S. 5 ff.

¹³⁴ D. WITTE (Fn. 120), S. 21.

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ D. WITTE (Fn. 120), S. 40.

¹³⁷ D. WITTE (Fn. 120), S. 17; ebenso DAVIS / CRAGIN (Fn. 127), S. XXXIV.

¹³⁸ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 32; so auch T. PRECHT (Fn. 104), S. 6.

der sozialen Einstellung auf der Grundlage einer Ideologisierung bis hin zur Bereitschaft zur Gewaltanwendung¹³⁹. Radikalisierung darf nicht als bewusste Entscheidung qualifiziert werden, sondern vielmehr als ein Prozess, der schrittweise abläuft¹⁴⁰. Wichtig ist, dass – trotz Überschneidungen – islamistischer Terrorismus und eine islamistische Radikalisierung zwei zu trennende Phänomene darstellen¹⁴¹. Eine Radikalisierung führt nicht zwingend zu terroristischer Gewalt¹⁴², vielmehr kann es auch sein, dass eine gewaltbereite Ideologie übernommen und trotzdem kein Anschlag oder Attentat verübt wird¹⁴³.

4.2. Das Radikalisierungsmodell nach Tomas Precht

Es wurden fast ausschließlich im Bereich des *Homegrown*-Terrorismus Radikalisierungsmodelle entwickelt, um das Phänomen besser erfassen zu können. Im Folgenden wird das von Precht entwickelte Vier-Phasen-Modell im Hinblick auf wichtige verallgemeinerbare, nicht nur speziell im *Homegrown*-Spektrum auftretende, Anhaltspunkte für den Verlauf einer Radikalisierung untersucht.

a) Phase eins: Die Präradikalisierung

Die Präradikalisierung beschreibt die vielen allgemeinen Hintergrundfaktoren, die Menschen für den Islamismus empfänglich machen, kurz bevor der eigentliche Radikalisierungsprozess beginnt¹⁴⁴. Hierzu zählen z.B. eine muslimische Identitätskrise, Erfahrung von Diskriminierung oder persönliche Traumata¹⁴⁵.

Diese Hintergrundfaktoren *können* die Vulnerabilität für eine Radikalisierung erhöhen, denn obwohl einige Faktoren auf eine große Personenanzahl zutreffen – z.B. haben viele Muslime schon Diskriminierung erfahren¹⁴⁶ – durchläuft nur ein kleiner Teil letztlich den Radikalisierungsprozess¹⁴⁷. Aber gerade die Wahrneh-

¹³⁹ S. GOERTZ (Fn. 2), S. 32; ebenso T. PUSCHNERAT (Fn. 62), S. 222.

¹⁴⁰ T. PRECHT (Fn. 104), S. 38; so auch VELDHUIS / STAUN, *Islamist Radicalisation: A Root Cause Model*, hrsg. von Netherlands Institute of International Relations Clingendael, 2009, S. 6.

¹⁴¹ VELDHUIS / STAUN (Fn. 142), S. 6.

¹⁴² Näher hierzu unten, S. IV.2.c).

¹⁴³ VELDHUIS / STAUN (Fn. 142), S. 6.

¹⁴⁴ T. PRECHT (Fn. 104), S. 34.

¹⁴⁵ Ebd.

¹⁴⁶ Ausführlich hierzu ALLEN, NIELSEN (Fn. 135), S. 1 ff.

¹⁴⁷ T. PRECHT (Fn. 104), S. 35.

mung „Opfer zu sein“¹⁴⁸ kann zu einer ablehnenden Haltung gegenüber der westlichen Welt führen; diese Reaktion wird verstärkt durch die zunehmende Islamophobie in westlichen Ländern, insbesondere nach dem 11. September 2001¹⁴⁹. Dies führt zu einer Entfremdung zwischen Muslimen und Nicht-Muslimen, was wiederum zu einer erhöhten Empfänglichkeit des Einzelnen für eine Radikalisierung führt¹⁵⁰.

b) Phase zwei: Identifikation

Die zweite Phase kennzeichnet, dass Individuen ihre religiöse Identität entwickeln, ändern oder verstärken und sich mit einer radikalen Form des Islam identifizieren¹⁵¹. Die wichtigsten Verhaltensmuster lassen sich in zwei Kategorien einteilen:

1) von keinem bestimmten Glauben oder religiösen Haltung zu einer muslimischen Identität;

2) von einer normalen religiösen Haltung zu einer radikaleren Auslegung des Islam¹⁵².

Dieser Veränderungsprozess wird größtenteils von Faktoren beeinflusst, die für jeden einzigartig sind, beginnt jedoch meistens bei Personen, die von ihrem eigenen Leben, internationalen Angelegenheiten oder politischen Gegebenheiten frustriert¹⁵³ sind¹⁵⁴. Sie suchen nach einer Identität, die ihnen der Islam bzw. Islamismus geben kann, weshalb manche sich von ihrem alten Ich entfernen und eine neue Persönlichkeit – basierend auf der Religion – aufbauen¹⁵⁵. Hierbei handelt es sich um eine radikalere Form des Islam, mit der sie beispielsweise in Moscheen oder im Internet in Berührung kommen¹⁵⁶. In einigen Fällen sind in dieser Phase auch äußerliche Veränderungen festzustellen, z.B. das Tragen langer, weiter Gewänder oder eines Barts; dies dient dazu, die neue Identität gleichfalls nach außen zu präsentieren¹⁵⁷. Die Aussicht, Teil einer Gruppe zu sein, ist ein bedeutsamer Faktor für die fortschreitende Radikalisierung¹⁵⁸. Es wird die Möglichkeit gesehen, sich in-

¹⁴⁸ Vgl. III.3.

¹⁴⁹ T. PRECHT (Fn. 104), S. 44; ebenso ALLEN / NIELSEN (Fn. 135), S. 1 ff.

¹⁵⁰ T. PRECHT (Fn. 104), S. 44.

¹⁵¹ T. PRECHT (Fn. 104), S. 35.

¹⁵² Ebd.

¹⁵³ S.o. III.3.

¹⁵⁴ T. PRECHT (Fn. 104), S. 35.

¹⁵⁵ VELDHUIS / STAUN (Fn. 142), S. 15.

¹⁵⁶ T. PRECHT (Fn. 104), S. 35 f.

¹⁵⁷ T. PRECHT (Fn. 104), S. 36.

¹⁵⁸ Ebd.

nerhalb des ideologischen Netzwerks Würde, Respekt und ein Zugehörigkeitsgefühl zu verschaffen¹⁵⁹.

c) Phase drei: Überzeugung und Indoktrination

Ab diesem Punkt beginnen potentielle islamistische Terroristen für gewöhnlich, sich von ihrem früheren Leben zu distanzieren und identifizieren sich noch mehr mit der übernommenen islamistischen Ideologie¹⁶⁰. Die islamistische Weltanschauung wird endgültig akzeptiert, und es verstärkt sich die Überzeugung, dass gewalttätiges Handeln notwendig ist, um den Islamismus weiter zu verbreiten; Gewalt gegen Nichtgläubige wird durch das höhere Ziel¹⁶¹ gerechtfertigt¹⁶². Der Zusammenschluss mit Gleichgesinnten spielt in dieser Phase eine wichtige Rolle bei der Intensivierung der Radikalisierung¹⁶³. Der Einfluss eines spirituellen Führers kann große Bedeutung haben, obwohl neben der *Top-Down*-Rekrutierung durch große Organisationen eine wachsende Tendenz unter jungen Muslimen festzustellen ist, den Radikalisierungsprozess auf eigene Initiative zu durchlaufen¹⁶⁴.

Nach Phase drei ist die ideologische Indoktrination weitestgehend abgeschlossen und in den meisten Fällen verzichten Radikalisierte auf terroristische Aktivitäten¹⁶⁵. Dies bedeutet, dass sich Radikalisierungsprozesse in viele Richtungen entwickeln können, auch in gewaltfreie, z.B. ausgeprägte missionarische Tätigkeiten¹⁶⁶. Terrorismus ist eine der schwerwiegendsten möglichen Folgen islamistischer Radikalisierung, mit anderen Worten: obwohl jeder islamistische Terrorist ein Radikaler ist, wird nicht jeder Radikale ein islamistischer Terrorist¹⁶⁷.

d) Phase vier: Aktion

Tritt der Einzelne in die kritische Handlungsphase ein, akzeptiert er letztlich die Verpflichtung zur Durchführung eines Terroranschlags¹⁶⁸. Diese Phase kann relativ schnell, in wenigen Wochen

¹⁵⁹ T. PRECHT (Fn. 104), S. 44.

¹⁶⁰ T. PRECHT (Fn. 104), S. 36.

¹⁶¹ Vgl. III.1.

¹⁶² T. PRECHT (Fn. 104), S. 36.

¹⁶³ T. PRECHT (Fn. 104), S. 37.

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ VELDHUIS / STAUN (Fn. 142), S. 6.

¹⁶⁶ T. PUSCHNERAT (Fn. 62), S. 221.

¹⁶⁷ Ebd.

¹⁶⁸ T. PRECHT (Fn. 104), S. 37.

oder Monaten, durchlaufen werden¹⁶⁹. Gruppenbindung und Loyalität werden durch verschiedenste Aktivitäten intensiviert und Individuen noch mehr von ihrem früheren Leben entfremdet, bis sich das persönliche Ziel in Richtung des Gruppenziels verschiebt¹⁷⁰. Durch das Anschauen von Videos im Internet oder anderen Propagandamedien wird versucht, eine endgültige moralische Unterstützung für die Durchführung von Anschlägen zu erhalten¹⁷¹.

4.3. *Das Internet als „virtuelle Universität des Islamismus“*

Obwohl der islamistische Terrorismus und seine Akteure der Globalisierung und Verwestlichung ablehnend gegenüberstehen, nutzen Organisationen wie *Al-Qaida* oder der *IS* trotzdem das Internet für die Verbreitung von Propagandamedien¹⁷². Dies dient vor allem der Rekrutierung oder Motivation von Anhängern und Sympathisanten, auch im *Homegrown*-Spektrum¹⁷³. Diese virtuelle Missionierung findet sowohl in sozialen Netzwerken (z.B. *Facebook*, *Twitter* oder *YouTube*) als auch auf den Webseiten der Organisationen statt¹⁷⁴. Ideologen und wichtige Führungspersonen nutzen Audio-, Video- und Textbotschaften, um gezielt propagandistische und radikalisierende Inhalte zielgruppengerecht und multilingual zu verbreiten¹⁷⁵. Internetpropaganda stellt in vielen Fällen einen sehr relevanten Radikalisierungsfaktor dar¹⁷⁶. Gerade Einzeltäter lassen sich hiervon inspirieren und radikalisieren sich (selbst)¹⁷⁷. Dies wird begünstigt durch offizielle Aufrufe in sozialen Netzwerken durch *Al-Qaida* oder den *IS*, als islamistischer Einzeltäter in westlichen Ländern terroristische Anschläge zu verüben¹⁷⁸. Nach Angaben von Bundeskriminalamt und Bundesamt für Verfassungsschutz spielte in den Jahren 2013 und 2014 das Internet bei über 50% der sich radikalisierenden Personen in Deutschland eine wesentliche Rolle im individuellen Radikalisierungspro-

¹⁶⁹ Ebd.

¹⁷⁰ Ebd.

¹⁷¹ T. PRECHT (Fn. 104), S. 37; so auch T. PUSCHNERAT (Fn. 62), S. 228.

¹⁷² S. GOERTZ, *Kriminalistik* 2017, 219 (223).

¹⁷³ Ebd.

¹⁷⁴ S. GOERTZ, *Kriminalistik* 2017, 219 (223).

¹⁷⁵ Ebd.

¹⁷⁶ BKA/BfV/HKE (Fn. 13), S. 21.

¹⁷⁷ S. GOERTZ, *Kriminalistik* 2017, 219 (223).

¹⁷⁸ EUROPOL, 2001 *Terrorist Attacks carried out in EU Member States in 2015*, <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/211-terrorist-attacks-carried-out-in-eu-member-states-in-2015-new-europol-report-reveals> (Stand: 14.6.18).

zess, nach 2014 ist die Relevanz marginal gesunken¹⁷⁹. Das Internet dient großen Organisationen somit als „virtuelle Universität des Islamismus“ zur Mobilisierung von neuen Anhängern oder Einzelgängern¹⁸⁰.

4.4. Schlussfolgerung

Es gibt kein allgemeingültiges Schema, *weshalb* Menschen sich radikalisierten. Die Gründe, wieso Individuen in den Radikalisierungsprozess eintreten, ihn durchlaufen und/oder einer terroristischen Gruppierung anschließen, sind so umfassend und subjektiv, dass sie nur schwerlich abschließend dargestellt werden können. Was sich allerdings erneut erkennen lässt: Frustration spielt eine entscheidende Rolle in der Empfänglichkeit für eine Radikalisierung bzw. der Entscheidung, sich terroristischen Strukturen zuzuwenden¹⁸¹.

5. Abschließende Einordnung der Betrachtung und Ausblick

Das Gefühl der Frustration ist auf zwei Ebenen bedeutsam. Zunächst führt sie dazu, dass Menschen in der islamistischen Ideologie Antworten suchen (und auch finden). Sehen sie sich dann einmal als dieser Gruppe zugehörig, findet ein weiterer Prozess statt: das persönliche Ziel verschiebt sich in Richtung des Gruppenziels. Doch auch im Kollektiv wirkt die Frustration in Form einer wahrgenommenen globalen relativen Deprivation, die es – auch mit terroristischer Gewalt – zu bekämpfen gilt. Individuelle Frustration wird kanalisiert in kollektive Frustration, die nach der relativen Deprivationsthese einen allgemeinen Ansporn zum Handeln darstellt¹⁸². Diesem Handlungsimpuls wird umso eher nachgegeben, wenn die Möglichkeit gesehen wird, mit gewaltsamen Mitteln gegen die Ursache der Deprivation vorzugehen¹⁸³. Die aus Sicht der Hintergrundakteure (potenziell) zielbringende terroristische Strategie¹⁸⁴ trifft im islamistischen Terrorismus auf eine reli-

¹⁷⁹ BKA/BfV/HKE (Fn. 13), S. 21.

¹⁸⁰ S. GOERTZ, *Kriminalistik* 2017, 219 (223); dieser Ansicht ist auch T. PUSCHNERAT (Fn. 62), S. 228.

¹⁸¹ T. PRECHT (Fn. 104), S. 5.

¹⁸² M. REDDIG (Fn. 28), S. 285.

¹⁸³ M. REDDIG (Fn. 28), S. 285 f.

¹⁸⁴ Vgl. III.4.

giöse Legitimation¹⁸⁵. Im Zusammenspiel mit dem geschaffenen Gewaltpotenzial, vorhandenen Ressourcen und Gelegenheitsstrukturen ist es höchst wahrscheinlich, dass dies zu individuellen oder kollektiven Gewaltausbrüchen in Form von Anschlägen führt.

Handlungsempfehlungen, um dies zu verhindern, ergeben sich anhand einer von *Waldmann* aufgeworfenen Frage: „Inwieweit können internationale terroristische Organisationen (etwa *Al-Qaida*), die keine bestimmte [...] Gemeinschaft hinter sich haben, auf die Dauer auf diese verzichten oder sich Ersatzgruppen erschließen (kommt das Internet als Ersatzmilieu infrage?)“¹⁸⁶.

Es gilt erstens, die Flucht ins Internet von transnationalen Gruppierungen, denen die soziale Rückkopplung an ein bestimmtes Milieu fehlt¹⁸⁷, zu verhindern bzw. zu erschweren. Dies hätte zur Folge, dass längerfristig der ideologische und netzwerkartige Zusammenhalt der Gruppierungen aufgelöst würde. Zweitens müssen verbleibende radikale Milieus aufgedeckt und frühzeitig deraikalisierende Maßnahmen etabliert werden, um eine Radikalisierung bzw. Indoktrinierung von vorneherein zu verhindern. Damit wäre das vom Einzelnen in die Gruppe fortwirkende Gewaltpotenzial schon individuell unterbunden und Gewaltausbrüche – sowohl Einzelner als auch im Kollektiv – nähmen ab. Dies würde langfristig zumindest zu einer Destabilisierung des transnationalen islamistischen Terrorismus führen.

¹⁸⁵ Vgl. III.1.; ebenso G. STEINBERG, *Internationale Politik* 3/2017, 62 (62 ff.).

¹⁸⁶ P. WALDMANN (Fn. 4), S. 261.

¹⁸⁷ S.o. III.2.b).

JULIA VIGLIAROLO*

AZIONI POSITIVE E PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA

The following paper aims to analyze the most critical issues of the introduction of affirmative action policy. Indeed, it provides a specific analysis of the hermeneutics issues about affirmative action and the principle of equality. It furthermore focuses on the paradox of equality and it tries to offer new hermeneutics aspects in order to overcome such paradoxical issues.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Affirmative action policy* e principio di eguaglianza: problemi ermeneutici. – 3. Il paradosso del principio di eguaglianza nella dottrina pubblicistica italiana. – 4. Considerazioni finali.

1. *Premessa*

La presenza della disuguaglianza sociale all'interno della società è un dato fattuale pressappoco innegabile¹. Pur non volendo richiamare in questa sede la nota contrapposizione tra lo Stato di diritto e lo Stato sociale², risulta evidente l'esigenza dell'intervento statale per l'abbattimento delle disuguaglianze.

* Dottoressa in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Giovanna Montella.

¹ La disuguaglianza è la risultante di due fattori: l'ineguale distribuzione dei beni da un lato; la tendenza antropologica alla discriminazione dei gruppi sociali ritenuti diversi o altrimenti inferiori.

² L'antitesi tra Stato di diritto e Stato sociale comporta non soltanto il divieto di qualsiasi discriminazione, ma una vera e propria contrapposizione tra l'universalismo generale delle regole di diritto ed il particolarismo della gestione amministrativa dello Stato sociale. La tesi del liberismo classico sostiene, dunque, l'assoluta irrilevanza giuridica della diversità distributiva di beni e opportunità in capo ai soggetti, poiché esse incidono, al più, non tanto sulla titolarità quanto sull'esercizio dei diritti e, quindi, non possono essere cause di disuguaglianze giuridicamente ap-

Gli strumenti designati al raggiungimento di questo fine sono, appunto, le azioni positive mediante le quali l'ordinamento è in grado di intervenire, in ossequio al dettato sostanziale del precetto di eguaglianza, per mitigare le disparità sociali.

2. *Affirmative action policy e principio di eguaglianza: problemi ermeneutici*

L'introduzione dell'*affirmative action policy* negli ordinamenti giuridici è stata oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali che, per molti versi, sembrano ancora non sopiti.

L'aspetto maggiormente critico che la dottrina maggioritaria rinviene nell'utilizzo delle azioni positive è legato, principalmente, al suo rapporto con il principio di eguaglianza. La teleologia ultima dell'azione positiva consiste, infatti, nell'abbattimento delle disuguaglianze ed il ripristino della parità di *chances* per tutti i consociati. Il punto di rottura tra l'azione positiva e il principio di eguaglianza si raggiunge quando il perseguimento di questo fine comporta l'introduzione di una politica differenziale, la quale legittima e giustifica la concessione di un trattamento preferenziale a favore di determinati soggetti. All'interno degli ordinamenti giuridici contemporanei, la legittimità di questa pratica si scontra, necessariamente, con il precetto di eguaglianza il quale sancisce – quanto meno nel suo dettato formale – il divieto di porre in essere trattamenti differenziali proprio in base a quei parametri che, paradossalmente, vengono invece invocati come giustificazione per l'utilizzo dell'azione positiva (sesso, razza, religione, etnia, disabilità fisiche, etc.). Il contrasto ermeneutico tra il principio di eguaglianza e la legittimità dell'introduzione dell'*affirmative action policy*, viene quindi maggiormente percepito dalla dottrina di quegli ordinamenti giuridici, quali USA e Italia, dove i beneficiari dell'azione positiva, vengono aprioristicamente individuati sulla base della mera appartenenza alle cosiddette categorie deboli. In questi Stati, infatti, l'*affirmative action* si sostanzia, principalmente, nella riserva di quote lavorative e quote per l'accesso ai *college*. Risulta comprensibile, quindi, che l'assegnazione di un trattamento preferenziale in questi ordinamenti genera perplessità ermeneutiche rispetto al precetto di eguaglianza, in quanto l'azione positiva – tanto

prezzabili. Per un'analisi più approfondita cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (a cura di), Bologna, 2005, p. 154.

nella scelta del legislatore statunitense quanto in quella del legislatore italiano – si sostanzia in una misura di differenziamento destinata a una cerchia ristretta di soggetti, individuati *a priori* sulla base della mera appartenenza a categorie considerate *lato sensu* svantaggiate, e sulla base di quei parametri che il dettato formale dell'eguaglianza vieta di considerare come *ratio* giustificativa di trattamenti diseguali. I punti nevralgici della questione attengono, principalmente, all'ambito di applicazione soggettivo delle misure differenziali³ ed ai parametri di riferimento in base ai quali venga giustificata/legittimata l'introduzione di *preferential treatments*⁴.

Non a caso in altri ordinamenti, come ed esempio quello tedesco, il contrasto ermeneutico tra azione positiva e principio di eguaglianza non viene percepito⁵. Nell'ordinamento statunitense, e in quello italiano, il legislatore pone invece una puntuale scelta di individuazione soggettiva⁶ dei beneficiari dell'*affirmative action*. La scelta del legislatore statunitense, seppur foriera di critiche, appare giustificabile e giustificata da una verità storico-ontologica: le innegabili pratiche discriminatorie e le politiche di segregazione razziale poste in essere nei confronti della popolazione afroamericana⁷.

³ Individuazione di beneficiari *tout court*, rispetto a beneficiari individuati *a priori*.

⁴ L'aspetto problematico si rinviene quando questi parametri coincidano proprio con quelli che il legislatore costituzionale vieta espressamente di poter prendere in considerazione (sesso, razza, religione, etc.).

⁵ Nella scelta del legislatore tedesco l'azione positiva più che connotarsi come deroga al precetto di eguaglianza ne diviene strumento ancillare, in quanto le misure atte al perseguimento della pari opportunità non sono indirizzate ad una categoria predefinita di soggetti, individuati per genere, razza o religione, ma implicano – molto più semplicemente – l'eliminazione di ogni situazione di svantaggio presente nel territorio nazionale. La legge del 2006, attuativa delle direttive europee in tema di parità di trattamento, prevede infatti una normativa perseguente specifiche finalità (impedire e/o rimuovere ogni situazione di sfavore legata alla razza, all'appartenenza etnica, al sesso, alla religione, alle opinioni filosofiche, all'invalidità, all'età ed all'identità sessuale dell'individuo) e con un ambito di applicazione esteso ad ogni aspetto della vita lavorativa e sociale dell'individuo (vita lavorativa, protezione sociale, agevolazioni sociali, formazione, diritti civili) v. G. MONTELLA, *Pari opportunità*, voce in *Dig. disc. pub.*, Torino, 2008.

⁶ *Affirmative action policy* negli USA è rivolta, prevalentemente, alla popolazione afroamericana; in Italia, invece, l'azione positiva è indirizzata alle donne.

⁷ Il quadro storico immediatamente successivo alla Guerra Civile fu, infatti, caratterizzato dapprima dall'emanazione dei cosiddetti *Black Codes* mediante i quali alla popolazione afroamericana era negato l'accesso alle strutture pubbliche quali scuole, teatri, alberghi. Inoltre, le legislazioni dei singoli Stati impedivano ai neri l'ottenimento di qualsiasi lavoro diverso dalla manovalanza agricola o dome-

Nell'ottica del legislatore statunitense, quindi, l'*affirmative action* serve a compensare ed eliminare gli effetti delle passate discriminazioni⁸.

Nonostante il fine compensativo, la critica mossa alla *remedial affirmative action* consiste nel fatto che essa si risolve sempre in una discriminazione (*reverse discrimination*): la misura differenziale posta in essere per arginare una disuguaglianza, infatti, sfocia essa stessa in una discriminazione diretta, non diversa da quella a cui si tenta di porre rimedio. Questo avviene perché al parametro di riferimento, preso in considerazione tanto nella pratica discriminatoria quanto nell'azione positiva di compensazione, è associato un giudizio assiologico – di disvalore nel primo caso, di valore nel secondo – che non sussiste a livello ontologico. L'errore consiste, dunque, nel dare un valore morale ad un parametro – quale può essere il colore della pelle così come il genere – che di per sé è assolutamente neutro e non dovrebbe avere nessuna connotazione assiologico-morale, né di valore né di disvalore⁹. A questa pratica assiologica errata, per così dire, è strettamente congiunto l'altro grande punto di criticità mosso all'ermeneutica dell'azione positiva rispetto al principio di eguaglianza. La problematica è stata lucidamente posta in luce in una famosa *dissenting opinion* del giudice Scalia nella sentenza *Johnson vs. Transportation Agency*: mediante l'adozione di interventi di sostegno alla categorie protette, la garanzia formale del principio di eguaglianza – in base al quale la razza ed il sesso, così come gli altri fattori, dovrebbero restare parametri indifferenti rispetto alle scelte adottate nell'ambito lavorativo – viene palesemente violata, proprio dall'applicazione sostanziale dello stesso principio¹⁰. Il precetto sostanziale dell'egua-

stica senza una previa licenza di permesso v. D.K. FREMON, *The Jim Crow Laws and racism in United States history*, Berkeley Heights, 2000, p. 11.

In un secondo momento, vennero poi emanate le vere e proprie leggi razziali, vale a dire le cosiddette *Jim Crow Laws*, le quali, sulla base del principio *separate but equal*, istituirono un regime di separazione in tutti i servizi. La separazione riguardava ogni aspetto della vita quotidiana: persino l'acqua era differenziata per le *coloured people*. Cfr. L.A. STEVEN, *Equal! The case of integration vs. Jim Crow*, New York, 1976, p. 37.

⁸ Da qui discende la nomenclatura di *remedial affirmative action* per i provvedimenti che assegnano un trattamento preferenziale alle persone di colore come mezzo compensativo delle discriminazioni storiche subite.

⁹ C. COHEN, J.B. STERBA, *Affirmative action and racial preference: A debate*, Oxford, 2003, p. 27.

¹⁰ *Johnson vs. Transportation Agency*, 480 U.S. 658 (1987): «The Court today completes the process of converting [Title VII] from a guarantee that race or sex will

glianza, pertanto, porta con sé – almeno apparentemente – una sorta di paradosso: esso, infatti, da un lato legittima l'introduzione di un'*affirmative action policy* all'interno degli ordinamenti al fine di eliminare le disuguaglianze; dall'altro sembra costituire una violazione, o quantomeno una deroga, rispetto al precetto formale di eguaglianza, nel momento in cui – in aperto contrasto con quest'ultimo – giustifica l'introduzione di trattamenti differenziali proprio sulla base di quei parametri che, invece, l'eguaglianza formale vieta di porre in essere. Da questo paradosso, maggiormente approfondito nella riflessione sul principio di eguaglianza nella dottrina italiana, discende la *vexata questio* circa la legittimità dell'*affirmative action* rispetto al precetto di uguaglianza.

3. *Il paradosso del principio di eguaglianza nella dottrina pubblicistica italiana*

Anche la dottrina pubblicistica italiana ha evidenziato aspetti di criticità ermeneutica rispetto alla legittimità costituzionale della normativa istituente una politica delle azioni positive in Italia¹¹. L'*affirmative action policy* italiana è modellata sul paradigma statunitense e da esso eredita la caratteristica di avere un ambito di applicazione soggettivo limitato ad una cerchia di beneficiari individuati *a priori*: l'azione positiva, in Italia, è infatti concepita pressappoco esclusivamente a favore delle donne¹².

not be the basis for employment determinations, to a guarantee that it often will. Ever so subtly, without even alluding to the last obstacles preserved by earlier opinions that we now push out of our path, we effectively replace the goal of a discrimination-free society with the quite incompatible goal of proportionate representation by race and by sex in the workplace».

¹¹ La disposizione cardine dell'*affirmative action policy* in Italia è rinvenibile nella l. 10 aprile 1991 n. 125, con la quale si stabiliva una disciplina organica in materia di «azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna». Prima di essa, infatti, la disciplina in materia era costituita da disposizioni frammentarie ed eccessivamente generiche. In attuazione alle direttive europee in materia di parità di trattamento, l'Italia ha poi introdotto il d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, concernente disposizioni relative alle discriminazioni di genere in ambito lavorativo.

¹² Nonostante la normativa europea abbia emanato numerose direttive per il perseguimento della parità di trattamento *tout court*, l'Italia ha prevalentemente recepito solo la normativa concernente il raggiungimento delle pari opportunità di genere. A tal proposito si è parlato di «annacquamento» della politica nazionale rispetto alla disciplina europea prevista, cfr. L. CALAFA, *Nuovi modelli di azioni positive nell'attuazione delle politiche di antidiscriminazione razziale ed etnica*, Studio elaborato per incarico della Presidenza dei Ministri, Dipartimento per i Diritti e le Pari opportunità, Ufficio nazionale Antidiscriminazioni Razziali, Roma, 2007.

Al di là delle problematiche – già esaminate per l'*affirmative action policy* statunitense – che la scelta di individuazione *a priori* dei beneficiari comporta¹³, la dottrina italiana ha evidenziato un aspetto fondamentale del principio di eguaglianza, stante la nota ripartizione dei suoi due commi nel binomio formale/sostanziale, utilizzato nel *Commentario della Costituzione* a cura di Giuseppe Branca. Una parte consistente di autori sostiene, infatti, che dietro la bipartizione dei due commi dell'art. 3 Cost. si celi una vera e propria rottura della Costituzione¹⁴ – anche se l'interpretazione pubblicistica tende a considerarla soltanto come una rottura (*rectius*: autorottura) apparente, in quanto l'intervento dell'ordinamento, in ossequio al principio di eguaglianza sostanziale, si svolge sempre nell'ottica di uno Stato di diritto¹⁵.

Questa antitesi¹⁶ porta con sé un paradosso all'apparenza inammissibile. Posto che il principio di eguaglianza mira ad abbattere ed eliminare le disuguaglianze naturali e sociali, innegabilmente presenti tra gli uomini, proprio per dispiegare completamente i suoi effetti – garantire l'eliminazione delle pratiche discriminatorie presenti nella realtà sociale – essa deve contemplare il ricorso all'eccezionalità derogatoria, vale a dire casi in cui l'eguaglianza giuridica non possa operare pienamente, convertendosi paradossalmente proprio nella sua nemesis, cioè nella disuguaglianza¹⁷. In altre parole, poiché la sola eguaglianza formale non è in grado di garantire effettivamente l'abbattimento delle disuguaglianze, soltanto attraverso il perseguimento dell'eguaglianza giuridica sostanziale si può giungere al *telos* in questione, ma per farlo – e in questo risiede il paradosso – si deve necessariamente aggirare il divieto sancito dal principio di eguaglianza formale¹⁸. Se-

¹³ v. *Supra*.

¹⁴ Autorevole parte della dottrina sostiene si tratti più di un'ipotesi di «autorottura» v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1033.

¹⁵ M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, pp. 597-598.

¹⁶ Riassumibile nel concetto che converte l'eguaglianza in egualitarismo e quindi l'eguaglianza che tratta gli individui *as equals* a quella che li tratta *equally*.

¹⁷ M. AINIS, *op. cit.*, p. 601.

¹⁸ M. AINIS, *op. cit.*, p. 602: «Al fine di annullare il gap che pesa sui soggetti deboli, servirebbe a poco appellarsi al principio di eguaglianza nella sua veste formale: è necessario invece mettere in moto meccanismi di compensazione, che però a loro volta si risolvono in «diseguaglianze razionali», tanto più sensibili quanto più si rivelino efficaci. In breve, per raggiungere l'eguaglianza (sostanziale) occorre sacrificare l'eguaglianza (formale); e il sacrificio è direttamente proporzionale al grado di tutela che l'ordinamento è disposto ad elargire alle categorie meno fortunate».

condo questa visuale prospettica, la sussistenza all'interno dell'ordinamento delle azioni positive è indice del fatto che il legislatore stesso ammetta e riconosca la liceità della contraddizione generata dal paradosso del principio di eguaglianza, nel momento in cui avalla l'adozione di un'*affirmative action* la quale, sostanziandosi di fatto in un trattamento di favore, persegue l'eguaglianza sostanziale a scapito di quella formale.

Adottando, invece, l'interpretazione ermeneutica proposta da altra autrice, sembra si possa convenire sul fatto che tra i due commi dell'art. 3 non debba necessariamente sussistere una contrapposizione così insanabile da sfociare nel paradosso prospettato¹⁹. Si sostiene, infatti, che tanto le norme che istituiscono e/o prescrivono l'eguaglianza quanto quelle che la perseguono e/o conseguono siano da considerarsi, entrambe, come norme di diritto in virtù delle quali l'eguaglianza giuridica sostanziale²⁰ viene perseguita mediante l'eguaglianza giuridica formale²¹, senza che il risultato a cui tendere e la modalità scelta per perseguirlo, debbano essere contrapposti.

Non pare quindi ragionevole dover porre questi due concetti in antitesi, poiché entrambi perseguono la stessa finalità: il raggiungimento dell'eguaglianza e il conseguente abbattimento delle disuguaglianze. In quest'ottica, dunque, anche l'azione positiva sembra trovare la sua piena legittimità costituzionale rispetto al principio di eguaglianza, poiché essa si risolve semplicemente in uno strumento ancillare e funzionale al perseguimento di quella parità che lo stesso principio mira a raggiungere e garantire.

4. Considerazioni finali

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra forse ipotizzabile che dietro la formulazione dei due commi dell'art. 3 Cost. ci siano, semplicemente, due visuali differenti della realtà sociale²². Assu-

¹⁹ Per un'interpretazione del principio di eguaglianza che sostiene la complementarità dei due commi v. L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 2005.

²⁰ Da intendersi come *l'obiettivo della normazione*, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, p. 140.

²¹ Da intendersi come «la tecnica scelta dal legislatore per il conseguimento dell'obiettivo», cfr. L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*

²² Il primo comma sembrerebbe presumere una società nella quale il mero dettato dell'eguaglianza formale sia sufficiente a garantire la parità e l'insorgere delle discriminazioni. Il secondo comma, invece, sembrerebbe più lucidamente avere contezza della presenza, all'interno della realtà sociale, di pratiche discrimi-

mendo questa visuale interpretativa, si potrebbe anche constatare che il paradosso di cui parla la dottrina maggioritaria sia più apparente che reale. Esso muove dall'assunto che l'eguaglianza sostanziale, al fine di rimuovere le disuguaglianze sociali, debba porre in essere misure in violazione dell'eguaglianza formale, le quali sfociano, esse stesse, in nuove disuguaglianze.

Tuttavia, se il principio di eguaglianza fosse circoscritto al precetto formale del solo primo comma, si avrebbe come risultante certa la presenza delle disuguaglianze²³. Pare, dunque, di poter concludere concordando sul fatto che l'azione positiva, lungi dal costituire una deroga al principio di eguaglianza, sia strumento necessario per l'eliminazione delle discriminazioni. È proprio per perseguire la stessa uguaglianza tutelata nella Costituzione che l'ordinamento²⁴ non possa esimersi dal porre in essere i comportamenti necessari per «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

natorie, per la cui eliminazione sia doveroso l'intervento statale. Del resto, già nel pensiero classico si ha consapevolezza di quanto l'essere umano sia capace tanto di grandezze e magnificenza, quanto di profondi gesti di misantropia e discriminazioni: non a caso, nell'*Antigone*, il tragediografo usa l'aggettivo *deinos*, *vox media*, dal duplice significato di mirabile/terribile per descrivere l'uomo v. SOFOCLE, *Antigone*, vv. 332-333: «Πολλὰ τὰ δεινὰ κούδ' ἐν ἀνθρώπου δεινότερον πέλει».

²³ Gli stessi autori che sostengono la natura paradossale del principio di eguaglianza, concordano nel dire che il solo precetto formale non sia sufficiente a garantire l'insorgere delle discriminazioni: tuttavia, mentre le disuguaglianze prodotte dal paradosso sono più apparenti che reali – in quanto poste in essere pur sempre in attuazione del principio di eguaglianza – in assenza di paradosso (*rectius*: in assenza del precetto di eguaglianza sostanziale) saremmo, invece, di fronte alle disuguaglianze vere e proprie che la realtà sociale genera, senza avere alcun mezzo per abbattele.

²⁴ Da intendersi come «fatto normativo e sociale», secondo la nota ripartizione di Santi Romano, v. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, p. 78.

FEDERICA CIARLARIELLO*

DAL MARE VERRÀ OGNI BENE:
MEMORIA, STATO E CITTADINANZA EUROPEA
NELLA GRECIA DELLA CRISI ECONOMICA¹

The analysis of the book fleshes out various profound issues concerning the general theory of the state. The brief reviews of Halbwachs' social memory and Ricoeur's active oblivion allow us to point out elements of the living constitution in the collective effort of passing down memories and traditions. The daunting conditions in Greece make us reflect upon the rights connected to being a citizen. Habermas' and Balibar's views outline the boundaries of European citizenship and constitution.

SOMMARIO: 1. *Dal mare verrà ogni bene*, le trame e gli intrecci dei racconti. – 2. La memoria e la sua elaborazione come strumento di costruzione della identità collettiva. – 3. Cittadinanza e spazio pubblico europeo.

1. *Dal mare verrà ogni bene, le trame e gli intrecci dei racconti*

Dal mare verrà ogni bene è una raccolta di quattro racconti scritti da Christos Ikonou, pubblicati in Italia per Elliot editore nel 2014, con una traduzione a cura di Alberto Gabrieli.

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Dottor Nicola Cezzi, dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso Sapienza Università di Roma.

¹ Nota introduttiva.

La lunga digressione sulle trame, l'uso abbondante delle citazioni e lo stile argomentativo informale hanno lo scopo di coinvolgere quanto più possibile il lettore nell'atmosfera e nelle sensazioni che regalano il romanzo e provare a restituire l'esperienza di studio vissuta nel seminario di Diritto e Letteratura. Il lavoro svolto ha messo in luce le grandi linee di continuità teorica tra il diritto e la letteratura, a

Le storie narrano le difficoltà ed i sentimenti, i pensieri e le aspirazioni di uomini e donne che, per sfuggire alla povertà e alla miseria nelle quali riversa la Grecia nel pieno della crisi economica, si trasferiscono su un'isoletta del Mar Egeo, trovandola inospitale e crudele quanto la terra abbandonata, corrotta e frustrata, controllata da gente senza cuore e senza ambizioni, «i ratti».

I racconti sono intrisi di rabbia e protesta, narrano storie tragiche di ricerca di dignità e di giustizia, sono pagine fitte di passione e umanità.

È di umanità il grido disperato di Tassos, protagonista indetto del racconto *Inghiottirò i vostri sogni*. Tassos è un uomo a cui letteralmente è stato tolto il sorriso, poiché in una delle tante violenze subite dai controllori dell'Isola ha perso gli incisivi ed ora si vergogna a mostrare la sua bocca sghemba. Le vessazioni subite lo porteranno al suicidio, una scelta presa per dignità e per libertà, senza gesti eroici e senza lasciare segno. Scomparirà silenziosamente in una caverna lasciando alla comunità a cui apparteneva il compito di continuare a lottare, di «cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio»².

Altrettanto tragica è la condizione vissuta da Chronis, un giovane disabile di cui seguiamo l'ironica e tagliente riflessione sulle sue condizioni di vita nel racconto *Ammazza il tedesco*. La scelta che turba il ragazzo? Intervenire o non intervenire per salvare una giovanissima donna dagli abusi subiti da un vecchio suo dirimpet-

partire dall'ermeneutica e la stilistica giuridica, oltre che la frequente vicinanza di contenuto negli studi delle due grandi branche di approfondimento umanistico. Ma gli studi di Diritto e Letteratura hanno offerto di più, caricando le narrazioni letterarie della potenzialità di offrire stimoli alla riflessione giuridica, che producano l'effetto di liberare la cultura giuridica contemporanea da quanto vi persiste di arido e formalista, riconducendo gli studi giuridici al rapporto con le contraddizioni del reale, al viversi e al divenire del diritto. Nel 1924 Piero Calamandrei scriveva: «dalla lettura di certe pagine di romanzi, nelle quali si descrivono con linguaggio profano i congegni della giustizia in azione, è assai spesso possibile trarre un'idea precisa, meglio che da una critica fatta in gergo tecnico e in stile cattedratico, del modo in cui la realtà reagisce sulle leggi e della loro inadeguatezza a raggiungere nella vita pratica gli scopi per i quali il legislatore crede di averle create» (*Le lettere e il processo civile*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, I, p. 204). Il lavoro svolto è un tentativo, sicuramente parziale, di percorrere la direzione tracciata da queste illustri parole.

Per ulteriori approfondimenti v. G. MINDA, *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, ed. italiana di M. BARBERIS (a cura di), trad. di C. Colli, e P. HABERLE, *Poesie und Verfassung - unter Einbeziehung von Drehbüchern aus Filmen*, in *Diritti comparati*, n. 1/2018.

² I. CALVINO, *Le Città Invisibili*, Torino, 1972.

taio, il tedesco? Sarà l'espedito narrativo tramite cui riflettere sul rapporto tra responsabilità personale e collettiva e quindi tra persona e Stato. L'abbandono iniziale ad un'ottica anarcoindividualista verrà ribaltata dall'eroico gesto di cui, però, non conosceremo mai gli esiti. La scalinata che conduce alla stanza dove si compie la violenza, lungo cui Chronis è costretto a trascinarsi con un coltello che gli riempie la bocca del sapore ferroso del sangue, sembra descrivere la salita che sta compiendo anche la Grecia, che non può esimersi dal suo destino eroico, dalla necessità di riscatto. Nel terzo racconto, *Il bene verrà dal mare*, esplodono le contraddizioni di una Grecia distrutta dalle disuguaglianze economiche e dal futuro precario e incerto. Lazaros compie un cammino disperato alla ricerca di suo figlio Petros, scomparso improvvisamente mentre lavorava a bordo di uno yacht. Lazaros scoprirà che il figlio è scappato dopo essere stato violentemente umiliato dal suo datore di lavoro, uno dei ratti corrotti della città. Il padre non riesce a perdonarsi di aver obbligato suo figlio ad accettare quel mestiere: convinto com'era che fossero i soldi a garantire la dignità, ancor prima che la felicità, lo ha costretto ad una vita di soprusi.

L'impossibilità di costruirsi un futuro e la disperazione per il presente ingiusto sono temi ricorrenti anche in *Aquiloni in luglio*, l'ultimo racconto. Una giovane coppia di innamorati sogna ardentemente un nuovo futuro nell'isola, in cui intendono aprire un ristorante, grazie ad uno zio tedesco che affitta loro un locale. Nell'isola il progetto non è gradito, e i due si scontrano con un sistema clientelare e mafioso, i cui membri incendieranno il locale in cui i giovani avevano investito fatica e sacrifici. Resta nei due ragazzi una forza di vita indomabile, che li porta a svolgere uno strano rito di elaborazione del dolore: faranno volare un aquilone a cui sono legati i resti dell'incendio.

2. *La memoria e la sua elaborazione come strumento di costruzione della identità collettiva*

Lo stile labirintico e l'uso abbondante dei flussi di coscienza non intendono nascondere il genere letterario che sembra annidarsi nel testo: l'epica greca. I racconti sono carichi di gesti simbolici ed eroici, sempre presente è il topos della ricerca della felicità, per i protagonisti e per l'intero popolo, più volte ci troviamo a seguire i passi del cammino dell'eroe, del suo viaggio e della sua evoluzione. Più di ogni altro torna a tormentarci il tema della memo-

ria che è profondamente collegato in tutti e quattro i racconti alla costruzione di identità, al legame che si stringe tra le tradizioni e la memoria collettiva, tra questa e la comunità.

Se nella *Teogonia*³ la memoria è impersonata da Mnemosyne, la dea che ha il ruolo di suggerire ai poeti i temi da cantare, colei che annulla la distanza tra passato e presente e getta un ponte tra il mondo dei vivi e quello degli dei (è figlia infatti di Urano e Gaia e madre delle nove muse, cantatrici divine poste a presidio del pensiero in ogni sua forma), nel periodo arcaico, precedente alla scrittura, la memoria aveva un vero e proprio ruolo istituzionale. Era demandato agli mnemoni il compito di ricordare il passato e di dare suggerimenti a chi prendeva decisioni legali. Erano gli mnemoni ad essere depositari di una memoria vivente, che permetteva di istituzionalizzare la memoria collettiva, di riconoscerla nella sua importanza sociale⁴.

Da Maurice Halbwachs in poi sono innumerevoli gli studi sul rapporto tra la memoria e l'identità collettiva.

Partendo dall'analisi della memoria individuale e collettiva, Halbwachs⁵ costruisce la categoria della memoria sociale, declinata nell'insieme di mezzi linguistici, istituzioni politiche, tradizioni culturali e tratti identitari di un gruppo. La memoria sociale costituisce lo sfondo sul quale si colloca la pluralità delle memorie collettive e, al tempo stesso, l'orizzonte di significato di quelle individuali. È la memoria sociale a delimitare la sfera pubblica.

E se è vero che la memoria di una nazione, di un gruppo sociale, dà forma ai ricordi individuali e svolge la funzione di dare continuità e coesione alla vita collettiva, non stupisce che la richiesta dei protagonisti, esiliati, dispersi, soli, sia frequentemente quella dell'oblio. «Non voglio ricordare. Non voglio ricordare niente. Abbiamo perso il lavoro, mi dico qualche volta, abbiamo perso la vita – perché non perdere anche la memoria? Perché? Perché ci hanno preso tutto il resto e ci hanno lasciato la memoria? Perché non ci hanno preso anche quella? Non ti annienta il fatto di essere diventato povero. Ti annienta ricordare che una volta non eri povero. Ecco cosa ti annienta»⁶. È la memoria del passato, più che la du-

³ ESiodo, *Teogonia*, vv. 133-138, vv. 915-917.

⁴ J.P. VERNANT, *Mito e pensiero presso i greci: studi di psicologia storica*, 1966, trad. di M. Romano e B. Bravo, revisione di B. Bravo, Torino, 1978.

⁵ M. HALBWACHS, *La memoria collettiva*, trad. di P. Jedlowski, Milano, 1987.

⁶ C. IKONOMOU, *Dal mare verrà ogni bene*, trad. di A. Gabrieli, 2016, p. 28.

rezza del presente, ad annientare i nostri protagonisti, che preferirebbero vivere senza alcuna storia alle spalle, senza ricordi. L'oblio richiesto non sembra tendere verso l'assenza di memoria collettiva, quanto piuttosto si concretizza nella volontà di filtrare i ricordi, seccarli, per conservare quelli utili alla ricostruzione della società e gettar via quelli che la impaludiscono. Non dissimile è la trattazione di Paul Ricoeur nel delineare i contorni della categoria dell'oblio attivo, la cui funzione è proprio quella di permettere la necessaria selezione dei ricordi⁷. Nell'oblio attivo rientra per Ricoeur anche il perdono, poiché ciò che viene obliato non è il passato in quanto tale ma il suo senso. Il perdono è ciò di cui necessita anche il popolo greco, perché senza perdono non c'è memoria e senza memoria non c'è vita. Nei deliri di Chronis la questione è colta con forte pathos: «La memoria è la vita, la memoria è l'amore, la memoria è la vita [...] se sopprimi la memoria sopprimi tutto, sopprimi la verità, l'amore, la vita. E se sopprimi questa vita qui, se sprechi la vita in questo mondo qui, sprechi anche la vita eterna, perché la memoria da sola è mutilata, la memoria da sola è un corpo menomato e storpiato. Il solo ricordo non basta. [...] La vita richiede azioni per vivere»⁸. Le azioni a cui si riferisce il protagonista del racconto necessitano di uno sforzo di rifondazione, un punto zero da cui ripartire, una nuova storia costituente, nuovi linguaggi e nuove tradizioni, nuova comunità. «Anche noi dobbiamo diventare come l'acqua, cancellare il passato, dimenticare il passato e ricominciare daccapo. Dobbiamo dimenticare, disse, che quanto ci aveva unito per tanti anni erano i soldi – non importa se rubati o guadagnati onestamente – e quanto ci unisce ancora adesso è il fatto che siamo ormai senza soldi. Dobbiamo dimenticare il passato e trovare qualcosa di nuovo che ci unisca, disse»⁹. Il fallimento economico della Grecia è il fallimento anche della sua comunità, che dai soli rapporti economici era legata. La necessità di una rifondazione passa tanto dalla memoria quanto dall'oblio, e trova la sua sintesi nelle tradizioni, nei gesti rituali che permettono di elaborare il lutto del fallimento e rinascere, edificare, ricostruire la collettività. L'immagine che ci offre Ikonomou nel racconto *Aquiloni in luglio* è dal forte impatto emotivo. Artemis ha convinto

⁷ P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L'enigma del passato*, trad. di N. Salomon, Bologna, 2004.

⁸ IKOMONOU, *op. cit.*, p. 49.

⁹ IKOMONOU, *op. cit.*, p. 33.

il suo innamorato a legare dei resti del ristorante incendiato ad un aquilone per liberarli in cielo. Mentre i due si trovano su una spiaggetta, la forza di vita di lei invade entrambi «Ascolta, diventerà una tradizione. Verremo qui ogni luglio, stesso giorno, e lanceremo un aquilone, che ne dici? Non è una bella idea? Lo diremo anche agli altri nel quartiere e verremo tutti insieme a far volare gli aquiloni. E ognuno legherà allo spago alcune cose sue e le lascerà appese in aria, come abbiamo fatto noi con i lampioncini e il salvagente. E ci sederemo tutti insieme con i nostri cibi e i nostri vini e guarderemo lassù per ore e ore. E poi taglieremo i cavi e lasceremo partire gli aquiloni e gli oggetti, che li prenda il vento, che svaniscano. Che te ne pare? Non sarà bello? [...] diventerà una tradizione, disse Artemis. Se vogliamo vivere qui, dobbiamo inventare nuove tradizioni, tradizioni nostre»¹⁰. Il gesto potenzia la sua carica simbolica alla luce delle tradizioni greche, secondo le quali gli aquiloni vengono liberati in cielo ogni primo lunedì di Quaresima, tanto che farlo in luglio diviene un gesto eretico. L'urgenza di inventare nuove tradizioni, di collegarsi al passato e contemporaneamente tagliare con esso, ha alla radice necessità tutte politiche. L'elaborazione collettiva che porta ad esorcizzare un passato negativo e a valorizzare la memoria positiva costruisce la dimensione sociale del tempo, che per Häberle fa parte delle costituzioni¹¹. La relazione con la memoria, argomenta Häberle, rende vivo un testo costituzionale, permette che questo rispecchi un sentimento collettivo e che si materializzi nei gesti quotidiani, nelle scelte di ognuno. Sono infatti le azioni di ogni giorno, consapevoli e inconsapevoli, a rendere vivente la Carta dei valori fondanti, con un continuo sforzo di recezione e produzione, con cui si integra l'interpretazione della costituzione, collegandola al sentire sociale.

3. *Cittadinanza e spazio pubblico europeo*

Se da un lato il testo di Ikonomou riprende alcuni topos dell'epica greca, dall'altro è profondamente intriso di realismo e cruda realtà, è uno spaccato di vita che ci riconduce alle pagine di Silone, di Pavese, di Vittorini, ai romanzi sugli ultimi e sugli sconfitti, alle storie di utopia soffocata. Tutti i protagonisti sono accomunati dal-

¹⁰ IKOMONOU, *op. cit.*, p. 120.

¹¹ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, ed. italiana di J. Luther (a cura di), Roma, 2001.

l'esilio forzato sull'isola, costretti a trasferirsi a causa delle condizioni economiche disastrose a cui la ristrutturazione del debito ha condotto la Grecia. In pochi anni i greci hanno perso tutto, e le speranze nutrite in una vita certo più umile, ma serena, vengono soffocate da continue vessazioni e violenze. In tutti e quattro i racconti i protagonisti vivono una condizione particolare: si sentono stranieri in casa propria. Vengono definiti «stranieri», «forestieri», «ateniesi», con una carica dispregiativa e violenta. Il processo di definizione è talmente forte da divenire autoriconoscimento, quali estranei, esclusi, ai margini.

Nel primo racconto il narratore di fronte al pestaggio di suo figlio, colpevole di aver scritto in un tema che desidererebbe essere una minestra per poter essere mangiato dai poveri e dai malati e farli riscaldare, sceglie di subire l'ingiustizia inerme: «Siamo soli e loro sono molti. Siamo forestieri, chi ci appoggerà?»¹². Eppure si trovano ancora in Grecia, quella che dovrebbe essere la loro patria. Nello scambio arrabbiato tra Stavros e Artemis in *Aquiloni in luglio*, si apre uno squarcio di verità: «Torna in te, ti dico. Qui siamo stranieri. Ma che cazzo di stranieri, porca puttana. Ma quali stranieri? Dove siamo, insomma? In Canada o in Australia? Non siamo anche qui nella nostra Grecia di merda? Non ha importanza dove sei ma come sei, disse Artemis. Se hai bisogno, se sei fuori dal gioco, sei uno straniero dappertutto»¹³.

La cittadinanza descritta nel racconto non è unicamente una categoria restrittiva, uno status assegnato o concesso in base a specifici criteri giuridici, ma risulta differenziata anche al suo interno, a partire dalle condizioni economiche che permettono il reale esercizio dei diritti ad essa connessi, primi fra tutti quelli di giustizia e di libertà, sentimenti originari a cui l'uomo assegna il ruolo di garanzia nel diritto.

Come diceva, e anzi rivendicava, Louis de Bonald: «alcune persone sono nella società senza essere della società».

La questione sembra ben posta da Etienne Balibar nel saggio *Cittadinanza*¹⁴. Nell'argomentazione che qui ci interessa a partire dalla critica delle limitazioni poste dalla Arendt al «diritto di avere diritti» (la Arendt costruisce il suo pensiero a partire da un potere già costituito in Stato-Nazione), il filosofo francese argomenta di

¹² IKOMONOU, *op. cit.*, p. 21.

¹³ IKOMONOU, *op. cit.*, p. 100.

¹⁴ E. BALIBAR, *Cittadinanza*, trad. di F. Grillenzoni, Roma, 2012.

un potere costituente, uno spazio pubblico in cui nessuno sia escluso dal diritto di battersi per i propri diritti, arrivando a postulare la necessità di una democrazia conflittuale. L'Europa, per Balibar, risulta divisa in zone ad 'alta cittadinanza', in cui le condizioni economiche e sociali garantiscono la pienezza dei diritti normalmente connessa a questo status, e zone grigie definite a 'cittadinanza relativa', in cui l'impossibilità di accesso ai servizi, all'istruzione, alla sanità, la disoccupazione diventano indicatori di 'deficit di cittadinanza'. La linea di distinzione tra chi è portatore di diritti sociali e civili e chi ne è privo porta alla formazione di frontiere interne agli stessi stati, alcuni sono cittadini, altri stranieri. Il ragionamento di Balibar si apre alla necessità di immaginare nuove forme di cittadinanza, non escludenti come lo sono state storicamente fino ad oggi, ma includenti. L'orizzonte europeo, nella trattazione di Balibar, è quello che potrebbe permettere l'inversione di marcia, pur essendo attraversato da una profonda crisi.

«E lasciamo perdere la faccenda dell'Europa. Quale Europa? L'Europa esiste solo sulle carte geografiche e nei libri. E adesso non cominciare a tirar fuori Platone e Aristotele i Romani. Parliamo di adesso, della gente comune. Che cosa ho io in comune con un danese, uno svedese, un ceco? E si può sapere quale sarebbe stato il nostro delitto? Voler avere un tetto sopra la testa e pretendere una macchina? Quale, insomma? Dovevamo vivere ancora nelle caverne e andare con i muli? Ma bada è lì che ci farete tornare. Alle caverne con i muli. Pazienza per le caverne. Chissà dove li troveremo i muli, che prima o poi cominceremo a mangiare anche quelli»¹⁵.

La crisi dell'Europa sembra potersi riassumere tutta nello sfogo di Stavros, nella inesistenza di una comunità europea, nella mancanza di meccanismi realmente democratici ed inclusivi che permettano di incentivare (ammesso che sia possibile) una comune appartenenza. La crisi dell'Europa si evince dallo stato del debito e l'effetto delle politiche di austerità sulla Grecia, dalla divisione dell'Europa in aree di prosperità diseguali a cui corrispondono aree diseguali di sovranità.

Può ancora esistere un progetto d'Europa? La domanda è quanto mai aperta e quanto mai complessa.

Habermas, da parte sua, ha proposto una rivoluzione fiscale in cui il controllo sull'utilizzo dei flussi finanziari permetta il ripri-

¹⁵ IKOMONOU, *op. cit.*, p. 99.

stino dell'occupazione devastata dalla crisi e la riconversione delle attività produttive per la salvaguardia del territorio. Le riflessioni di Habermas sulla necessità di una metapolitica orientata verso il sociale, tramite cui si applichi all'Europa il processo circolare virtuoso di mutuo compimento tra stato democratico e nazione, sono sfociate in un progetto di Costituzione europea e tendono ad istituire una doppia rappresentanza, basata contemporaneamente sulle identità individuali dei cittadini europei e sulle identità collettive¹⁶.

In dialogo con Habermas è la tesi di Balibar¹⁷, di rifondare l'Europa su nuove basi, con un federalismo innovativo e sperimentale, all'insegna del rinnovamento della democrazia nello spazio europeo e dell'eguaglianza tra le nazioni. Balibar rintraccia il bisogno di un progresso della democrazia al di là delle forme oggi esistenti, ovvero la necessità di estendere la categoria e i contenuti della cittadinanza a livello transnazionale, partendo da un dibattito pubblico sulle scelte e le contraddizioni dell'Europa. La distanza da Habermas è sensibile. Se la crisi democratica si sviluppa in quanto deficit di rappresentanza, dovuta al fatto che non esiste nessuna possibilità istituzionale per i cittadini europei, individualmente o in quanto appartenenti a territori, di controllare effettivamente le decisioni prese in loro nome, allora sono necessari dei processi di de-democratizzazione per i quali non basta una rappresentanza parlamentare. La proposta di una Costituzione Europea di Habermas risulterebbe, in questo senso, una soluzione solo formale. Balibar propone che l'Europa attui un surplus di democrazia, in cui siano concepite altre forme di sistema di governo, come la democrazia partecipativa e la contro democrazia, dando spazio alle forme di conflitto anziché istituzionalizzando gli strumenti del suo assopimento.

¹⁶ J. HABERMAS, tra i molti contributi dell'Autore sul tema v. *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato: ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco*, Bologna, 2001; *Questa Europa è in crisi*, trad. di C. Mainoldi, Roma, 2012; *Una costituzione per l'Europa?*, trad. di M. Anastasio, Roma, 2017.

¹⁷ E. BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa?*, trad. di F. Grillenzoni, Roma, 2016.

SAVERIO BELLOCCHIO*

AUTONOMIA O SUBORDINAZIONE NEI RIDERS:
QUESTO È IL PROBLEMA?
RIFLESSIONI SUL RAPPORTO DI LAVORO
NELLA *GIG ECONOMY*
ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE

The present article highlights the rise of the so-called Gig Economy and its impact on Italian Labour Law, focusing on recent case law about the classification of 'Riders' as key players within this new industry.

SOMMARIO: 1. Che cos'è la *Gig Economy*. – 2. I *riders* secondo la giurisprudenza: autonomi ma... – 2.1. La qualificazione del rapporto in termini di autonomi da parte della giurisprudenza di I grado. – 2.2. La parziale riforma della sentenza della corte d'Appello di Torino. – 3. Cosa c'è oltre la dicotomia autonomia-subordinazione?

1. *Che cos'è la Gig Economy*

Il mondo del lavoro risente della trasformazione della società e con l'esplorazione delle nuove tecnologie mutano sistematicamente le esigenze cui i giuslavoristi devono dare una risposta. Le espressioni *Gig Economy*, *on demand economy*, *sharing economy* o «economia dei lavoretti»¹ fotografano la recente ascesa delle piatta-

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

¹ Tali espressioni sono ormai stabilmente entrate nel lessico della dottrina italiana. Vedi, a titolo di esempio, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Uber, Foodora e voucher: l'economia dei "lavoretti" è già realtà. La prendiamo sul serio?*, in *Il Fatto Quotidiano.it*, 15 novembre 2017; E. DAGNINO, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on-demand economy*, in *AdaptLabourStudies*, Adapt, 2015, approfondisce i problemi definitori della materia individuando nel termine '*on-demand economy*'

forme digitali che fungono da facilitatori per l'incontro fra domanda e offerta di servizi che possono essere i più vari, anche sotto il profilo del grado di competenza richiesta. Nonostante sia ancora praticamente impossibile riuscire a tracciare un quadro completo delle influenze della nuova industria 4.0², si individuano già forme consolidate di esecuzione della prestazione lavorativa 'non standard', fra cui il *Crowdwork* e il lavoro *on demand* via app³. Con il primo si assiste alla interconnessione, potenzialmente illimitata, di esecutori e clienti che avviene mediante piattaforma digitale. La piattaforma riceve e trasmette sul suo sito la richiesta formulata dal committente che si assicura così una forza lavoro potenzialmente infinita: la *community* del sito; di converso l'*user* ha dinanzi a sé una miriade di *tasks* fra cui scegliere⁴ senza alcun obbligo di eseguire la prestazione. In altri termini la peculiarità del *crowdworking* consiste nella totale digitalizzazione del rapporto fra realizzatore e richiedente, sebbene i siti possano differenziarsi fra loro, soprattutto in riferimento al grado di professionalità richiesta per l'esecuzione della prestazione. Nel lavoro *on demand* la piattaforma digitale assicura il *matching* fra domanda e offerta limitatamente ad attività che vengono svolte fisicamente, di conseguenza il grado di interconnessione è locale. In questo caso la digitalizzazione quindi è accompagnata dalla esecuzione fisica della prestazione⁵. Il successo delle imprese della *on-demand economy* ruota attorno a una considerevole forza lavoro, che aggregano e che viene remunerata solo per la mera prestazione svolta. Il lavoratore ne guadagna in termini di flessibilità (un vero e proprio mantra del diritto del lavoro del nuovo millennio ricercato ossessivamente da legislatori nazionali e sovra-nazionali): non ci sono orari di lavoro tassativamente predeterminati né tanto meno obblighi nell'eseguire la pre-

una maggiore idoneità a descrivere i fenomeni in esame, capace di racchiudere tutti gli schemi di *matching* predisposti da piattaforme digitali.

² A. MAGONE, T. MAZALI (a cura di), *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, 2016; A. SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in RGL, 2017.

³ Questa bipartizione è teorizzata, fra gli altri, da V. DE STEFANO, *The rise of the 'just-in-time- workforce': on-demand work, crowdwork, and labour protection in the 'gig-economy'*, International Labour Office, Geneva, 2016.

⁴ A. DONINI, *Il lavoro digitale su piattaforma*, in *Labour&Law Issues*, volume I, n. 1, 2015.

⁵ W.P. DE GROEN, I. MASELLI, B. FABO, *The Digital Market for Local Services: a one-night stand for workers?*, in *Ceps Special Report*, n. 133, 2016.

⁶ S.D. HARRIS, A.B. KRUGER, *A Proposal for Modernizing Labour Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, in *The Hamilton Project*, 2015.

stazione⁶ (o un diritto di eseguirla, di converso), ‘scegli quando lavorare’, ‘guadagna alle tue condizioni’ sono gli slogan che campeggiano sui siti web delle piattaforme. Il quadro tracciato riduce ai minimi termini una realtà piuttosto vivace e complessa che chiaramente fugge a rigide schematizzazioni ma al tempo stesso consente di individuare il grande nodo problematico per il lavoratore: quali tutele spettano a chi presta servizio nella *on demand economy*? Ossia, come qualificare il lavoro svolto alle dipendenze delle piattaforme digitali?

2. *I riders secondo la giurisprudenza: autonomi ma...*

Per cercare di comprendere l'interrogativo di cui sopra è necessario muovere da alcune considerazioni. Come ben noto, il nostro ordinamento si impernia attorno alla distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato, ma è innegabile che negli ultimi anni il puzzle sia stato fortemente complicato per la avvertita esigenza di adeguarsi al superamento dell'impresa fordista con le due categorie di riferimento che oggi sotto certi profili sembrano più vicine che mai⁷. Il lavoratore della *Gig Economy* incarna perfettamente le problematiche attuali a cui le riflessioni giuslavoristiche devono trovare rimedio. Fugge dinnanzi all'*aut aut* subordinazione-autonomia accarezzando profili e caratteristiche di entrambe le fattispecie. Recentemente anche i giudici italiani hanno dovuto affrontare il problema della qualificazione del rapporto di lavoro nella *Gig economy* e l'analisi degli arresti sarà interessante: dopo tanta letteratura italiana formatasi in poco tempo, è essenziale cercare di comprendere le regole d'ingaggio che la giurisprudenza sta approvando alla questione, pur sottolineando che le pronunce a nostra disposizione – tre fino al momento in cui si scrive – non permettono l'estrapolazione di principi generali.

2.1. *La qualificazione del rapporto da parte della giurisprudenza di I grado*

Due sono state le sentenze di primo grado che hanno qualificato i lavoratori di piattaforme digitali come lavoratori autonomi: la n. 778/2018 del Tribunale di Torino e la n. 1853/2018 del Tribu-

⁷ M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, in *Quaderni di sociologia*, n. 46, 2008.

nale di Milano⁸. Fra le molte analogie che le pronunce presentano partiamo col dire che in entrambi i casi i convenuti sono imprese che operano nell'ambito della consegna di cibi e pasti, le cui modalità di esecuzione della prestazione coincidono. Fra le parti si instaurava un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, senza alcun obbligo di reperibilità o di prestazione minima. L'accordo prevedeva la procedura da seguire per lo svolgimento dell'attività: il collaboratore mediante *app* dichiarava la sua disponibilità a lavorare in una delle fasce orarie predisposte dall'impresa senza tuttavia che fosse necessario realizzare un numero minimo di consegne e sempre tramite smartphone selezionava la consegna da portare a termine. Quali erano le conseguenze della mancata esecuzione della prestazione? «Il rifiuto o la mancata selezione di ordini di consegna, [...] concorrevano a determinare l'“abbassamento della fedeltà”, da cui discendeva la restrizione, per il fattorino, delle possibilità di prenotare in futuro gli *slot* secondo le proprie preferenze»⁹. Entrando nel merito, entrambe le pronunce, richiamando gli indirizzi consolidati della giurisprudenza della Cassazione, individuano nel vincolo di soggezione al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore la *conditio sine qua non* per poter classificare un lavoratore come subordinato¹⁰. Nelle fattispecie in esame, secondo i giudici i ricorrenti godevano della totale libertà rispetto all'*an*, al *quando* e al *quantum* della prestazione, da ciò derivando necessariamente la qualificazione dei *riders* come lavoratori autonomi. Questo è il punto cardine delle due sentenze. Partendo da questo assunto fondamentale, per il giudice milanese non può tro-

⁸ Consultabili, rispettivamente ai seguenti link: <http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2018/10/Trib.-Milano-10-settembre-2018-n.-1853.pdf>; https://www.lavorodirittieuropa.it/images/articoli/pdf/sentenza_foodora_completa.pdf n. 1853/2018.

⁹ Tribunale di Milano, sentenza citata, p. 6.

¹⁰ Nello specifico il giudice torinese si appella all'orientamento della Suprema Corte maturato in tema di qualificazione del rapporto di lavoro dei *pony express*. La questione, che impegnò lungamente la giurisprudenza nostrana fra gli anni '80 e '90 del secolo scorso, fu risolta anche in quel caso facendo leva sulla libertà dei fattorini di auto-determinare l'attività lavorativa escludendo l'applicazione della disciplina della subordinazione. Di tutto ciò dà ampio conto M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora*, in *WorkingPaperAdapt*, n. 11, 2017; è interessante prendere nota della sentenza della Pretura di Milano del 20 giugno del 1986 che giunse alla qualificazione come subordinati dei *pony express* evidenziando un processo logico che implica la lettura degli artt. 2094 e 2222 c.c. in stretto riferimento alla realtà socio-economica del caso in specie: Pret. Milano 20 giugno 1986, con nota di P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *RIDL*, volume II, 1987, accessibili al sito <https://archivio.pietroichino.it/saggi/view.asp?IDArticle=1612>.

vare applicazione neppure l'art. 2, comma 1, del d.lgs. 81/2015 perché «la scelta fondamentale in ordine ai tempi di lavoro e di riposo era rimessa all'autonomia del ricorrente»; per il Tribunale di Torino la questione nemmeno si porrebbe, aderendo alla tesi avanzata dalla parte convenuta, secondo cui «la disposizione di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 non ha un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro. La norma dispone infatti che sia applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro: è quindi necessario che il lavoratore sia pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro e non è sufficiente che tale potere si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro perché deve al contrario riguardare anche i tempi e il luogo di lavoro»¹¹. Probabilmente si sarebbe potuto attendere qualcosa in più nell'analisi dei meccanismi di reputazione digitale usati dall'impresa. La chiave per la buona resa delle piattaforme digitali passa necessariamente attraverso il mantenimento di costi di gestione bassi e un costante gradimento del pubblico per i servizi offerti. Coniugare i due aspetti è possibile offrendo al cliente la possibilità di valutare il lavoratore attraverso un voto, determinando così la sua reputazione digitale. Colui che potrà contare su un'alta percentuale di gradimento godrà di benefici che la stessa piattaforma eroga mentre un *rating* basso comporterà limitazioni alla possibilità di svolgere la prestazione¹². Un sistema così congegnato mantiene sempre alta la concorrenza fra i lavoratori e, secondo autorevole dottrina¹³, costituisce una forma di controllo del datore e di dipendenza fra il sito d'intermediazione e la propria *community*. Questo perché chi ha interesse ad eseguire con continuità prestazioni all'interno della *on-demand economy* avrà altresì interesse ad utilizzare un'unica piattaforma che, a fronte di un numero di valutazioni positive sempre crescente, renderà l'attività svolta più sod-

¹¹ La norma in questione ha dato adito a molteplici interpretazioni in sede dottrinale. Sui diversi significati che l'art. 2 potrebbe assumere si sofferma M. BIASI, *op. cit.*, p. 11 ss.

¹² E. DAGNINO, *op. cit.*, pp. 7 ss.

¹³ J. PRASSL, M. RUSAK, *Uber, Taskrabbit & co: Platforms as employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 2, 2017, E. DAGNINO, *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in *Labour & Law Issues*, volume I, n. 2, 2015.

disfacente e remunerativa. Giunti a questo punto è necessario chiedersi se questi strumenti non possano celare una forma di controllo avulsa dagli schemi tradizionali in grado, vieppiù, di materializzare addirittura un potere disciplinare¹⁴. Il Tribunale di Torino liquida la questione con un ragionamento logico che forse denota troppa superficialità: poiché non c'è un diritto per i *drivers* di eseguire la prestazione, ogni limitazione all'esecuzione della stessa (in particolare esclusione dalla chat aziendale e/o dai turni di lavoro) non può in alcun modo costituire una sanzione disciplinare. Anche nell'arresto milanese l'analisi delle implicazioni del *rating* del lavoratore si sviluppa in riferimento all'accertamento della sussistenza o meno di un potere disciplinare. L'esito dell'esame esclude la configurazione di sanzioni afflittive ma denota – precisa il giudice – «una rimodulazione delle modalità di coordinamento in funzione dell'interesse del committente ad una più efficiente gestione dell'attività, che non mette comunque in discussione la libertà del prestatore di scegliere giorni e orari di lavoro, sia pure in un ventaglio di possibilità più limitato»¹⁵. E proprio quest'ultimo aspetto messo in evidenza potrebbe condurre il ragionamento verso lidi diversi. Il sistema dei *feedbacks* usato dalle piattaforme digitali fa sì che i clienti esprimano una votazione sulla prestazione svolta dai lavoratori. Se le modalità di svolgimento delle attività vengono però rigidamente predisposte dall'impresa e accettate dal lavoratore, senza che questo abbia potere di negoziazione alcuno né nei confronti del soggetto che le predispone né verso il cliente, ovvero colui che beneficia della prestazione¹⁶, allora quella rimodulazione è il risultato di un controllo che si concretizza a monte sulla capacità del *driver* di rispettare e adeguarsi agli standard fissati¹⁷. Un controllo certamente non tradizionale, su cui però si può riflettere. L'art. 409, n. 3,

¹⁴ M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 2018.

¹⁵ Tribunale di Milano, n. 1853/2018, p. 9.

¹⁶ Riflette sugli aspetti contrattualistici del lavoro sul web A. DONINI, *Il lavoro digitale su piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, volume I, n. 1, 2015.

¹⁷ Questa tesi è stata autorevolmente esposta in B. SACHS, *Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control*, Onlabor, 20 maggio 2015, in riferimento al funzionamento nello specifico di due piattaforme, Uber e Lyft. L'autore aggiunge a quanto già riportato un'importante precisazione: se fosse lasciato ai clienti e ai lavoratori una maggiore libertà negoziale nello stabilire come la prestazione debba essere eseguita, allora ogni qualsiasi forma di limitazione allo svolgimento dell'attività che la piattaforma assumesse nei confronti di un soggetto non equivarrebbe all'esercizio di un potere di controllo. Lo scarso gradimento a livello di *rating* rappresenterebbe il rifiuto della domanda del mercato che la piattaforma aggrega rispetto al servizio offerto dal prestatore.

c.p.c., per come novellato dalla l. n. 81/2017, chiarisce i termini in cui intendere il concetto di coordinazione nella collaborazione, tracciando il confine con l'art 2 del d.lgs. 81/2015 che introduce le collaborazioni organizzate dal committente, cui si estende la disciplina del lavoro subordinato. La dottrina sembra essersi attestata su un'interpretazione del sistema tale che sia ravvisabile una collaborazione coordinata *ex art. 409 c.p.c.*, quando è il collaboratore che in piena autonomia e nel rispetto dell'accordo preso fra le parti gestisce l'esecuzione della prestazione. In altre parole, il lavoratore per poter essere qualificato come autonomo non dovrebbe subire il potere di etero-organizzazione del committente, essendo libero di muoversi all'interno del quadro tracciato mediante accordo¹⁸. È probabilmente sotto questa luce che le pronunce avrebbero potuto analizzare i meccanismi di funzionamento delle piattaforme¹⁹.

2.2. La parziale riforma della sentenza della corte d'Appello di Torino

Il *continuum* delle pronunce ora analizzate si è ben presto materializzato con l'arresto della Corte d'Appello di Torino²⁰, in secondo grado, in virtù del ricorso proposto dai lavoratori soccombenti avverso la sentenza n. 778/2018 del Tribunale di Torino. Ciò che a noi interessa è lo sviluppo del ragionamento dei giudici ai fini dell'inquadramento dei *riders*. Il primo elemento che viene in rilievo è il vincolo di subordinazione, che i ricorrenti tentano di accertare sulla scorta di una sentenza della Suprema Corte, riguardante gli addetti al banco delle giocate presso le agenzie ippiche, secondo cui la libertà di accettare o meno di eseguire la prestazione non interferrebbe sulla natura del rapporto ma sulla durata e sulla costituzione dello stesso²¹. Questo passaggio avrebbe *ex se* la forza di esaurire l'impostazione seguita nel primo grado di giudizio ma la Corte d'Appello non accoglie una tale interpretazione, in quanto

¹⁸ Sul mosaico delle collaborazioni alla luce dei recenti interventi normativi vedi G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT, n. 327, 2017; R. VOZA, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT, n. 318, 2017.

¹⁹ BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, cit., p. 11 e ss.

²⁰ Sentenza n. 26/2019 della Corte d'Appello di Torino, per il testo integrale vedere http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2019/CdA_Torino-sent.-n.-26-2019.pdf.

²¹ Corte di Cassazione, sentenza n. 3457/2018, consultabile al link http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/Cass.-sent.-n.-3457-2018.pdf.

«non solo la modalità di svolgimento della prestazione ma anche l'obbligo di lavorare sono requisiti di fattispecie nell'articolo 2094 cc.». Osservando la disciplina in tema di lavoro intermittente la caratteristica principale che l'art. 13 del d.lgs. n. 81/2015 sottolinea è il porsi a disposizione del datore; però è unitariamente riconosciuta anche la stipula di un contratto a chiamata senza che sul lavoratore gravi l'obbligo di risposta, sicché in tal caso maturerà la retribuzione solo per l'attività effettivamente svolta²². Dunque a ben vedere il nostro ordinamento già prevedrebbe un'ipotesi di esecuzione del lavoro in forma subordinata, che rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 2094 c.c., senza obbligo di risposta alla chiamata. L'appello riforma invece quanto affermato dal Tribunale sull'applicazione dell'articolo 2 del d.lgs. n. 81/2015. La tesi della disposizione apparente non convince il Collegio, secondo cui «la norma in questione individua un terzo genere, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n. 3 c.p.c., evidentemente per garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando». In tal senso la *ratio* della disposizione sarebbe l'individuazione nemmeno di un *tertium genus*, bensì di una categoria di lavoratori autonomi a cui si applica la disciplina del lavoro subordinato²³. Questa ricostruzione è tesa ad evidenziare il rapporto fra l'attività svolta dal lavoratore e l'organizzazione produttiva del committente: laddove si ravvisi una omogeneità fra il *core business* dell'impresa e la prestazione si è in presenza di un indice sintomatico della sussistenza di una collaborazione *ex art. 2*, cioè l'etero-organizzazione²⁴. La terra di mezzo che l'etero-organizzazione occupa rilevarebbe con forza laddove si inquadri l'apporto che la forza lavoro fornisce non come una monade a sé stante, ma all'interno dell'organizzazione imprenditoriale. La pronuncia in questione senza dubbio ha il merito di ri-

²² G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2017; P. ALBI, *Lavoro intermittente*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in *Adapt Labour Studies e-book series*, n. 48, 2015.

²³ A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT*, n. 296, 2016; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni organizzate e le prestazioni organizzate*, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT*, n. 272, 2015.

²⁴ Correttamente la corte dedica spazio all'accertamento della 'continuatività' intesa come non occasionalità della prestazione svolta e alle modalità d'esecuzione della stessa in riferimento al tempo e al luogo, richiesti dall'art. 2.

flettere sulla portata delle collaborazioni organizzate dal committente, squarcia il velo di Maya dell'etero-organizzazione, rimasta fino ad ora sospesa nell'iperuranio, anche se probabilmente si renderà necessario arricchirla di connotati che la rendano più facilmente riconoscibile. Eppure non torna la motivazione con cui la Corte rigetta l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento richiesto dai ricorrenti: «la domanda deve essere respinta posto che non vi è subordinazione». Perché se, sulla base di quanto afferma la pronuncia, l'applicazione dell'art. 2 significa che il lavoratore etero-organizzato resta tecnicamente 'autonomo' ma per ogni altro aspetto il rapporto è regolato dalla disciplina del lavoro subordinato, allora emerge una contraddizione nei termini del percorso logico seguito dai giudici. L'istituto del licenziamento è un connotato essenziale che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato²⁵ e che quindi dovrebbe applicarsi anche alle collaborazioni etero-organizzate: la scelta di escluderlo dal novero delle tutele applicabili operato dalla Corte d'Appello appare piuttosto irrazionale. Manca una base normativa da cui poter dedurre l'inapplicabilità del licenziamento. Il fatto che non si sia riconosciuta la subordinazione non sembra essere sufficiente a mozzare la disciplina del lavoro subordinato arbitrariamente, a maggior ragione nel silenzio della legge, e nello specifico, dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.

3. Cosa c'è oltre la dicotomia autonomia-subordinazione?

Alla luce del percorso tracciato possiamo esprimere delle considerazioni sull'intricato panorama del lavoro alle dipendenze delle piattaforme digitali. Allo stato attuale ci troviamo a veder poggiare le fondamenta del nostro sistema laboristico ancora sulla *summa divisio* autonomia-subordinazione, costellata da una serie di sotto categorie che teoricamente dovrebbero agevolare l'inquadramento del lavoratore. A tal riguardo, da un primissimo riscontro giurisprudenziale sembrerebbe emergere una nebulosità piuttosto cupa in termini di interpretazione e applicazione delle novità legislative. È innegabile la constatazione che ogni epoca nuova porterà con sé nuove zone grigie, ambigue in termini di qualificazione del lavoratore. Probabilmente la creazione di un *tertium genus*²⁶ non risolve-

²⁵ SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*

²⁶ Soluzione da più versanti caldeggiata e messa in atto in Oltremantica: S.D. HARRIS, A.B. KRUGER, *A Proposal for Modernizing Labour Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, in *The Hamilton Project*, 2015; vedi anche la

rebbe di netto i dilemmi qualificatori ma, anzi, concorrerebbe a crearne ulteriore esigenza. Eppure in un quadro organico come quello del nostro ordinamento, in cui lo spettro della protezione garantita *ex lege* per la prestazione svolta dipende dalla qualificazione, non si deve sottovalutare il problema della qualificazione dei *riders*, dacché cresce costantemente il numero dei lavoratori alle dipendenze delle piattaforme digitali²⁷. Senza dubbio lodevole è la rotta tracciata dal legislatore che con la legge n. 81/2017 ha affermato e iniziato a perseguire l'esigenza di tutela del lavoratore autonomo debole²⁸, proprio nell'ottica di distaccarsi dalla tradizionale concezione per cui quest'ultimo veste i panni del professionista che non necessita di particolari garanzie da parte dell'ordinamento. Come è stato autorevolmente notato²⁹, probabilmente *de iure condendo* le vie perseguibili nel prossimo futuro saranno essenzialmente due: consolidare l'espansione delle tutele al lavoratore autonomo debole o, in alternativa, costruire un novero di tutele adeguate ed effettive alla persona che lavora, a prescindere dalla sua qualificazione³⁰. Quest'ultima può rappresentare la grande sfida del futuro in termini giuslavoristici, che d'altronde trarrebbe linfa dal primo comma dell'art. 35 della nostra Costituzione: «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni». La creazione di un sistema universalistico di tutele tarato, secondo Perulli³¹, sull'effettiva esigenza di protezione del lavoratore a prescindere dalla sua classificazione vuol dire dotarsi di «un sistema giuridico del lavoro razionale ed equo, improntato a valori di giustizia sociali» prendendo atto che l'impiego delle categorie tradizionali, in un sistema *aut aut*, comporta una rigidità e un'incertezza qualificatoria che i soggetti più deboli sul lato dell'offerta di lavoro non possono sopportare.

sentenza del Tribunale del Lavoro di Londra n. 2202550 del 28 ottobre del 2016, che ha riconosciuto ai *drivers* di Uber la qualifica di *workers*. Per un'analisi più approfondita sulla sentenza v. L. MUNERATI, *Conducenti Uber: imprenditori o parasubordinati?*, in *LPO*, 2017.

²⁷ D. GUARASCIO, S. SACCHI, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, in *Quaderno Inapp*, 2017.

²⁸ L. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessioni*, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT*, n. 368, 2018.

²⁹ P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 4, 2017.

³⁰ G. DAVIDOV, *The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. LXIV, n. 1, 2014.

³¹ A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT*, n. 341, 2017.

BEATRICE LEUCADITO*

DALLA RETE AL NON-DIRITTO

The present article discusses the inference between the current technologies and the democratic institutions, especially focused on the spheres of legality. Slowly, but in an effective way, the myth of a never-ending growth is leading each system to its own collapse. Either from an environmental or political, juridical and cultural point of view, the price of an untamed technological progress seems nowadays very high to pay, requiring the sacrifice of fair relationships among human beings, based on dignity and equality before the Law. Disproportion in access to the basic human rights between the indigent and the wealthy, increases the imbalance into the community, that ends up desegregating the social bonding and, in conclusion, the phenomenological origin of justice.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dall'economia della metropoli alla Rete. – 3. Dal legame del cum-munia allo sradicamento metropolitano. – 4. Dalla persona alla macchina. – 5. Dalla Rete anonima alla anomia digitale. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'incidenza delle nuove tecnologie mediatiche nella vita degli abitanti delle metropoli contemporanee ha un impatto così significativo, da stravolgere la fisionomia delle strutture sociali, politiche e giuridiche tradizionali. L'inarrestabile ascesa e implementazione

* Dottoranda di ricerca in Diritto romano, Teoria degli ordinamenti e Diritto privato del mercato presso Sapienza Università di Roma. Il contributo è stato realizzato a partire dalle riflessioni degli studenti Roberta Streccioni, Gianmarco Piccone, Matteo Paladino, sollecitati dalle lezioni di Filosofia del diritto di Bruno Romano, a.a. 2017/2018.

a livello planetario del *Gestell*¹ tecnoscientifico ha dischiuso scenari e prospettive assolutamente imprevedibili e, per certi profili, inquietanti, refrattarie ad una trattazione e sistematizzazione giuridica. Laddove il mercato riesce ad imporre l'anomia mercantile, aggirando la necessità di essere disciplinato all'interno di un ordinamento ispirato alla giustizia, si sancisce il regresso verso forme di convivenza selvagge, dove la forza più forte prevale sull'interesse generale e il raggiungimento del profitto declassa ogni altro fine come inessenziale.

2. *Dall'economia della metropoli alla Rete*

L'economia si congela progressivamente dalla sua dimensione di *oikonomia*² aristotelica, che rinvia a quell'insieme di norme alla base del commercio come dimensione integrata nel tessuto sociale, in opposizione alla crematistica economica attualmente dominante – quella finanziaria –, in cui il processo di astrazione materiale non investe più solo le modalità di scambio, ma anche il suo oggetto: i prodotti finanziari subiscono una sorta di processo di sublimazione, perdendo progressivamente la materia tangibilità; si acquistano e si vendono flussi di dati all'interno di piattaforme virtuali, utilizzando sempre più di sovente valute digitali.

In questa nuova situazione storica, il diritto sembrerebbe condannato ad un fisiologico ritardo, ad inseguire un'economia sempre più lontana dal mercato come luogo di scambio e di approvvigionamento delle risorse utili alla sopravvivenza e sempre più prossima alla mistica opaca della meccanica tecnoscientifica³. Il mercato attuale fonda il funzionamento nella gestione delle informazioni che ogni *user* fornisce più o meno consapevolmente, essenziali a quell'attività di profilazione di ogni utente della rete come potenziale consumatore e, dunque, fonte di profitto.

¹ Cfr. sull'argomento M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, Milano, 1975.

² K. POLANYI, *Aristotele scopre l'economia*, in *Traffici e mercati negli antichi imperi. Le economie nella storia e nella teoria*, Torino, 1978, pp. 75-113; O. BRUNNER, *La «casa come complesso» e l'antica «economica» europea*, in *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, 1970, pp. 133-164.

³ Cfr. B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista: diritto e bio-economia*, Torino, 2008; L. DE MICHELIS, *Bio-tecnica: la società nella sua forma tecnica*, Napoli, 2008. ID., *La religione tecno-capitalista. Suddividere, connettere e competere: dalla teologia politica alla teologia tecnica*, Milano, 2015.

In questa direzione, è sempre più arduo per la giuridicità asolvere alla sua funzione, quella di garantire il diritto fondamentale a prendere la parola e, nel dialogo, nel confronto paritetico con l'altro, costruire la propria personalità come unica e irripetibile. Contrariamente, la ricerca dei signori delle reti di addivenire alla creazione di un Algoritmo Unico⁴ e Definitivo al fine di contabilizzare le preferenze, rendendo ogni istanza esistenziale nel bisogno compulsivo di accumulare merci, in rapacità consumistica. In questa cornice, lo scambio dialogico del domandare e rispondere libero e gratuito tra i parlanti si degrada nei quesiti sulle preferenze orientati a realizzare un utile, le risposte non contribuiscono alla formazione del senso, ma finiscono per confluire in indici trattati statisticamente dal *marketing*⁵. Ogni tratto disfunzionale della natura umana viene eroso e liquidato come inessenziale e in definitiva ostativo all'efficienza che il sistema impone e richiede ai suoi operatori-macchina. Anche il diritto risente di questa «fascina-zione iper-tecnicistica»: in particolare, la burocratizzazione e la meccanizzazione dell'ermeneutica giuridica, se da un lato rende più celeri ed efficienti le procedure, dall'altro ne spegne la vocazione primaria e più essenziale: mettere in gioco il giurista come artista della ragione⁶ e non come burocrate, mero specchio della legalità prodotta, indifferente alla ricerca del giusto e stabilmente orientato alla stabilizzazione delle aspettative normative promananti dal mondo techno-economico. La considerazione che tale stato di cose sia inaggrabile, un dato naturale in cui la politica e il diritto perdono la loro specificità ed autonomia per adeguarsi al paradigma dromocratico⁷ favorito dall'utilizzo del linguaggio numerico, produce nell'uomo, abitante del tecnovillaggio globale, un senso di profonda inadeguatezza e di impotenza. Quella che Günther Anders nomina come «vergogna prometeica»⁸, denuncia lo stato di insofferenza che l'uomo, come essere strutturalmente manchevole e imperfetto, si trova a vivere nel contemporaneo al cospetto della perfezione delle proprie creazioni tecniche. Calcola-

⁴ P. DOMINGOS, *L'algoritmo definitivo: la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino, 2016, pp. 26-34.

⁵ S. LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo: saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino, 1992, pp. 52-88.

⁶ B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto: sul diritto alla Filosofia del diritto*, Torino, 2005, pp. 37-44.

⁷ P. VIRILIO, *Velocità e politica: saggio di dromologia*, Milano, 1982, pp. 13-40.

⁸ Cfr. G. ANDERS, *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, in *L'uomo è antiquato*, Torino, 2003.

tori velocissimi e capaci di trattare una enorme quantità di dati contro una mente plastica ma limitata, macchine infinitamente potenti di fronte alla fragilità e alla mortalità del corpo.

3. *Dal legame del cum-munia allo sradicamento metropolitano*

Gli aggregati comunitari e il legame conviviale che si intreccia tra i consociati si sfalda nell'alienazione metropolitana per disperdersi completamente nei non-luoghi virtuali, ultimi residuati di una socialità che si presenta così deformata da non riuscire a comporsi in una unità di legami stabili, finendo per generare monadi umane incapaci di impegnarsi nel dia-logos, nella responsabilità della presenza, nell'ascolto rispettoso ed edificante della voce dell'altro. I fruitori di *social network*, si potrebbe dire, che più che navigare, restano impigliati nella rete (*Web*). Mettendo a disposizione i propri dati, gli *users*, forniscono alle agenzie che si occupano della loro profilazione il materiale su cui costruire la Società della Grande Immagine⁹. In questo orizzonte complesso, si possono richiamare gli studi di Georg Simmel sul fenomeno della moda¹⁰, che viene descritta come un'imitazione di un modello dato che appaga il bisogno di appoggio sociale e conduce il singolo sulla via che tutti percorrono; dà un universale che fa del comportamento di ogni singolo un mero esempio. Il cambiamento dei contenuti che caratterizza in modo individuale la moda di oggi nei confronti di quella di ieri e di quella di domani, la ragione fondamentale della sua efficacia è che le mode sono sempre mode di classe, che le mode della classe più elevata si distinguono da quella della classe inferiore e vengono abbandonate nel momento in cui quest'ultima comincia a farle proprie. Così la moda non è altro che una delle tante forme di vita con le quali la tendenza all'uguaglianza sociale e quella alla differenziazione individuale e alla variazione si congiungono in un fare unitario. Secondo Simmel, tuttavia, lo strumento che oggi è divenuto il più terribile dei livellatori è quanto si trova a monte del fenomeno moda: il denaro. La sua natura fungibile, inerte, lo rende versatile, consentendo di perseguire i fini più diversi, dai più nobili ai più abietti. Nulla è più spirituale ed evanescente del denaro, oggetto eminentemente simbolico e quindi

⁹ Cfr. G. DEBORD, *La società dello spettacolo*, Bari, 1968; Id., *Commentari sulla società dello spettacolo*, Bologna, 2012.

¹⁰ Cfr. G. SIMMEL, *Moda e metropoli*, Prato, 2011.

culturale, come Simmel ha messo in evidenza. Il valore di una banconota da 100 euro, in sé nient'altro che un pezzo di carta, dipende da un lato dalle norme sociali che regolano gli scambi dei beni e dall'altro dai nostri processi psichici, che consentono di attribuire ad un oggetto una funzione simbolica che eccede la sua pura materialità. In questo orizzonte speculativo il denaro, secondo Bruno Romano, opera e funziona trattando tutti secondo una quantificazione monetaria, e nel farlo nega la peculiarità dell'oggetto trattato, riducendone il valore in un prezzo definito, commensurabile.

Sottolinea: «progressivamente, nella situazione di oggi, la persona si trova in rapporto con gli elementi del suo ambiente non più come persona intera, ma nel fatto essenziale del dare e del ricevere denaro»¹¹. Il fenomeno della panmercificazione e panmonetizzazione di ogni aspetto del reale è latore di quell'atteggiamento della mera neutralità oggettiva, con cui si trattano uomini e cose, un atteggiamento in cui una giustizia formale si unisce spesso a una durezza senza scrupoli; il risultato è che l'individuo viene ridotto a un granello di sabbia, di fronte a un'organizzazione immensa di cose e di forze che gli sottraggono tutti i progressi, le spiritualità e i valori¹². Il denaro costituisce allora un *medium* indifferente, perché il linguaggio dei prezzi è costituito da numeri, e come tale non richiede di essere *compreso* attraverso l'opera ermeneutica, ma solo di essere univocamente *appreso*. Se nel diritto questo linguaggio aperto e rinviante viene abbandonato per adottare i codici binari delle macchine, se l'altro viene incontrato nella sua astrattezza e l'intenzione alla base delle sue azioni è irrilevante, il giurista rischia di diventare un tecno-burocrate, non tenuto a perseguire il giusto ma solo a dare seguito alle istruzioni della legalità¹³. Chi sostiene che un'intelligenza artificiale, una volta istruita opportunamente, potrebbe garantire in modo più accurato l'imparzialità e la terzietà dell'attività giurisdizionale, oltre che una più celere definizione delle controversie, sacrificando *l'ars interpretandi* che è un'attività peculiarmente umana, non considera che anche il *software*

¹¹ B. ROMANO, *Dalla metropoli verso Internet: persona libertà diritto*, Torino, 2017, p. 58.

¹² Cfr. G. SIMMEL, *Il denaro nella cultura moderna*, Roma, 1998. Id., *Filosofia del denaro*, Torino, 1984.

¹³ B. ROMANO, *Il giurista è uno «zoologo metropolitano»? A partire da una tesi di Derrida*, Torino, 2007; Id., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto: trenta tesi per una filosofia del diritto*, 2005-2006, Torino, 2006; Id., *Forma del senso: legalità e giustizia*, Torino, 2012.

più sofisticato non può accedere al piano del senso, che nasce *dal* e *nel* dialogo, ma può assolvere solo un compito valutativo che abbracci opzioni già date. Secondo Romano, le macchine, in virtù della loro struttura chiusa, non possono considerare gli atti umani che, per definizione non precalcolabili, rendono assolutamente impossibile sapere con sicurezza cosa l'essere umano penserà o farà nell'istante immediatamente successivo¹⁴. Poiché ognuno di questi istanti è creativo, questa situazione genera qualcosa che non è semplicemente una combinazione di ciò che già esiste. Come potrebbe un essere macchinico, che non può conoscere una dimensione altra rispetto a quella in cui opera, giudicare l'agire umano, che si realizza nel presente ma è radicato nel passato e al contempo è naturalmente rivolto al futuro?

4. *Dalla persona alla macchina*

È necessario mettere in luce un altro aspetto della macchinizzazione del fenomeno giuridico, un'ulteriore ragione di ripensamento di una serena e fiduciosa devoluzione dell'attività giuridica all'intelligenza artificiale. Se è certamente vero che la macchina è in grado di *conoscere*, attività caratterizzata dalla noia di un mero eseguire, non è invece capace di *ri-conoscere*¹⁵, che costituisce un approccio assolutamente peculiare ed esclusivo dell'uomo. Solo l'uomo è capace di empatia e può ritrovare se stesso nell'altro, a partire dal principio secondo cui l'altro mi guarda e mi *ri-guarda*¹⁶. In questa direzione aperta da Romano, il verbo riguardare assume un duplice significato: da un lato è legato al senso della vista, per cui quando rivolgo il mio sguardo verso un altro essere umano, contemporaneamente egli guarda me e così facendo diventa di mia specifica pertinenza: non nel senso che potrò oggettivarlo o assoggettarlo, ma che non gli potrò rimanere indifferente. La macchina, che non ha volto e non ha sguardo, non ha conseguentemente la possibilità di imporre o ispirare un atteggiamento etico, non è co-

¹⁴ M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010, pp. 5-20; A. ATTANASIO, *Darwinismo morale. Da Darwin alle neuroscienze*, Torino, 2010 (in particolare la parte terza, *La mente reintegrata nella natura e nella storia*).

¹⁵ J. HERSCH, *I diritti umani dal punto di vista filosofico*, Milano, 2008.

¹⁶ Cfr. E. LEVINAS, *Tra noi: saggi sul pensare-all'altro*, Milano, 2016. In particolare, sul tema dell'empatia, L. AVITABILE, *Per una fenomenologia del diritto nell'opera di Edith Stein*, Roma, 2006.

struttivamente progettata per porsi domande sul senso, non esiste un *software* capace di responsabilità e dunque gli apparati meccanici, come quelli biologici, non sono soggetti imputabili. Negli spazi virtuali di *internet*, il concetto di responsabilità sta subendo una profonda mutazione. Chi si muove all'interno della rete lo fa a partire da un profilo creato, in cui l'identità della persona reale si trova sotto traccia e agisce nell'opacità e nella irresponsabilità di un *alter-ego* che scompare nello sciame virtuale. Vivere nell'era digitale significa riconoscere anzitutto che il rapporto fra società e comunicazione subisce delle trasformazioni particolarmente significative, tali da rendere necessaria una profonda revisione delle categorie implicate. Ci sono vari aspetti che segnano un passaggio irreversibile, di cui il primo – più rivoluzionario – è che nella comunicazione digitale, le distanze spaziali e temporali non sono solo ridotte, ma vengono annullate. Questa velocità dell'informazione priva la comunicazione della riflessività e del riguardo che impone un dialogo, e in questa generale rincorsa all'accelerazione l'essere umano progressivamente smarrisce il senso del suo domandare, limitandosi a utilizzare un linguaggio impoverito della sua complessità per perseguire l'efficienza della comunicazione. L'utilizzo di *medium* digitali porta alla apparente scomparsa della controparte reale, all'appiattimento della presenza dell'altro nello streaming di dati, che consentono di spostare continuamente l'attenzione e, di conseguenza, di non dare seguito a nessuna introspezione o interpretazione ponderata. I dispositivi informatici funzionano secondo modalità binarie di *input-output*: per il loro tramite, si disimpara a pensare in maniera complessa. In questo senso, dice Byung-Chul Han: «lo *smartphone* fa avvizzire le forme comportamentali che richiedono ampiezza temporale o lungimiranza: esige rapidità e miopia, e dissolve ciò che è lungo e lento»¹⁷. In una società che rifugge il contatto visivo e verbale, si rifugia nell'Immagine. Oggi le immagini non rappresentano solo delle mere *ri-produzioni*, essendo già *produttive* di un immaginario: sono modelli finzionali. L'iconografia pubblicitaria sempre impeccabile, vivida e smagliante, interviene nella costruzione della realtà offrendone una versione ottimizzata e irraggiungibile. Le immagini rese consumabili sono distrutte nella loro particolare semantica e poetica. Grazie al *medium* digitale, è possibile produrre una grande quantità di immagini, che vengono ottimizzate rispetto al corrispettivo analo-

¹⁷ B.-C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Bologna, 2016, p. 38.

gico reale che ritraggono, denunciando una percezione della realtà come sempre inadatta, perfettibile. L'angoscia heideggeriana dell'uomo di fronte alla morte¹⁸, del suo essere una creatura esposta al passare del tempo viene esorcizzata attraverso il ricorso ai *medium* digitali che offrono la possibilità di opporsi alla fatticità del corpo, dell'invecchiamento, della finitudine. Il *medium* digitale è dunque de-fatticizzante. Quale contezza anima l'agire dello *user* che si muove in assenza dell'intenzione, ma costretto da itinerari già pre-determinati dal sistema, che non tollerano mediazioni o negoziazioni ma solo accettazione incondizionata o esclusione? Questo è lo scenario in cui il diritto si deve inserire, una condizione caratterizzata dalla mutevolezza in cui la società basa sempre meno su legami comunitari e si fa sempre più liquida, scandita da ritmi velocissimi, sprovvista di confini geograficamente definiti; alla luce di queste considerazioni la necessità è quella di privilegiare un diritto duttile, resiliente, capace di garantire la certezza delle relazioni sottraendo l'uomo all'angoscia dell'imperscrutabilità dell'arbitrio e del caos della contingenza. Il fenomeno giuridico è chiamato in questo contesto a garantire il diritto del singolo a formare la propria personalità, a contenere le minacce che conseguono ad una profilazione massificata e massificante degli esseri umani come meri consumatori, in ottemperanza ai diktat del marketing, dalla pubblicità e dalla moda. Sarà dunque capace il diritto di custodire il diritto primo dell'uomo, quello a prendere la parola e, attraverso il dia-logos, favorire l'uscita dal narcisismo caratterizzata da una perfetta identità-identificazione con la propria immagine¹⁹. Tale dialogo, nella misura in cui si configuri come autentico, deve esser retto dal principio di proporzione, deve tendere verso la realizzazione dell'equità, dell'uguaglianza, della dignità e, soprattutto, della libertà.

5. *Dalla Rete anonima alla anomia digitale*

Nell'era contemporanea, la rete di internet ha indubitabilmente acquisito una preminenza significativa. Internauti occasionali o abituali, semplici consumatori o utenti, i cittadini che utilizzano la Rete, fruiscono della possibilità di espandere la propria

¹⁸ Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 2006, §§ 50, 52, 53 e pp. 300-301, 309-314, 318.

¹⁹ Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, pp. 13-18.

conoscenza in modo esponenziale, anche se come contropartita sono sistematicamente esposti alla minaccia del vedere sistematicamente leso il diritto alla *privacy* e profondamente contratta la possibilità di formare un libero convincimento. Le attività che vengono svolte su internet non sono più meramente strumentali al vivere associato, quali semplici mezzi di trasmissione dati, costituendo altresì una vera e propria realtà parallela, fatta di informazione, mercato, comunicazione²⁰. Essendo però tale dimensione virtuale il frutto di una costruzione tecnica, mentre per gli 'addetti ai lavori' le possibilità di azione sono pressoché illimitate, i semplici utenti, sforniti di competenze informatiche specifiche, si muovono nell'opacità del funzionamento del sistema, limitandosi a ratificare percorsi già pre-formati o, laddove non li accettino, a venirne definitivamente esclusi: infatti, non ci sono margini di negoziazione rispetto al plesso partecipazione/esclusione, e per l'utente medio l'unica via praticabile se desidera prendere parte al sistema del *web* è quella di accettare in blocco le *condizioni d'uso*²¹. In ogni transazione *online*, tali condizioni non si riferiscono solamente alle clausole riguardanti la compravendita, ma anche quelle relative al trasferimento di dati personali oggi oggetto di un mercato nascosto, ma assai redditizio, dove multinazionali e aziende di *marketing* si contendono pacchetti di informazioni.

A differenza degli ordinari contratti d'adesione commerciali, che registrano variazioni da società a società, le multinazionali virtuali adottano le medesime politiche sul trattamento dei dati personali: questa situazione, caratterizzata dalla sproporzione tra chi offre un servizio e chi ne usufruisce, disegna i profili di un oligopolio di fatto. La confluenza dei dati raccolti in un *database di massa*, che raccoglie le preferenze e le propensioni di chi naviga, avviene attraverso le ricerche che quotidianamente si effettuano per mezzo dei *search engine*, che vendono queste informazioni a società terze grazie al consenso accordato (più o meno consapevolmente) dagli stessi internauti, attraverso le tracce informatiche lasciate sulle autostrade della Rete. Romano afferma che, per quanto possa essere accurato un algoritmo che preveda e anticipi i gusti di un soggetto, non potrà mai riuscire a ricompre-

²⁰ M. CONTINI, *La comunicazione intersoggettiva fra solitudini e globalizzazione*, Pisa, 2011, pp. 143-160.

²¹ M. DUGAIN, C. LABBÉ, *L'uomo nudo: la dittatura invisibile del digitale*, Salò, 2016, pp. 75-114; I. QUARTIROLI, *Internet e l'Io diviso*, Torino, 2013, pp. 149-195.

dere i centomila volti dell'animo umano, a confinarli in una identità unica e univoca, perché l'essere umano non agisce in base a schemi predeterminati ma in forza della propria libertà, che disattende e tradisce ogni tentativo di riduzione di un *io* ad un *me impersonale*²². Mentre lo spazio terzo del diritto, necessario per avviare la ricerca dialogica della verità non può essere rivendicato come proprietà da nessuno, ma indiscriminatamente chiede a tutti di prendervi parte e di contribuire alla formazione di ipotesi ed interpretazioni. La stessa libertà di parola e di replica non è concessa all'interno della Rete, i cui spazi appartengono a chi li acquista. Secondo Marc Augé la Rete è un non-luogo, che se da un lato ha reso le comunicazioni più celeri ed efficaci, al contempo ha visto i contenuti di queste comunicazioni svuotarsi qualitativamente²³: tale sradicamento dalla dimensione intersoggettiva e relazionale può essere descritta, secondo l'antropologo, come una *etnologia della solitudine*²⁴.

Quali sono le conseguenze e le ricadute economiche dell'economia digitale o *New Economy*? Negli scambi in rete che avvengono alla velocità di un *bit*, anche il sistema delle regole tarato sull'economia tradizionale è messo in crisi. Non è sufficiente trasfondere il sapere giuridico pre-esistente né adattare lo strumentario normativo disponibile per disciplinare una materia così complessa, innovativa e sfuggente. Occorre altresì ripensare una generazione inedita di diritti specificamente riferiti al *web*, non limitandosi alla logica di estensione del già dato ma cercando di configurare soluzioni originali lungo l'asse del riconoscimento della dignità degli utenti/internauti, davanti al super potere delle multinazionali digitali.

6. Conclusioni

Nell'economia dell'informazione, dove si suggella il primato della finanza sull'economia reale e sulla produzione dei beni, il pericolo che si profila è quello della re-instaurazione di un «neo-

²² Cfr. B. ROMANO, *Dono del senso e commercio dell'utile: diritti dell'io e leggi dei mercanti*, Torino, 2011.

²³ W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, Torino, 2004; M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, Milano, 2007; ID., *Logica e linguaggio*, Milano, 2008.

²⁴ Cfr. M. AUGÉ, *Nonluoghi: introduzione a una antropologia della surmodernità*, Milano, 2005; ID., *L'antropologo e il mondo globale*, Milano, 2014; ID., *Che fine ha fatto il futuro? Dai nonluoghi al nontempo*, Milano, 2009.

medievalismo istituzionale», inadatto ad elaborare categorie interpretative adeguate alla complessità delle istanze che si manifestano nel presente.

Tali riflessioni portano molti operatori del diritto ad avviare una seria riflessione sulla possibilità di elaborare un processo di costituzionalizzazione della rete, le cui direttrici fondamentali sono essenzialmente due: da una parte garantire un quanto più ampio accesso alla Rete possibile, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale, mentre dall'altro, tutelare i diritti fondamentali dei cittadini elettronici, e non affidarli alla imperscrutabilità della anomia digitale²⁵.

²⁵ Cfr. sul tema: E. LUTTWAK, *La dittatura del capitalismo. Dove ci porteranno il liberalismo selvaggio e gli eccessi della globalizzazione*, Milano, 1999; S. LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia*, Torino, 2012.

FRANCESCO TOMASICCHIO*

RICCARDO ORESTANO
E L'INTRODUZIONE ALLO STUDIO STORICO
DEL DIRITTO ROMANO

This present article deals with the work of Riccardo Orestano, entitled «Introduction to the historical study of Roman law», and its historical approach in the study and dynamics of law. In this paper we try to highlight some differences between the second edition and the third edition and, finally, to deepen the problem of Roman law.

SOMMARIO: 1. L'introduzione del 1961: una ricerca 'aperta'. – 2. Il problema del diritto romano.

1. *L'introduzione del 1961: una ricerca 'aperta'*

La seconda edizione dell'«Introduzione allo studio storico del diritto romano» usciva come corso litografico – come la precedente del 1953 – destinato agli studenti del corso di Diritto Romano.

Essa si colloca fra due esperienze accademiche – forse le più significative per la vita didattica del maestro – differenti: quella genovese cominciata nel 1950 e quella romana, presso 'La Sapienza', cominciata nel 1961¹. Gli studi e i lavori degli anni cinquanta ruotavano intorno a tre questioni centrali: anzitutto, la distinzione tra

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

¹ Sugli avvenimenti della e sulla sua biografia intellettuale, si veda M. BRUTTI, *Antiformalismo e storia del diritto. Appunti in memoria di Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, pp. 675 ss.; A. MANTELLO, *Nota di lettura*, in R. ORESTANO, *Scritti*, op. cit., I, XV ss.; M. CAMPOLUNGHI, *Riccardo Orestano*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. II, Bologna, 2013, pp. 1461 ss.

diritto romano e tradizione romanistica – ma anche, come vedremo nel prosieguo del discorso, attorno al famigerato «problema» del diritto romano – da cui scaturirono varie linee d'indagine 'storica' sul pensiero che va dal Rinascimento all'ottocento; in secondo luogo, il rapporto tra le categorie 'dogmatiche' moderne e lo studio del diritto romano; infine, il contributo specifico che lo studio storico – definito il «problema dei problemi»² – poteva dare alla scienza del diritto³.

Dunque, è possibile rinvenire quanto sin qui indicato in un'unica e ampia «ricerca storica»: l'«Introduzione allo studio storico del diritto romano», appunto. Come affermato dallo stesso Orestano nella prima avvertenza: «Va poi precisato che questa *Introduzione* non vuol essere un'esposizione completa della "storia della scienza del diritto", bensì solo l'esame critico di talune vicende della tradizione romanistica... Sotto questo aspetto, la presente *Introduzione* è essa stessa un'indagine storica»⁴.

Pertanto, è partendo da siffatta «indagine storica» che si dipana tutta l'esperienza giuridica, caratterizzata dalla sua «storicità» e dall'inscindibilità della ricerca positiva dalla metodologia, del *dogma* e dalla storia.

Tuttavia, in primo luogo, vorrei trattare di un aspetto particolare caratterizzante la seconda edizione dell'*Introduzione*, nonché la «ricerca aperta» lasciata in sospenso dall'Orestano nel bel mezzo della sua «indagine storica». Attraverso la lettura della seconda edizione, nell'affrontare il problema della storia mediante un lungo *excursus*, che partendo dal *Corpus Iuris* giunge sino alla Scuola storica tedesca, l'analisi dell'autore incorre in una cesura storica: dal Donello e dalla «*natura rerum*» si passa direttamente allo storicismo dell'Hugo e del Savigny, proseguendo con la Scuola storica tedesca, il metodo sistematico e, ancora, la Pandettistica. Questa cesura trova la sua giustificazione in una seconda aggiunta dall'autore⁵. Egli spiega l'impossibilità – a causa sia delle esigenze didattiche che imponevano la chiusura del corso sia del problema del-

² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

³ M. BRUTTI, *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013. Qui il Brutti afferma che lo studio storico rappresenta uno strumento efficace per tentare di soppiantare il c.d. «costruttivismo dogmatico». Tra i tanti scritti vedi anche A. LOVATO, *Storicità del diritto e Ius Controuersum nella riflessione di Orestano e Raggi*, in *Giuristi Romano e storiografia moderna*, Torino, p. 74.

⁴ R. ORESTANO, *op. cit.*

⁵ R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 203.

l'influenza delle dottrine stoiche sul pensiero del XVI secolo, che richiedevano un ulteriore approfondimento – di completare la propria indagine e, pertanto, lasciando interrotta «[...] la ricerca sulla coscienza della storicità del diritto nei secoli XVII e XVIII e sulle diverse posizioni di fronte al problema della storia, da Grozio a Vico, da Domat a Leibniz, da Gotofredo a Voltaire, da Conring a Thomasius e Wolff, da Locke a Hobbes a Montesquieu e Rousseau, dal Gravina al De Gennaro e di tante altre figure significanti di quei due secoli fondamentali per la preparazione (e la comprensione) dei movimenti di idee che sono alla base della problematica storica del XIX secolo e del nostro; è con questo rammarico (e con la speranza di poter presto completare questa ed altre lacune) che riprendo la trattazione a partire dalla Scuola storica»⁶.

Come non definirla una ricerca aperta? Questo vuoto – che sarà colmato, come vedremo, da un'acuta analisi contenuta nella terza edizione – risultava tutt'altro che indifferente agli occhi degli studiosi e, al contempo, dava la possibilità – a mio avviso alquanto suggestiva – agli studenti più curiosi di approfondire da sé quanto lasciato in sospeso dall'autore, ovvero il periodo antecedente al contributo tanto significativo quanto determinante portato dalla Scuola storica tedesca⁷. Quantunque questo mancato approfondimento si sia protratto per più di venticinque anni e, al contempo, non abbia fornito all'opera un'uniformità e cronologica e sistematica, la pubblicazione della terza edizione (nella quale viene meno l'aggettivo «storico»), invece, colma definitivamente questa lacuna⁸. Infatti, in essa, il «problema della storicità» assumeva una sua precisa e ben delineata fisionomia, oltre che un ben e più definito ordine. Vi è qui una più ampia visione dell'Umanesimo giuridico e della sua critica ai compilatori giustinianeî, ma soprattutto ciò che mi preme rilevare è l'analisi effettuata dall'Orestano sulla corrente del giusnaturalismo la postulazione di un *ordo rerum*, la sua corrispondenza a un *ordo idearum*; il suo apporto al pensiero del XVII e XVIII secolo; dei suoi diversi aspetti – causati da alcune e rilevanti divergenze filosofiche che caratterizzavano i propri pro-

⁶ R. ORESTANO, *op. cit.*

⁷ R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 241. A proposito della scuola storica tedesca, Orestano asserisce: «Fra i pregi della scuola storica vi è quello di aver spostato il fulcro della riflessione dei giuristi dalla determinazione in astratto di postulati razionali alla concreta indagine della realtà fattuale, criticamente accertata e di avere con ciò riaperto la via a un rinnovamento delle concezioni intorno al diritto e agli studi giuridici».

⁸ R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 152.

tagonisti, come la concezione di *ius naturae* in Hobbes e in Wolff – e la vivace discussione che esso animava.

Dunque, quest'ultima fase storica è segnata da una iniziale prevalenza delle teorie e delle soluzioni metafisiche sulle visioni prettamente filosofiche e, dunque, sulla coscienza della storicità.

Egli scrive, a tal proposito:

«Indipendentemente dal condividerne i fondamenti e dal credere alla sua esistenza, sta di fatto che quella del “diritto naturale” – in qualunque delle sue tante versioni – rappresenterà una delle maggiori “idee-forza” che si siano avute nel pensiero politico-giuridico»⁹.

Dalle parole di Orestano si evince l'importanza storica che la corrente giusnaturalista ricopre fra il XVII e XVIII secolo. Non solo, ma ciò che più interessa rilevare all'autore è che le molteplici novità portate da essa erano in procinto di aprire un nuovo corso per la *scientia iuris*, rappresentato dall'eclissi dell'idea di 'storicità'.

«La grande avventura dello storicismo umanistico si chiude e nuove pagine di storia si aprono, nelle quali il pensiero storico viene a subire sempre più gravi i contraccolpi del crescente orientamento filosofico che andrà assumendo la scienza giuridica. L'idea stessa di “scienza giuridica” sembra trasformarsi. Siamo nel momento storico in cui le scienze esatte e le scienze naturali cominciano a distaccarsi dalla filosofia; siamo nel momento in cui la conoscenza scientifica comincia a contrapporsi alla visione filosofica, rivendicando una propria autonomia di procedimenti... vediamo che il problema del diritto naturale tende a porsi sempre più come l'asse della speculazione giuridica... la ricerca del concreto storico rimane, così, soffocata da questa nuova ripresa della ricerca di un fondamento puramente ideale del diritto [...]»¹⁰.

Inoltre, tentando di richiamare brevemente alcuni fra i più importanti protagonisti del giusnaturalismo – avendo cercato di illustrare brevemente l'importanza del suo pensiero – occorre fare una constatazione: pur subendo una eclissi, l'idea di storicità continuerà a influenzare – come si era già manifestato nell'ambiente umanista, sebbene in guisa latente – gli stessi autori del giusnaturalismo. Infatti, risulta un'impresa ardua anche per loro operare fuori dalla 'storia'; non a caso, essi arrivano a cercare le soluzioni in una mediazione che teneva insieme due piani – quello metafi-

⁹ R. ORESTANO, *op. cit.*, 208.

¹⁰ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 641-643.

sico e quello storico – i quali, tuttavia, si ricollegano a una nozione antichissima capace di congiungerli: lo *ius naturale*, ora caricato di significati nuovi. Giungendo ora a una breve analisi sui protagonisti che animavano la corrente giusnaturalista, si suole indicare il Grozio quantomeno come precursore – non volendo qui individuare un unico fondatore – di quest'ultima. È proprio a Grozio che Giambattista Vico, nel 1715, dedicherà un commento al *De iure belli ac pacis*, tuttavia non pervenutoci. Il Vico – come affermato da Orestano – era eclettico e uno dei contributi più significativi che egli ci ha lasciato è indubbiamente rappresentato dallo studio sull'*interpretatio*.

Infatti, «tesi centrale – alludendo al pensiero del Vico – sono lo *ius esse in natura* e la “natura sociale dell'uomo”. Precedono e seguono alcune “divulgazioni”, fra cui celeberrima quella sulla definizione del *verum* e del *certum* [...]. Indi il Vico affronta la distinzione *ratio naturalis* – *ratio civilis*, affermando che solo dalla congiunta considerazione di entrambe può discendere una retta *interpretatio* del diritto romano: nel che egli fa consistere la “propria novità»¹¹.

Non solo, ma egli fa derivare da Dio i principi di ogni scienza, ribadendo l'eternità del rigore dello *ius naturale*.

Viceversa, contraria alla concezione del Vico si manifesterà quella del Muratori¹². Infine, è doveroso sottolineare come Vico consideri Grozio come il suo «autore», proprio nel periodo storico in cui il filosofo italiano cominciava a manifestare apertamente la propria critica al giusnaturalismo¹³.

Tuttavia, durante il XVII e XVIII secolo si assisterà a ricerche e opere storiografiche sempre più approfondite e ricche di nozioni, ma che d'ora in poi non avranno più quella spinta propulsiva rappresentata dalla coscienza storica che aveva così tanto animato l'Umanesimo giuridico del XVI secolo.

¹¹ R. ORESTANO, *op. cit.*, 105.

¹² R. ORESTANO, *op. cit.*, 107.

¹³ G. FASSÒ, *I «quattro autori» del Vico. Saggio sulla genesi della Scienza nuova*, Milano, 1949, p. 99 ss. Qui, Fassò mette in rilievo l'importanza che per Vico ebbe non solo il pensiero filosofico di Grozio, ma proprio la sua figura. Egli scrive: «l'affermazione di un legame tra Grozio e Vico potrebbe destar minor meraviglia se si pensasse che per qualche tempo – il tempo appunto in cui maturò la sua definitiva filosofia – egli avesse potuto non avvertire l'incompatibilità dei principi groziani con il proprio pensiero, soltanto in seguito rivelatagli; e che invece dal *De iure* avesse potuto trarre qualcosa che – col proprio pensiero compatibile non solo, ma anzi ad esso conforme – all'edificazione della sua filosofia abbia fornito una delle pietre fondamentali».

2. «Il problema del diritto romano»

Uno dei contributi più significativi – a mio avviso – di Orestano è rappresentato dalla profonda analisi svolta in merito alla problematica che attanagliava – e che probabilmente attanaglia tuttora – il ceto dei romanisti: il ‘problema’ del diritto romano e la pluralità dei suoi significati¹⁴. A tal proposito, Orestano denuncia il continuo ed inappropriato impiego dell’espressione ‘diritto romano’ che sovente storici e giuristi utilizzano per racchiudere – se non comprimere, per aggirare l’inconveniente terminologico – un fenomeno ben più multiforme e complesso di quanto si voglia far credere. In questo clima di confusione, la teoria orestaniana perviene a un ordine in un primo momento concernente una precisa terminologia dell’espressione ‘diritto romano’ e, successivamente, argomentativo, poiché l’opposizione a questa forzata *reductio ad unum* si rifletterà, *oborto collo*, negli studi dei giuristi venturi e sullo studio ‘storico’ in genere.

Asserendo questa tesi, Orestano precisa: «Il problema del diritto romano va visto sotto un duplice profilo: come “problema del diritto romano” considerato nella sua storicità, con i suoi condizionamenti, le sue connessioni, i suoi svolgimenti nell’ambito dell’esperienza romana vera e propria; come “problema del diritto romano” considerato nelle sue conseguenze rispetto alle esperienze successive... e nei diversi significati che hanno avuto e hanno i suoi molteplici procedimenti di studio»¹⁵.

Premessa questa considerazione, egli individua sei significati che non possono essere indicati semplicemente con la nozione di ‘diritto romano’, ma implicano una specificazione. Quest’ultima nozione, alludendo al diritto romano *stricto sensu*, deve essere intesa esclusivamente come «diritto romano dei Romani»¹⁶ e parte dalle origini fino ad arrivare al suo epilogo, identificato – al dir dell’autore – con il *Corpus Iuris* giustiniano. I cinque restanti significati, invece, hanno il proprio punto di partenza nell’epilogo poc’anzi menzionato – dunque, nella compilazione giustiniana – e

¹⁴ R. ORESTANO, *op. cit.*, 455.

¹⁵ R. ORESTANO, *op. cit.*, pp. 455 ss.

¹⁶ In merito all’espressione «diritto romano dei Romani», adottata da Orestano, ci tengo a precisare che quest’ultima è propria esclusivamente della terza edizione della sua *Introduzione*, pubblicata nel 1987. Nella seconda edizione – invece – Orestano utilizza l’espressione «diritto romano storico». Vedi, R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 511.

si svolgono in tempi e circostanze storiche differenti o intersecate fra loro, a seconda dei casi.

Essi sono: il diritto romano come «tradizione romanistica»; il diritto romano come «diritto comune europeo»; il diritto romano come «pandettistica»; il diritto romano come «romanistica» – nonché studio del diritto romano dei Romani cui si è fatto cenno in precedenza – e, da ultimo, il diritto romano come «romanesimo». In questa sede ci soffermeremo, brevemente, sul «diritto romano dei Romani» e sulla «tradizione romanistica».

Tuttavia, ritengo sia fondamentale precisare che questo tentato ordine non è una mera invenzione dell'Orestano – a cui bisogna attribuire il merito di averla riportata in auge e tramandata alla romanistica – e le prime tracce che ci conducono in tale direzione risalgono già al VI secolo, allorquando gli stessi compilatori giustinianeî cominciarono ad avvertire che il contenuto del proprio lavoro si stava distaccando – per evidenti ragioni cronologiche e legate alle nuove esigenze sociali – da quello dello *ius romanum*. A testimoniare l'inizio di tale distacco – come riportato da Orestano nell'*Introduzione* – è il frammento della *Constitutio Tanta*¹⁷, nella quale l'imperatore Giustiniano affermerà prima che la «*humani iuris conditio semper in infinitum decurrit*, per poi parlare di *iustitiae Romanae templum aedificatum*», contrapponendo l'opera del presente e l'oggetto del passato cui è dedicata. Questo processo di distacco sfocerà in ulteriori contrapposizioni, le quali indurranno l'imperatore a distinguere la propria figura dagli antichi legislatori romani, le *veteres leges*¹⁸ dalle proprie, financo il proprio pensiero da quello degli antichi giuristi.

Non si tratta di un singolo e sporadico episodio, ma di un'esigenza profonda di rinnovamento e, soprattutto, del tentativo di fissare un ordine, scindendo il diritto del passato – alludendo al «diritto romano dei Romani» ritenuto insufficiente ed a tratti anacronistico per il nuovo corso storico che all'epoca si andava delineando, ma tutt'altro anacronistico era il suo approfondito studio 'storico' – da quello del presente.

Un'esigenza, quest'ultima, che perdurerà nel corso dei secoli e che porterà François Hotman¹⁹ – autorevolissimo esponente della

¹⁷ Vedi *Const. Tanta* (a. 533), proem.: «*Erat enim mirabile Romanam sanctionem ab urbe condita usque ad nostri imperii tempora, quae paene in mille et quadringentos annos concurrunt [...]*».

¹⁸ Si veda la costituzione *De conceptione Digestorum*, anno 530 d.C.

¹⁹ F. HOTMAN, *Antitribonianus*, cap. XVI, Parigi, 1957.

Scuola Culta francese – nel XVI secolo a sostenere la necessità di «[...] separare lo *ius romanum* dal diritto che doveva servire al suo presente. La formulazione è naturalmente assai più raffinata, perché ormai risolta in un'ampia visione del problema giuridico, quale appunto poteva avere uno dei più storicizzanti dei Culti francesi. Ed infatti egli vagheggia – secondo quella che era una delle istanze fondamentali dell'Umanesimo giuridico – una nuova codificazione valida per il suo tempo, da sostituire all'autorità del *Corpus iuris*, contro il quale per più ragioni si scaglia, contestandone il valore pratico e dottrinario»²⁰.

Ancora, questa esigenza di rinnovamento si manifesterà financo un secolo dopo con Giambattista De Luca (1614-1683) e, dopo ancora, con Giuseppe Caseregi (1670-1737), il quale asserisce che il diritto del presente – in cui egli opera – si aggiunge allo *ius romanum*, ma che con esso non deve essere confuso: «*sub appellatione iuris communis non solum venit ius Romanum sive leges existentes in corpore iuris civilis, sed omnes limitationes, ampliaciones, declarationes, quae recepit ius commune in eadem materia*»²¹.

Questi mutamenti di pensiero che hanno colpito lo *ius romanum* e messo in rilievo l'esigenza di una nuova codificazione portano con sé un'ulteriore necessità, rappresentata da un maggior rigore concettuale e terminologico. Donde deriva la prima – ma probabilmente la più pregnante – distinzione: quella fra «diritto romano dei Romani» e «tradizione romanistica».

Quest'ultima distinzione è, ancor oggi, oggetto di dibattito e di continue contese: *in primis* – a mio sommesso parere – a causa della difficoltà – che pare colpisca la romanistica financo contemporanea – di fare chiarezza sui vari contenuti che compongono la nozione oltre che l'edificio della tradizione romanistica; *in secundis*, a causa dei molteplici propositi utilitaristici e strumentali che nelle diverse epoche storiche – in particolare fra il XIX e XX secolo – sovente si sono manifestati. Dunque, il problema del diritto romano non può che essere posto come problema storico e, di conseguenza, con esso anche quello legato alla tradizione romanistica e a una sua chiara definizione.

Per Orestano con la nozione di tradizione romanistica «vogliamo da un lato esprimere il collegamento fra le esperienze di-

²⁰ R. ORESTANO, *op. cit.*, pp. 462 ss.

²¹ Ad statutum de successione ab intestato, ricordato e illustrato da F. CALASSO, *Il concetto di diritto comune*, in *AG*, 111, 1934, pp. 59 ss.

pendenti in qualche modo dal *Corpus Iuris*; dall'altro, però, anche mettere in evidenza che si tratta di formazioni nuove e diverse... Tuttavia non si può affermare che la distinzione sia altrettanto chiara – in molti – allorché si tratta d'impostare problemi generali: ad esempio... il modo di concepire la “tradizione romanistica” e i rapporti con il diritto romano e con lo studio che oggi ne compiamo... se ci ostinassimo a usare l'espressione “diritto romano” fuori dai suoi limiti, nessuna aggettivazione potrebbe valere a individuare esattamente, nella loro peculiarità, le formazioni e gli svolgimenti che appartengono ad un'altra vicenda: quella della “tradizione romanistica”»²².

Orbene, da qui scaturisce la polemica con un altro autorevole romanista, Giuseppe Grosso. Il quale, pur non negando la *ratio* di siffatta distinzione nel campo degli studi romanistici, sostiene che «[...] è altrettanto legittimo e fondato dire che la tradizione romanistica esprime pure una vicenda storica del diritto romano, in quello del diritto romano che vi ha avuto una nuova vita; e in questo senso, nel patrimonio che ci è venuto attraverso la tradizione romanistica, si può dire che il diritto romano è ancora al centro delle polemiche di oggi»²³.

Tuttavia, con l'affermazione del Grosso si ritorna al «problema» di partenza, nonché alla perpetua confusione fra «diritto romano dei Romani» e «tradizione romanistica». Questa contaminazione – caratterizzata sopra tutto da un uso quanto mai generale e improprio dell'espressione 'diritto romano' – non ha fatto altro che disorientare gli studiosi accorpendo erroneamente le vicende appartenenti al «diritto romano dei Romani» a quelle di esperienze del tutto nuove, successive e solo in parte legate fra loro, ma appartenenti ad un'altra vicenda: quella, appunto, della «tradizione romanistica». Infatti, ad onor del vero, uno dei più profondi conoscitori dell'età di mezzo, Paul Vinogradoff ammoniva – come riporta Orestano – i giuristi, sostenendo che la storia che si accingeva a raccontare, sotto taluni punti di vista, era la storia di un 'fantasma', nonché di una seconda vita del diritto romano, diversa da quella precedente²⁴. Era inevitabile che questa divergenza di vedute – contornata da altrettanti usi linguistici divergenti – portasse ad una preannunciata «crisi del diritto romano».

²² R. ORESTANO, *op. cit.*, pp. 466 ss.

²³ G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1960, p. 12.

²⁴ P. VINOGRADOFF, *Roman law in mediaeval Europe*, Londra, 1909.

In questo dibattito storico in continuo *fieri* – e non potendo ulteriormente dilungarmi su tale problema – si è giunti (XIX sec.) a ritenere l'eccessivo 'storicizzamento' (*Historisierung*) del diritto romano come causa della sua crisi: ed ecco, ancora una volta, un'ulteriore manifestazione di improprietà linguistica a opera della romanistica dell'epoca, la quale continuava a confondere – come se non bastasse – diverse esperienze storiche. Infatti, sarebbe illusorio fare riferimento alla crisi del diritto romano come entità ed esperienza 'storica' ancora vigente; ma non per questo risulta tanto agevole inquadrare questa crisi nella «tradizione romanistica».

Seguendo la ricostruzione orestaniana, in tale contesto di crisi, l'espressione 'diritto romano' assume «così un significato che va ben oltre l'esperienza conclusa con la legislazione giustiniana e abbraccia in maniera assolutamente generica tanto il "diritto romano dei Romani" (non più suscettibile di crisi) quanto le vicende giuridiche fino a noi, in una visione che si vorrebbe unitaria, nella sua asserita "continuità"»²⁵.

Tuttavia, le circostanze potrebbero indurre financo a estendere ulteriormente la natura del problema che attanagliava il diritto romano e obiettare che questa crisi fosse anche – se non piuttosto – di natura storico-interpretativa. Pertanto, potremmo parlare anche di un problema 'interpretativo del diritto romano', ma questa congettura è da rimandare a futuri approfondimenti.

Infine, tirando le fila del nostro breve discorso e per tentare di uscire da questo complicato *impasse*, potremmo servirci del precepto dello Jhering: «attraverso il diritto romano oltre il diritto romano»²⁶. Così lo Jhering faceva il suo appello alla storicità del diritto (alla quale aveva fatto qualche cenno già un giurista italiano circa tre secoli prima, Marino Freccia), invitando gli studiosi a non perdersi nei meandri dogmatici propri della tarda pandettistica.

«E fu allora ancora una volta un rinnovamento degli studi del diritto romano, condotti da quello che si avviava ad essere la romanistica, a cooperare nel superamento della pandettistica, restituendo al diritto romano la sua storicità e consentendo agli studi dei diritti moderni di procedere liberi dalle pastoie degli antichi presupposti»²⁷.

²⁵ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, 1987, Bologna, p. 494.

²⁶ R. ORESTANO, *op. cit.*

²⁷ R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 496.

Inoltre, a me pare sia possibile – in seguito alla breve analisi qui svolta – rilevare come non solo il «problema del diritto romano» debba essere opportunamente posto sotto una lente ‘storica’, ma che ciò implichi altresì l’apertura da parte dello studioso ad altri aspetti come, ad esempio, l’aspetto sociologico. A tal proposito, infine, è necessario rilevare come Orestano tenda – pur rimanendo nell’ambito dello studio del «diritto romano» e della «tradizione romanistica» – ad ampliare il più possibile il campo degli studi giuridici, in una prospettiva interdisciplinare, cercando un incontro fra diritto e realtà sociale. Nello studio del diritto, dunque, non vi deve essere separazione fra fonti giuridiche e altre fonti: compito del giurista, scevro da qualsivoglia pregiudizio storico-dommatico, sarà quello di porre in relazione – e non di isolarsi – il diritto con la storia, con la realtà che lo circonda e il suo dover essere con l’essere²⁸.

²⁸ M. BRUTTI, *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013, pp. 3-34. Egli afferma: «[...] Il discorso di Orestano verte sulle categorie da usare nello studio storico: sulla scelta dei schemi descrittivi coi quali accostarsi alle esperienze giuridiche antiche. In generale, gli schemi non possono che nascere dal linguaggio e dai pensieri del presente. Ed è naturale che lo storico giurista... attinga al repertorio della propria epoca: quello entro cui si è formato... Orestano immagina la descrizione storica come un *passé-partout* per l’esame di qualsiasi materia afferente ai fenomeni giuridici... Dunque la visione storicistica... esprime teoricamente un impulso interdisciplinare. Si può trarre da essa l’obiettivo di far convergere gli specialismi e di spostare la descrizione del diritto verso il campo delle scienze sociali». Un’affermazione, quest’ultima, che riecheggia inevitabilmente l’attività propria di ogni giurista (e di ogni storico) che Orestano soleva indicare con la formula: ‘*conoscere per operare e operare conoscendo*’. Sul rapporto fra diritto e realtà sociale, si veda anche quanto scritto da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 163.

VALENTINA SFORZA*

NUOVO MECENATISMO E SPONSORIZZAZIONI

The present article's objective is to analyze the phenomenon of sponsorship of cultural resources, while demonstrating that it was already present in the past. The article presents different views on the economical exploitation of one of the most important resources of our country, cultural assets and their value as cultural heritage.

SOMMARIO: 1. Profilo storico. – 2. Strumenti. – 3. Norme di riferimento. – 4. Perché sponsorizzare? – 5. Esempi pratici. – 6. Considerazioni finali.

1. *Profilo storico*

Il mecenate si configura come colui che per il puro amore del bello, dell'arte, utilizza il proprio surplus di ricchezze finanziarie.

Prima che Gaio Cilnio Mecenate diventasse, in età augustea, il mecenate per antonomasia, ci si ricorda di Apellicone di Teo, ateniese che, secondo tradizione, oltre a incentivare l'opera di artisti, riuscì a recuperare ed a restaurare le opere di Aristotele.

Anche Carlo Magno e Federico II non mancarono di sostenere l'arte e la cultura, ma è nel Rinascimento che il significato di mecenatismo assume quello che comunemente noi conosciamo, molto simile a quello romano. L'esaltazione del mecenate, normalmente un potente signore, passa per l'ostentazione della sua magnificenza, paradigmatica la figura di Lorenzo il Magnifico. Bisogna ricordare anche le casate d'Este, dei Gonzaga, degli Aragonesi e a Milano i Visconti e gli Sforza, ma su tutte, il Papato, che rappresentarono il sostegno economico per decine di artisti in tutti i

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato prof. Alfredo Moliterni.

campi, ma tutti strettamente aggrappati al gioco dei potenti. E così, proseguendo nella storia, altri si sono offerti di sostenere artisti come poeti e scrittori quali Parini e Mazoni.

Un fenomeno interessante di mecenatismo tutto a favore del nostro Paese è poi quello che ha avuto il massimo sviluppo a cavallo tra il XIX e il XX secolo; per esempio, la famiglia Whitaker, venuta dallo Yorkshire, si è dedicata alla raccolta e alla conservazione di numerosi reperti punici in Sicilia, lasciando a Mozia in eredità pubblica una bella villa oggi adibita a museo¹.

2. *Strumenti*

‘Il moderno mecenate’ utilizza diversi strumenti, quali l’erogazione liberale e il contratto di sponsorizzazione.

Con il contratto di sponsorizzazione, il soggetto pubblico che ha la disponibilità di un bene o di un’attività, lo *sponsee*, si obbliga a fronte di una prestazione, finanziaria o tecnica, di un altro soggetto, lo *sponsor*, a consentire a quest’ultimo di associare il proprio nome, marchio e immagine al bene o attività sponsorizzata²; di mecenatismo in senso stretto si può parlare circa la creazione e l’apertura al pubblico di musei, gallerie, biblioteche, palazzi e giardini, ma non è necessario che al proprietario derivi qualche vantaggio economico, per esempio fiscale, l’importante è che l’apertura al pubblico non sia fatta prevalentemente per ottenere un reddito. È necessario, dunque, sottolineare la differenza di significato tra mecenatismo e sponsorizzazione: il primo significa espressamente aiuto e protezione liberale agli artisti e alle arti; il secondo termine indica piuttosto assunzione di responsabilità, in questo caso finanziaria, in cui si è inserito il fine di un ritorno economico che ne costituisce, poi, la motivazione principale. La sua origine va individuata nella pratica anglosassone: ottenere liberalità di denaro o altro dai privati da destinare ad opere di alta socialità in cambio di vantaggi economici, soprattutto fiscali e aumentare la disponibilità finanziaria per tali scopi sociali. Molte imprese e società hanno adottato la pratica di utilizzare come pubblicità l’erogazione di somme per il restauro di monumenti: tali spese garanti-

¹ A. MAROTTA, M.L. DE BERNARDI, *Il moderno mecenatismo e il progresso della società civile*, in *PalatiumVetus, Il broletto ritrovato nel cuore di Alessandria*, A. MAROTTA (a cura di), Roma, 2016, pp. 24-25.

² B. SIBILIO, F. DONATO e F. ANGELI (a cura di), *Governare e gestire le aziende culturali*, Milano, 2015, p. 30.

scono poi la creazione di un'immagine di encomiabile impegno civile oltrech  di alto potenziale economico, vista la prassi di mettere in detrazione le spese di pubblicit .

A tali termini, per , viene preferita l'espressione «erogazioni liberali», che comportano la necessit  della presenza di *animus donandi*, che non esclude la concomitanza di un altro interesse corrispettivo, quale la detraibilit  dell'imponibile e la necessarit  della prestazione pecuniaria³.

In ambito fiscale l'art. 38 della legge 21 novembre 2000 n. 342, introduce nel nostro sistema tributario la possibilit  di dedurre dal reddito imponibile l'importo delle donazioni in denaro effettuate a favore di enti pubblici e rivolte al sostegno di iniziative in materia di beni culturali e di spettacolo. La disciplina in esame riguarda le erogazioni operate dalle imprese, mentre trascura le liberalit  concesse dagli enti non imprenditoriali oppure dai privati cittadini.   soprattutto l'ultima esclusione a risultare assai rilevante, poich  comporta che l'intera area del cosiddetto 'mecenatismo diffuso' rimanga estranea all'ambito di applicazione della disciplina qui considerata⁴.

L'ordinamento tributario statunitense, invece, risulta ispirato ad un criterio di favore per le donazioni nello specifico campo della cultura. Per quanto riguarda le imposte federali sul reddito, le somme versate sono deducibili dall'imponibile del donatore, a condizione che il loro importo sia contenuto entro un certo limite: il 50% del reddito, se il donatore   un soggetto non imprenditoriale; il 10% del reddito, se il donatore   un'impresa⁵.

3. Norme di riferimento

L'art. 822, co. 2, cc., indica che appartengono al demanio pubblico «immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e ar-

³ N. PASOLINI DALL'ONDA, *La protezione del patrimonio storico-artistico e gli incentivi fiscali in Italia e negli Stati Uniti*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Tutela, promozione e libert  dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, 1990, pp. 245-247; p. 250.

⁴ L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2002, p. 3.

⁵ R. KATZ, *L'intervento pubblico e privato in campo artistico negli Stati Uniti d'America*. Per quanto riguarda la legislazione federale, la deducibilit  delle donazioni filantropiche   disciplinata dalla sez. 170 dell'*US internalrevenue code*, a sua volta costituente il titolo 26 dell'*US code*.

tistico a norma di legge in materia, raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche [...]»⁶.

Il fenomeno di sponsorizzazione trova radice già nella Costituzione: accanto al principio pluralista, che esclude ogni forma di monopolio pubblico nella promozione dell'arte, si deve fare riferimento al principio di solidarietà sociale (l'art. 2) che funzionalizza i comportamenti individuali al perseguimento di obiettivi d'interesse collettivo. Secondo l'art. 117 della Cost.: «sono materie di legislazione concorrente quelle relative [...] a valorizzazioni dei beni culturali e ambientali e promozione delle attività culturali».

L'art. 111 del d.lgs. 42/2004, codice dei beni culturali afferma che «la valorizzazione è un'attività di iniziativa pubblica o privata»; con il termine 'valorizzazione' ci si vuole riferire ad ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali ed ambientali e fruizione pubblica degli stessi, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura; uno tra questi strumenti di valorizzazione è la sponsorizzazione a cui il Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) dedica l'art. 120: «1. È sponsorizzazione di beni culturali ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante. Possono essere oggetto di sponsorizzazione iniziative del Ministero, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali nonché di altri soggetti pubblici o di persone giuridiche private senza fine di lucro, ovvero iniziative di soggetti privati su beni culturali di loro proprietà. La verifica della compatibilità di dette iniziative con le esigenze della tutela è effettuata dal Ministero in conformità alle disposizioni del presente codice. 2. La promozione di cui al comma 1 avviene attraverso l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo, in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare, da stabilirsi con il contratto di sponsorizzazione. 3. Con il contratto di sponsorizzazione sono altresì definite le modalità di erogazione del contributo nonché le forme del controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce»⁷.

⁶ Art. 822, co. 2 c.c., 'Demanio Pubblico'.

⁷ Art. 120, d.lgs. n. 42/2000, Codice dei Beni Culturali, riportato in *Enc. giur. Treccani*.

Il codice fissa un contenuto minimo, inderogabile dal contratto di sponsorizzazione, che deve avvenire in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto o il decoro del bene culturale da tutelare⁸. Sicché, in tal modo, si impedisce uno sfruttamento del bene che è patrimonio collettivo, altrimenti si finirebbe di fare, ad esempio, del Colosseo un mero oggetto pubblicitario, mentre ciò che si vuole mettere in risalto è il recupero e la restituzione alla collettività; certo è che il 'moderno mecenate' ne troverà un guadagno sia economico che nell'immagine, ma d'altronde, come abbiamo visto nel breve *excursus* storico, anche i Medici di Firenze al fine di far pubblicità al proprio banco, hanno arricchito la città di maestose opere.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato il 15 aprile 2016, semplifica le procedure per le sponsorizzazioni in favore del patrimonio culturale, le quali avvengono, ora, a seguito di una nuova procedura di segnalazione sui siti web. «Si compie così un passo verso l'incentivazione di un sostegno privato alla tutela e alla valorizzazione del nostro patrimonio, agevolando l'intervento non solo di mecenati e donatori, attraverso l'Art Bonus, ma anche di sponsor che ovviamente opereranno entro limiti e regole che garantiscano il rispetto e la tutela del patrimonio storico artistico della Nazione»⁹.

Infatti, l'art. 19 del suddetto codice, denominato 'Contratti di sponsorizzazione' indica:

«1. Al fine di assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, l'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a quarantamila euro, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei

⁸ M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, II ed., Milano, 2008, p. 21.

⁹ Così D. Franceschini, Ministro dei beni culturali e delle attività culturali e del turismo.

principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80.

2. Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi e/o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere e/o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi».

L'art. 151, sotto il titolo 'Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato' chiarisce che:

«1. La disciplina di cui all'articolo 19 del presente codice si applica ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture relativi a beni culturali, nonché ai contratti di sponsorizzazione finalizzati al sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura, di cui all'articolo 101 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione.

2. Resta fermo che l'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere e/o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi.

3. Per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo può attivare forme speciali di partenariato, con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1».

4. *Perché sponsorizzare?*

L'impulso all'attività di sponsorizzazione deriva:

– dalla presa di coscienza della eccezionale importanza del nostro patrimonio artistico e storico, che rappresenta la nostra

identità culturale¹⁰; l'Italia, con i suoi cinquantuno siti, si trova al primo posto della classifica dei beni riconosciuti dall'Unesco come patrimonio dell'umanità¹¹;

– dalla insufficienza delle risorse pubbliche ad esso destinate. Basti pensare che fino a qualche anno fa in molti affermavano che: 'il 60% del patrimonio culturale è in Italia e il resto è in salvo', frase che fa ben capire come ci sia stata una cultura di governo di questo paese che ha considerato la spesa per i beni culturali come superflua;

– dalla struttura decentrata. A differenza di quanto accade in Francia e in Gran Bretagna, dove gli sponsor tendono a privilegiare la capitale, in Italia abbiamo diverse capitali culturali che competono attivamente tra di loro;

– dal desiderio di potenziare la propria immagine da parte di multinazionali italiane all'estero, identificandosi nel ruolo di ambasciatore della cultura¹².

In tema di beni culturali, per godere degli incentivi, le donazioni devono essere accompagnate da una serie di adempimenti. Infatti è necessario in primo luogo che il donatore e il beneficiario sottoscrivano una apposita convenzione, e in secondo luogo che il progetto sia autorizzato dal ministero per i Beni e le Attività culturali. Si aggiunga che il ministero esercita ulteriori poteri, essendo chiamato tra l'altro ad approvare la previsione di spesa e il conto consuntivo, e a controllare l'impiego delle somme oggetto della liberalità¹³.

5. Esempi pratici

Secondo il rapporto *Mecénat en Europe* nel 1986 i finanziamenti delle imprese alla cultura avrebbero raggiunto i sessanta

¹⁰ C. BODO, *L'intervento privato nel settore dell'arte e della cultura in Italia*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Tutela, promozione libertà dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, 1990, p. 151.

¹¹ *World Heritage List* dell'Unesco.

¹² BODO, *op. cit.*, p. 152.

¹³ L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Tutela, promozione, libertà dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, 1990, p. 5.

miliardi in Inghilterra, i cento miliardi in Francia e ben ottocento miliardi in Italia in cui, però, sarebbe compresa anche la sponsorizzazione sportiva.

Con la crisi economica, le maggiori città italiane hanno sacrificato le uscite a favore di attività artistiche e culturali. In questo trend generale, però, ci sono delle eccezioni. Tra le quattordici maggiori città italiane, sono 6 quelle che nonostante la crisi, hanno aumentato la loro spesa culturale anche dopo il 2010. Tra queste spiccano, oltre a Firenze e Trieste, le maggiori città del sud: Palermo, Bari, Catania e Napoli. E in questo momento di profonda crisi ci si appoggia al mecenatismo.

L'art. 9 della Costituzione recita: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione».

Esempi pratici e attuali di moderno mecenatismo e sponsorizzazione possiamo ritrovarli nel restauro di importanti e famosi luoghi della Capitale, quali la scala cordonata del Campidoglio in Roma ad opera del finanziamento della stilista romana Laura Biagiotti, più recentemente quello della fontana di Trevi (due milioni di euro) ad opera della casa di moda Fendi, fontana poi utilizzata come scenografia per una sfilata organizzata dalla stessa maison. Ancora, la scalinata di Piazza di Spagna, sovvenzionata della maison Bulgari (1,5 milioni di euro, in occasione del 130° anniversario e della riapertura del negozio in via Condotti) e il Colosseo, ad opera di Della Valle (venticinque milioni di euro). Un'importante attività da citare è anche quella delle istituzioni bancarie nel recupero di beni culturali, soprattutto sotto forma di palazzi di particolare interesse. «Restaurare un monumento così importante, che è simbolo dell'Italia nel mondo, attraverso una forte sinergia tra pubblico e privato, è uno stimolo che vorremmo venisse seguito da altri, a partire dalle grandi realtà imprenditoriali italiane. I Beni Culturali dell'Italia rappresentano un patrimonio di bellezze che nessun altro Paese può vantare; riportarli al loro splendore ci permetterà di attirare sempre più turisti nel nostro Paese e quindi creare imprese ed occupazione diffusa nel territorio, soprattutto occupazione giovanile: giovani che avranno un lavoro ed allo stesso tempo potranno contribuire allo sviluppo culturale ed economico del nostro Paese, orgogliosi di poterlo fare. Questo non è un sogno, è vera realtà, basta volerlo fare davvero e farlo subito», afferma Diego Della Valle.

6. Considerazioni finali

Da Musgrave nella teoria 'Meritgoods' il patrimonio culturale viene indicato come un'entità astratta sottratta all'intervento imprenditoriale¹⁴.

C'è chi mette in discussione il principio stesso di sponsorizzazione come un puro ritorno in immagine ed è innegabile che le aziende non siano mosse certo da una pura filantropia artistica, considerando che il ritorno per i brand a livello di pubblicità e marketing è notevole e in termini di immagine e reputazione molto elevato e di grande prestigio. Il Professor Settis, riguardo al caso della sponsorizzazione di Tod's del restauro del Colosseo ha affermato: «Fermo restando che Diego Della Valle ha certamente offerto il suo contributo con buone intenzioni, penso che il miglior esempio in Italia sia quello degli scavi e ricerche di Ercolano, dove un industriale americano, Packard, ha dato un contributo molto cospicuo senza chiedere in cambio assolutamente nulla, nemmeno il diritto sulle fotografie dei lavori eseguiti a sue spese. Questo è mecenatismo degno di questo nome». E, continuando, in relazione all'utilizzazione di un bene pubblico per un evento privato nello scopo di recuperare le risorse necessarie al suo mantenimento ha dichiarato: «Il taglio irresponsabile ai bilanci dei beni culturali ha ridotto i nostri musei e i monumenti all'accattonaggio. La soluzione non può essere una trasformazione dei musei in location per pranzi e sponsali. La prima mossa da fare è ripristinare un decente livello di investimenti pubblici»¹⁵.

Il nodo centrale della questione sta nel fatto che nessuna amministrazione pubblica sarebbe in grado di sostenere da sola gli oneri derivanti dal restauro e dalla funzionalizzazione di vecchi edifici, destinati altrimenti al degrado.

Ciò non significa però che sia lecito affidarsi totalmente all'apporto dei privati, il che da molti è considerato come una forma di commercializzazione dei beni culturali, sicché va esclusa qualunque forma di sponsorizzazione totalmente privata¹⁶; poiché vi è

¹⁴ R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance. A Study in Public Economy*, in P. BOSI e M. MATTEUZZI (a cura di), *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Bologna, 1995, pp. 175 ss.

¹⁵ Intervista a S. SETTIS, *Così svendiamo l'anima del paese*, di G. Salari, in *Famiglia Cristiana*, 5 ottobre 2013.

¹⁶ AINIS - FIORILLO, *op. cit.*, p. 213.

il rischio che finiscano per essere realizzate opere pubbliche, od opere di pubblico interesse, che si risolvono solo in un profitto per l'impresa che le realizza, anziché per la collettività.

In conclusione possiamo sottolineare come la tutela del nostro patrimonio dovrebbe sì essere un interesse primario delle istituzioni dello Stato ma anche un interesse della comunità tutta, concludendo: «La buona politica crede nella cultura, che è elemento costitutivo della personalità del cittadino, della sua capacità di giudizio, elemento centrale per rendere più libero, indipendente il singolo individuo. La Cultura dunque deve essere al centro dell'attenzione di chi ha responsabilità istituzionali, stimolo e catalizzatore di attenzione, dibattiti, progetti, fornendo gli elementi guida ai cittadini per sviluppare le capacità di scelta e di proposta. La Cultura e i beni culturali non possono essere trattati come un bene normale, come una merce che si può comprare e vendere a seconda dell'utilità del momento.

Ricondurli ad una sfera pubblica non deve significare affidarli alla sfera politica, ma alle cure e al controllo della comunità»¹⁷.

¹⁷ Così M. Bray, Ministro dei beni culturali e delle attività culturali e del turismo del Governo Letta dal 28 aprile 2013 al 22 febbraio 2014.

VALENTINA SFORZA*

IL PROBLEMA DELLE DONAZIONI MODALI AGLI ENTI PUBBLICI: IL CASO DEI MUSEI

This article is about the administrative and scientific issues faced by Cultural Institutions, it focuses particularly on identifying ways for the Administration to manage the complexity of modal legacy.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La donazione e la pubblica amministrazione. – 3. Inadempimento del *modus* e clausola risolutiva espressa. – 4. Esempi. – 5. Conclusione e possibili soluzioni.

1. *Introduzione*

Nel nostro ordinamento, gli enti pubblici e privati possono accrescere il proprio patrimonio, al pari delle persone fisiche, attraverso atti di diritto comune come il testamento e la donazione; quest'ultime rappresentano l'unico strumento per accrescere le collezioni di opere d'arte in un momento, come quello attuale, in cui le istituzioni museali soffrono la carenza di fondi.

È di tutta evidenza, pertanto, che uno dei problemi principali sia costituito dal rapporto, che inevitabilmente viene a crearsi, tra l'autonomia museale e i vincoli che il privato prova ad imporre al museo nel momento in cui interviene l'atto di donazione.

Il donante riesce, dunque, ad imporre all'amministrazione museale le proprie richieste che si esplicano in oneri e condizioni così dettagliate da non lasciare poi a quest'ultima la necessaria discrezionalità in ordine alle modalità di utilizzo delle opere donate,

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

aspetto che conseguentemente incide sulle possibilità di fruizione degli utenti.

La donazione, come è noto, è un contratto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa un suo diritto o assumendo verso di essa un'obbligazione, così come disposto dall'art. 769 c.c.

Il nostro ordinamento prevede che la donazione possa anche essere gravata da un onere che deve essere soddisfatto dal ricevente, pena la risoluzione della donazione stessa (art. 793 c.c.). La presenza di quest'onere, o *modus*, non snatura l'essenza della donazione: la causa dell'atto è sempre lo spirito di liberalità, anche se accanto a questo si pone un interesse del donante che trova realizzazione mediante l'adempimento dell'onere stesso, il quale costituisce una modalità del beneficio¹.

Questo è il tipo di donazione che spesso ha ad oggetto le opere d'arte donate ad enti pubblici (ma anche privati).

L'incapacità attuale di risolvere la questione suddetta, costituita da interessi e necessità contrapposte, rappresentate dal *modus* da una parte e la possibilità effettiva di gestione dell'Amministrazione dall'altra, può portare alla fuga di queste opere all'estero, dove questo onere modale può trovare un maggiore accoglimento.

Bisogna, inoltre, richiamare un parallelismo tra donazione e sponsorizzazione che si caratterizzano per un interesse in ritorno di immagine e si differenziano, invece, dal mecenatismo che muove colui che per il puro amore del bello, dell'arte, utilizza il proprio surplus di ricchezze finanziarie.

2. *La donazione e la pubblica amministrazione*

Il procedimento amministrativo che si conclude con l'accettazione e la conclusione del contratto subisce un lungo percorso preceduto da contatti prima informali e poi formali.

Il donatore contatta il Conservatore della raccolta museale, il quale procede ad una valutazione di opportunità che ha ad oggetto la decisione relativa all'accettare o meno la donazione, valutando: l'autenticità dell'opera, il suo valore, sia economico che artistico, la coerenza con il percorso espositivo, etc.

L'atto di donazione dà, quindi, inizio alla procedura per l'acquisizione del bene oggetto della liberalità.

¹ Vedi la definizione di 'Modo', *Enc. giur. Treccani*.

L'amministrazione svolge una istruttoria tendente ad accertare la liberalità e a valutare preliminarmente la convenienza per essa stessa: infatti non sempre all'interesse del privato di cedere il bene corrisponde un analogo interesse pubblico dello Stato ad acquisire lo stesso, soprattutto in considerazione di una difficile collocazione e quindi fruizione pubblica del bene. Come previsto dal codice civile, qualora la donazione abbia ad oggetto beni mobili e sia considerata di modico valore, la stessa è valida anche se manca l'atto pubblico, purché si perfezioni con la consegna del bene all'ente (art. 782 c.c.); invece per le donazioni aventi ad oggetto beni mobili di un donatore abbia dichiarato che il valore del bene non è da considerarsi modico, o per i beni immobili, è necessario provvedere alla stipulazione del relativo atto pubblico a pena di nullità (art. 783 c.c.).

Più puntuale è l'istruttoria dell'amministrazione quando l'atto di liberalità è gravato da un onere; ad esempio dall'obbligo per l'amministrazione beneficiaria di esporre il bene, secondo determinate modalità². In quest'ultimo caso emergono le maggiori problematiche, ad esempio laddove vi siano motivi che portino alla necessità di spostare per un periodo di tempo l'opera in magazzino andando quindi a cassare le modalità espositive previste nel *modus*.

Risolvere questo profilo non è semplice: si potrebbe ricordare l'atto di liberalità mediante l'esposizione di una targa, durante il lasso di tempo necessario all'amministrazione per gestire le funzionalità interne, senza violare il *modus* che grava sul bene.

Bisogna inoltre considerare che la donazione non può limitare del tutto il ricevente, soprattutto laddove il ricevente è un ente pubblico a fini generali, considerando il dettato dell'art. 97 Cost., il quale esige che la pubblica amministrazione agisca secondo il principio del buon andamento e dell'imparzialità. Detto articolo si applica essenzialmente alla funzione amministrativa: la dottrina ha legato l'imparzialità al corretto esercizio delle scelte della pubblica amministrazione, che implicano ponderazione fra interessi diversi. Vi è, dunque, un rapporto stretto fra imparzialità e potere discrezionale dell'amministrazione, che si concreta nella ponderazione fra interessi pubblici, privati e collettivi. Accanto all'impar-

² L. NAPOLEONE, *Donazioni allo Stato e altri Enti*, in www.beniculturali.it/mi-bac/multimedia/UfficioStudi/documents/1266575196717_Donazione_a_Stato_e_altri_Ent_45_46i.pdf.

zialità vi è il buon andamento che la giurisprudenza ha ricondotto all'economicità, efficienza, efficacia e tempestività dell'azione amministrativa³.

3. *Inadempimento del modus e clausola risolutiva espressa*

La risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere può essere domandata dal donante o dai suoi eredi, se preveduta nell'atto di donazione, ma non può avvenire *ipso iure* in forza di clausola risolutiva espressa, *ex art. 1456 c.c.*, con preclusione di qualsiasi valutazione della gravità dell'inadempimento, sicché avuto riguardo alla natura del negozio (atto di liberalità) è da escludere che la donazione modale, in caso di inadempimento dell'onere, possa essere risolta di diritto (*ex art. 1456 c.c.*) in virtù di clausola risolutiva espressa (prevista per i contratti a prestazioni corrispettive)⁴.

La giurisprudenza ha più volte ribadito che, a fronte della mancata esecuzione del modo, dovuta a fatto imputabile al donatario, la risoluzione per inadempimento possa essere concessa solo se espressamente prevista nell'atto di donazione; qualora, invece, non sia prevista la risoluzione, non rileva la circostanza che l'adempimento del modo sia stato il motivo unico e determinante della liberalità⁵.

La dottrina, sostanzialmente concorde, chiarisce come il beneficiario del modo sia in ogni caso legittimato a chiedere il risarcimento dei danni sofferti e, quando possibile, l'esecuzione in forma specifica della prestazione⁶.

Per la Suprema Corte una clausola risolutiva espressa, se inserita nel negozio donativo, dovrebbe essere apprezzata «come espressa previsione di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere, che deve essere domandata dal donante o dai suoi eredi».

³ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 38-40.

⁴ A.A. CARRABBA, *Donazione, inadempimento del modus e clausola risolutiva espressa. Nota a Cass. Sez. II civ. 20 giugno n. 22014, e 14120*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, vol. I, p. 183.

⁵ Cass. 29 maggio 1982, n. 3329; Trib. Catania 25 marzo 1993, in *Foro it.*, 1995, fasc. 1, p. 696.

⁶ D. BOGGIALI, *Risoluzione di donazione di bene culturale per inadempimento dell'onere da parte della fondazione beneficiaria*, in *Studi e materiali*, 2009, fasc. 4, p. 1642, che riprende A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956, pp. 488 ss.

Le norme che delineano l'istituto della clausola risolutiva espressa come proprio dei contratti sinallagmatici, individuano la risoluzione come effetto automatico dell'inadempimento, quale che sia la gravità, mentre per il *modus*, che insiste su un negozio a titolo gratuito, non è stabilita una analoga disciplina, sicché resta ferma la necessità che il suo inadempimento, per poter comportare la risoluzione, non abbia scarsa importanza.

La Suprema Corte fonda la sua affermazione in ordine alla impossibilità di una risoluzione di diritto da clausola risolutiva prevista nel contratto per il caso di inadempimento della prestazione modale.

La giustificazione della limitazione per le donazioni modali della disciplina di cui all'art. 793, c. 4, c.c., sarebbe rintracciabile nella necessità di garantire una «maggiore resistenza dell'atto di liberalità rispetto alle vicende funzionali (vizi)» in grado di interferire sulla «realizzazione della causa del negozio»⁷.

Secondo la giurisprudenza, al giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione della donazione *cum onere* non potrebbe mai essere preclusa la valutazione sulla gravità dell'inadempimento della prestazione modale: «non sarebbe infatti concepibile che una pur minima deviazione rispetto ai doveri dell'onerato/donatario fosse *tout court* idonea a provocare l'automatico venir meno della liberalità».

L'istituto della donazione, che per definizione deve essere oggetto di una valutazione ponderata del devolvente ed avere una marcata resistenza agli eventi successivi, mal si concilia con l'essere esposto a facili ripensamenti del donante, ed ai relativi arbitrii, resi possibili da consentire fatuità di eventuali clausole risolutive espresse⁸.

Quest'ultimo aspetto sembra richiamare il dogma dell'irrevocabilità delle donazioni, che discende dalla natura contrattuale dell'atto di donazione.

Non sembra giustificabile la posizione che esclude la possibilità di inserire nelle donazioni clausole risolutive, la cui presenza non contraddirebbe gli elementi di liberalità dell'istituto; il suo

⁷ Cass., 28 giugno 2005, n. 13876.

⁸ A.A. CARRABBA, *Donazione, inadempimento del modus e clausola risolutiva espressa*, cit., pp. 184-185, che riprende App. Potenza, 22 gennaio 2004, in www.iu-explorer.it; in *Dir. giust.*, 2004, pp. 83 ss., con nota di M. LAMINCELLA, *Gli effetti dell'inadempimento dell'onere nella donazione modale*; e in *Nuovo dir.*, 2004, p. 610 con nota di V. Santarisiere.

inserimento è espressione di interessi interni della vicenda donativa⁹.

Al quesito circa il mutamento della natura giuridica di una donazione gravata da un onere, bisogna rispondere negativamente, alla luce del principio secondo cui «poiché in tema di risoluzione della donazione modale esiste una normativa specifica e completa, altre disposizioni non possono trovare ingresso» e la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere può essere domandata dal donante o dai suoi eredi se preveduta nell'atto di donazione, ma non può avvenire *ipso iure* in forza di 'clausola risolutiva espressa', ex art. 1456 c.c., con preclusione di qualsiasi valutazione della gravità dell'inadempimento¹⁰.

Dai principi affermati nella decisione citata e, più in generale, nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione consegue che la risoluzione per inadempimento dell'onere può verificarsi solamente nell'ipotesi in cui l'inadempimento sia grave. È però evidente che in caso di risoluzione per inadempimento il donante o i suoi eredi avranno il diritto al risarcimento dei danni subiti.

Il direttore del museo si trova allora nella difficile posizione di valutare in autonomia se l'eventuale onere apposto all'atto di donazione sia o meno grave e se accettare la relativa donazione.

La valutazione del direttore del museo risulta peraltro aggravata dalla possibile responsabilità erariale che si verificherebbe in caso di riconoscimento da parte del giudice del risarcimento del danno per inadempimento del *modus*.

4. Esempi

Nel 2016 il Comune di Cremona ha accettato una donazione di una Collezione di incisioni del pittore E. Della Torre disposta dall'Autore a favore del Museo Civico. In questo caso il donante ha posto una condizione: «... le mie opere saranno ognuna messa sotto passepartout a cartella, catalogate e conservate unite... e la città di Cremona provvederà a far conoscere la mia opera incisoria ai cittadini mediante esposizioni pubbliche...». Dopo lunghe trat-

⁹ V.G. PALAZZOLO, *Interessi familiari e tutela dell'attribuente nella donazione modale*, in *Dir. fam.*, 2005, pp. 666 ss.; V.G. PALAZZOLO, *Crisi della donazione pura ed evoluzione degli interessi del donante*, in *Riv. priv.*, 2010, pp. 77 ss.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. II, 2014, n. 14120.

tative l'amministrazione ha concluso che assolverà a tale impegno compatibilmente con le sue disponibilità, tramite l'assunzione di provvedimenti e per quanto riguarda la parte espositiva, secondo valutazioni del Conservatore competente¹¹.

Nello specifico, il problema relativo a questa donazione era il numero elevato di opere che dovevano essere messe sotto *passerpartout* e il relativo gravoso impegno economico posto a carico dell'amministrazione.

Bisogna, poi, comprendere il significato dell'espressione 'compatibilmente con le sue disponibilità' infatti, in accordo con il donante, pur accettando la donazione, è stato stabilito di rimandare l'effettiva operazione ad un momento in cui l'amministrazione avesse effettivamente avuto la disponibilità finanziaria per adempiere all'onere. Nel 2019, invero, verrà organizzata una mostra personale del Maestro, ponendo tutte le opere sotto *passerpartout*, assolvendo, quindi, al *modus* imposto ad origine dal donante.

In un altro caso, quello del Regolamento in materia di donazioni di opere d'arte e per l'organizzazione e la cura delle mostre temporanee e permanenti al Complesso Monumentale dello Steri dell'Università degli Studi di Palermo, l'Università stessa si riserva la facoltà di utilizzare le suddette opere per esposizioni in mostre temporanee, a rotazione o permanenti, nei locali di propria pertinenza o in qualsiasi altro luogo in Italia o all'estero¹².

5. *Conclusioni e possibili soluzioni*

Le problematiche esposte impongono di indicare possibili soluzioni.

In primo luogo, si ritiene necessario un intervento finalizzato alla previsione di linee guida volte a semplificare il ruolo del direttore del museo che voglia accettare donazioni senza essere esposto a vari tipi di responsabilità. Si tratta di atti di indirizzo interni al ministero a supporto degli enti: tali linee guida dovranno esplicitare i limiti entro cui possano essere accolte e soddisfatte le condizioni dettate dal donante, invogliandolo da un lato a compiere l'atto di liberalità e dall'altro impedendo che il suo potere contrat-

¹¹ Cfr. atto di accettazione del Comune di Cremona, determinazione dirigenziale, Settore Cultura Musei e City Branding.

¹² Cfr. il regolamento in materia di donazione di opere d'arte dell'Università degli Studi di Palermo, Area Patrimoniale e Negoziabile, Decreto n. 4109 del 2015.

tuale sia sbilanciato rispetto all'esigenza del direttore del museo di acquisire l'opera.

L'emanazione di linee guida potrebbe costituire la soluzione più ideale in quanto da un lato, trattandosi di uno strumento elastico, preserverà l'autonomia del direttore del museo, che non sarà vincolato nella scelta da compiere ma, dall'altro, neanche abbandonato a sé stesso, potendo comunque indirizzare il suo operato sulla base di valutazioni conformate alle suddette linee guida.

ANTONIO SQUILLANTE*

LA TUTELA AUTORIALE DELL'INDUSTRIAL DESIGN

With the 71/98 CE legislation is sanctioned the principle of accumulation of the protection of the industrial design as design or model linked to the author's rights. This article is focused on the evolution of the definition of the requirements of the artistic value and creative nature of design or model that allows the access to the Author's rights discipline.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Che cos'è l'*industrial design*? – 3. I requisiti di accesso alla tutela d'autore. – 4. Il requisito del valore artistico. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Prima dell'attuazione della dir. 71/98 CE, la legge italiana prevedeva che la tutela di diritto d'autore dell'arte applicata all'industria fosse subordinata alla scindibilità del valore artistico dell'opera dal carattere industriale del prodotto cui era legata. Quest'impostazione implicò un'applicazione piuttosto limitata di tale tutela. Esempio pratico fu l'esclusione della tutela autoriale del c.d. design di forma o tridimensionale anche nei casi di creazioni celebri, come quelle di Le Corbusier¹.

Con la suddetta direttiva viene sancito il principio del cumulo della protezione dell'opera di design come disegno e modello insieme con quella autoriale, lasciando al legislatore nazionale la definizione dei requisiti di accesso. Il legislatore italiano ha, dunque, abrogato il controverso criterio della scindibilità, aggiungendo al catalogo delle opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore anche

* Studente del corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Marilena Filippelli.

¹ P. FABBIO, *Disegni e modelli*, Lavis, 2012, pp. 184 ss.

quelle del disegno industriale. Nonostante l'evidente passo in avanti mosso in favore della generale disciplina della proprietà intellettuale, si è fatto ricorso a definizioni piuttosto aspecifiche dei requisiti di accesso alla protezione concessa dal diritto d'autore².

2. Che cos'è l'*industrial design*?

Il nostro sistema prevede la possibilità di tutelare mediante registrazione i c.d. modelli industriali, distinti in modelli di utilità e disegni e modelli.

L'art. 31 c.p.i., in accordo con la Direttiva 71/98 CE, definisce il disegno e modello come «l'aspetto dell'intero prodotto o di una sua parte quale risulta, in particolare, dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale e/o dei materiali del prodotto steso e/o del suo ornamento».

Oggetto della registrazione sono, dunque, le peculiarità bidimensionali e tridimensionali dell'aspetto esteriore del prodotto o di una sua parte³. Costituiscono oggetto di registrazione come disegno o modello le caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale o dei materiali del prodotto stesso o del suo ornamento. Sono tutelabili solo gli elementi percepibili esteriormente. Tuttavia, il limite della visibilità può essere superato nel momento in cui si considera che possono essere oggetto di registrazione anche le caratteristiche del prodotto percepibili con sensi diversi dalla vista e, in particolare, il tatto. Potranno essere registrate anche alcune caratteristiche intrinseche del prodotto, quali il peso, la flessibilità, i materiali, se conferiscono al prodotto delle peculiarità estetiche.

Risulta, dunque, chiaro che la registrazione di un disegno o modello rileva per una vasta gamma di prodotti dell'industria, della moda e dell'artigianato. In particolare, la tutela si estende dagli strumenti tecnici agli orologi, gioielli e altri beni di lusso, dagli accessori per la casa, giocattoli, mobili ed accessori elettrici, alle automobili e strutture architettoniche, dai motivi dei tessuti agli articoli per lo sport. Rileva anche il *packaging* e il lancio sul mercato del prodotto.

² A. MAZZARO, *Articoli da decoro di interni: tutelate come opere del disegno industriale le creazioni della Thun*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 55, 2017, pp. 1 ss.

³ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza*, Lavis, 2016, pp. 467 ss.

Chiari esempi di disegni o modelli sono: il quadrante dalla scocca trasparente degli orologi della Swatch, la Balance Board della Nintendo Wii, la lampada da terra a forma di arco del celebre designer italiano Achille Castiglioni.



La registrazione del disegno o modello non implica una specifica gradevolezza estetica, ma sarà necessario che l'opera dell'ingegno sia dotata di novità, individualità e liceità⁴. In particolare, la novità è intesa come non divulgazione anteriore del modello prima della registrazione; l'individualità implica che il modello, preso nella sua interezza, susciti nell'utilizzatore un'impressione differente rispetto ad un modello precedentemente registrato; infine la liceità implica la non contrarietà del prodotto dell'ingegno all'ordine pubblico, al buon costume o ad uno dei dettami di cui all'art. 6 *ter* della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà intellettuale.

È altresì necessario precisare che il nostro codice della proprietà intellettuale, riprendendo il principio già sancito nella direttiva all'art. 36, esclude la tutelabilità di quelle forme del prodotto correlate esclusivamente alla sua funzione. Si esclude, dunque, la registrazione per le forme ergonomiche di carrozzerie, volanti e manubri o le forme anatomiche di sedie, divani e materassi⁵.

L'assenza dei requisiti suddetti implica la nullità della registrazione che, come si evince dall'art 43 c.p.i., può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse e può essere rilevata anche d'ufficio.

⁴ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, pp. 531 ss.

⁵ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza*, Lavis, 2016, pp. 467 ss.

La corretta registrazione del disegno determina una protezione quinquennale, prorogabile su richiesta del titolare fino a venticinque anni. Tale tutela implica il diritto di utilizzazione esclusiva del prodotto e la possibilità di vietare a terzi di utilizzarlo senza consenso.

3. *I requisiti di accesso alla tutela di diritto d'autore*

Un'opera protetta come disegno o modello può, allo stesso tempo, essere tutelata dal diritto d'autore.

La legge di attuazione della Direttiva 71/98 CE ha introdotto anche in Italia la possibilità di un cumulo tra la tutela della registrazione come modello *tout court* e tutela autoriale.

L'art. 44 c.p.i. prevede per il diritto d'autore su disegni e modelli una durata di settanta anni oltre la morte dell'autore. La regola del cumulo vale solo per i disegni o modelli che presentino i due requisiti indicati dall'art 2, n. 10 l. d. aut. con le espressioni di «carattere creativo» e «valore artistico».

Il primo requisito è una condizione generale di accesso alla tutela autoriale ed implica che l'opera debba mostrare «l'impronta del suo autore». Con questo s'intende che è necessario che si provi che l'autore non abbia 'copiato' l'opera, ma che la stessa sia pura espressione della sua personalità⁶.

Il concetto giuridico di creatività, previsto alla nostra legislazione in materia di autore, non coincide con quello di originalità e novità assoluta proprio del sistema brevettuale, in quanto si prevede che la personale reinterpretazione di un motivo già noto possa integrare i presupposti necessari affinché si ottenga la tutela di cui si disquisisce⁷.

Per ciò che attiene, dunque, al carattere creativo ci si rende conto che la norma non apporta nulla di nuovo. Dall'analisi giurisprudenziale si comprende che tale requisito viene riconosciuto anche ad opere il cui apporto creativo risulti piuttosto modesto⁸.

⁶ Trib. Firenze, sez. PI, 24.9.2012 n. 7820, conf. Trib. Milano 24.10.2013 n. 52716, *Kartell spa, Philippe Stark e Antonio Citterio c. Designfurn Limited*, nonché Trib. Venezia 13.2.2015 n. 1267, *Ernestina Fabiani e IFT c. Ikea Italia Retail srl*, tutte in *Dejure.it*.

⁷ Cass. civ., sez. I, 13.11.2015 n. 23292.

⁸ In tal senso, PH. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *Aida*, 2016, pp. 280 ss.

Il secondo requisito segnala, invece, l'intenzione del legislatore di riservare la tutela autoriale a quelle opere appartenenti all'alta gamma del design ovvero al design di maggior pregio, che presenti un particolare gradiente estetico, che sia superiore alla media⁹.

Occorre sottolineare che la tutela autoriale implica, ai sensi dell'art. 12 della l. 22 aprile 1941 n. 633 «il diritto esclusivo di pubblicare l'opera; il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge».

4. *Il requisito del valore artistico*

Nell'armonizzare il diritto dei modelli, la direttiva comunitaria ha sancito, come abbiamo visto, il principio del cumulo della tutela con il diritto d'autore, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di prevedere requisiti di accesso 'speciali'. Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà determinando come «*conditio sine qua non*» ai fini dell'accesso alla tutela autoriale, il ricorrere del c.d. valore artistico.

La ratio della disposizione è sicuramente chiara: il legislatore ha voluto escludere che il design industriale potesse accedere alla suddetta tutela alle stesse condizioni previste per le altre opere dell'ingegno.

Si è così introdotto un criterio di meritevolezza estetica di difficile interpretazione e non privo di ambiguità, oggetto di interrogativi e speculazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Sono stati elaborati, in particolare, una serie di criteri per il riconoscimento del valore artistico dell'opera di design. In questo senso, si sono distinti due filoni: l'uno che valuta qualitativamente il valore artistico, riferendosi allo sforzo creativo o rappresentativo dell'opera, e l'altro tendente a determinare un giudizio il più oggettivo e storicizzato possibile¹⁰.

Nel primo filone si sono collocate alcune decisioni giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'artisticità in senso stretto dell'o-

⁹ S. CASELLI *Le ultime tendenze sulla tutela autoriale del design e sul requisito del valore artistico*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, I, pp. 333 ss.

¹⁰ P. FABBIO, *Che cos'è arte? Una sentenza del Tribunale di Venezia sul "valore artistico" delle opere di design e sul giudizio dell'esperto*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, pp. 62 ss.

pera. In tal modo, però, la riconoscibilità del valore artistico risulterebbe essere lasciata alla pura discrezionalità dell'organo giudicante, al quale si devolve la competenza di valutare l'opera in ragione di criteri di mera pregevolezza estetica, reputati inevitabilmente soggettivi.

Per questo motivo molti tribunali hanno preferito abbracciare il secondo filone interpretativo, legato alla c.d. teoria istituzionale dell'arte, per cui la nozione di 'arte' debba avvicinarsi ad un'accezione sociale e storica. Ne consegue che un'opera possa essere definita 'artistica' quando questo sia accettato, in un dato periodo storico, negli ambienti culturali in senso lato, cioè quelli estranei ai soggetti più immediatamente coinvolti nella produzione, commercializzazione e acquisto del prodotto.

La disciplina che stiamo descrivendo vuole, dunque, coniugare i profili funzionali del modello ai canoni estetici dello stesso, strettamente legati al processo creativo dell'opera.

Fatte queste premesse, è necessario dunque rilevare nella maniera più oggettiva possibile la percezione che di una determinata opera del design si sia consolidata nella collettività.

L'acquisizione del valore artistico non deve avvenire *ex post*; rileva, al contrario una sua valutazione che contestualizzi l'opera nel momento storico e culturale in cui è stata creata, specialmente ove ne assuma un valore iconico¹¹.

Il punto cruciale sta proprio nel comprendere che il valore artistico del disegno non attiene ad un aspetto razionalmente dimostrabile, ma piuttosto si riferisce ad una valutazione che potremmo definire sociale¹², desumibile attraverso una serie concreti indizi.

Il riconoscimento collettivo del valore dell'opera avviene mediante una serie di parametri oggettivi¹³, come la presenza di riconoscimenti in ambienti culturali e istituzionali circa la sussistenza delle qualità estetiche e artistiche; la presenza di un valore che trascende la stretta funzionalità e la mera eleganza delle forme; l'esposizione in mostre, musei e riviste specialistiche di settore; la

¹¹ F. MORRI, *Le opere dell'industrial design tra diritto d'autore e tutela come modelli industriali: deve cambiare tutto perché nulla cambi?*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2013, pp. 177 ss.

¹² P. FABBIO, *Contro una tutela autoriale facile del design, considerazioni a margine di una recente pronuncia della cassazione tedesca e brevi note sul diritto vigente* in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, pp. 45 ss.

¹³ A. SPEDICATO, *Opere di design: come rilevare la presenza del "valore artistico" per ottenere tutela dal diritto d'autore?*, in www.marchiebrevevettweb.it.

partecipazione a manifestazioni artistiche; il conferimento di premi, la sussistenza di 'articoli di critica' relativi all'opera, la vendita del prodotto sul mercato artistico, non commerciale, la notorietà e il percorso professionale del designer, gli studi di sviluppo compiuti per l'elaborazione del disegno ed infine, nel caso in cui il prodotto sia oggetto di vendita sul mercato commerciale, l'opera deve aver acquisito un valore particolarmente elevato, implicante l'attribuzione ad esso del valore artistico¹⁴.

In particolare, precisi indizi di un'obiettiva artisticità dell'opera possono essere tratti dal diffuso riconoscimento da parte di musei ed associazioni di esperti della sua appartenenza ad un certo movimento artistico, che assume valore anche al di là delle intenzioni e della consapevolezza dell'autore¹⁵. Rileva dunque una particolare capacità rappresentativa e comunicativa delle opere, tale da essere riconosciuta da una cerchia di soggetti più ampia di coloro che entrano in contatto con l'elaborazione e la produzione dell'oggetto di design¹⁶.

I requisiti che abbiamo appena esposto necessitano comunque di una valutazione specifica «caso per caso»¹⁷, in quanto non può in alcun modo risultare significativa l'esposizione dell'opera in luoghi pubblici o la presentazione della medesima in riviste di settore, se tali iniziative sono ricollegabili a strategie promozionali del produttore; e ancora non sono rilevanti *tout court* i giudizi formulati dagli addetti ai lavori, in quanto sono espressione di un gradimento personale dell'opera. Il ricorso al parere degli esperti può rilevare solo "in caso di dubbio". La sola notorietà dell'artista non è condizione sufficiente per attribuire all'opera un valore artistico, volendosi attribuire maggior valenza al pregio dell'opera in sé.

5. Conclusioni

L'interpretazione prevalente vede il valore artistico come un innalzamento della soglia di accesso alla tutela. Non è detto che l'utilità di una registrazione come disegno o modello venga meno;

¹⁴ Cass. civ., sez. I, 29.10.2015 n. 22118.

¹⁵ A. MAZZARO, *Articoli da decoro di interni: tutelate come opere del disegno industriale; le creazioni della Thun*, in *Diritto e giustizia*, 2017.

¹⁶ Corte d'appello di Venezia, sez. impresa, 13.2.2015 *L.A.L. srl c. Ghirelli srl*, conf. Trib Milano, sez. PI., 7.7.2011 *Cassina spa c. High Tech srl*, in *Dejure.it*.

¹⁷ S. FRANCO, *Non è protetta dal diritto d'autore la calzatura con tacco a vite della designer russa Dina Subkhankulova*, in *www.milalegal.com*.

il sistema della doppia tutela dovrebbe indirizzare gli utenti ad utilizzare la registrazione della propria creazione per tutelare il disegno o modello nuovo, con la possibilità che la protezione dell'opera sia rafforzata dalla disciplina autoriale. Il design industriale può portare, dunque, l'arte nell'ambito del quotidiano, se riesce a catturare l'interesse di cultori e consumatori.

Le opere devono raggiungere un livello di gradevolezza tale da permettere la loro collocazione all'interno di un dato movimento artistico e culturale.

L'aleatorietà del requisito di cui si è disquisito implica però che la valutazione dell'artisticità di un disegno o modello, per opera di un organo giudicante che non abbia una specifica preparazione in materia, possa comportare il rischio di giudizi arbitrari e che non possono essere oggetto di verifica¹⁸. Per questo motivo, il riconoscimento del valore artistico di un modello *tout court* dovrebbe ritenersi provato dalla dichiarazione di un noto critico d'arte e dagli altri fattori prima richiamati.

¹⁸ P. FABBIO, *Contro una tutela autoriale facile del design, considerazioni a margine di una recente pronuncia della cassazione tedesca e brevi note sul diritto vigente*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, pp. 45 ss.

SEZIONE DI STUDI DI DIRITTO ITALO-CINESE*

* La presente Sezione raccoglie *papers* in onore dell'istituzione, presso la nostra Facoltà, del Centro di Studi Giuridici Italo-Cinese, frutto della Convenzione tra la Sapienza Università di Roma e la Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan. Lo stretto contatto tra le due università ha stimolato l'impegno nella ricerca scientifica sulle tradizioni giuridiche dei due Paesi. Il Comitato di redazione di Sapienza Legal Papers, che vive l'atmosfera di scambio che ne deriva, svolgendo la sua attività nell'Aula Bonfante, oggi sede della Biblioteca del Centro di Studi Giuridici Italo-Cinese, presenta con orgoglio i risultati della suddetta collaborazione.

ALFONSO MARIA NAVA*

I
LA CODIFICAZIONE CIVILE
PRIMA E DOPO LA REPUBBLICA POPOLARE CINESE:
COME L'ASSETTO POLITICO INFLUENZA
L'ORDINAMENTO GIURIDICO

The paper is focused on the chinese civil law codification, from the first attempt on 1911 to the current events. Retracing more than a century of Chinese legal history, from the point of view of civil law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il processo di codificazione della Cina post Imperiale. – 3. Il 1931: Kuo Min Tang (KMT), il diritto civile cinese ad un punto cruciale. – 4. L'avvento della RPC: la conseguente abrogazione del Codice civile del Kuomintang e il fallimento del tentativo di codificazione del 1954. – 5. La necessità di un Codice civile: la bozza del 1964 e la rivoluzione culturale. – 6. Il nuovo fallimento del 1982: il processo di codificazione continua sotto forma di singole leggi speciali. – 7. 15 marzo 2017: la fine di un percorso e l'alba di una nuova Era.

1. *Introduzione*

Il 15 marzo del 2017 l'Assemblea Nazionale del Popolo Cinese (ANP) ha approvato le disposizioni della parte generale del nuovo Codice civile, che secondo autorevoli stime dovrebbe entrare in vigore nel 2020. Le nuove disposizioni generali (duecentosei norme in totale) sono entrate in vigore il primo ottobre 2017 e hanno sostituito i «Principi generali del diritto civile» del 1986. Nella pro-

* Dottorando di ricerca presso la Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan.

mulgazione del nuovo codice civile la Cina vede un importante traguardo per la modernizzazione della cultura giuridica che tiene sulle spine il Paese dal lontano 1911, ossia dalla fine della dinastia Qing. È infatti preponderante nelle menti dei giuristi cinesi la necessità della costruzione di un unitario edificio legislativo e dunque l'assoluta rilevanza di un Codice civile «capace di raccogliere il lascito del passato e di tracciare le linee del comune cammino»¹. Nei paragrafi che seguiranno sarà possibile prendere coscienza dei vari tentativi di codificazione e delle ragioni dei fallimenti: dalla dinastia Qing fino ad arrivare ai giorni nostri, dove si sta finalmente per dare un codice civile alla Repubblica Popolare Cinese.

2. *Il Processo di codificazione della Cina post Imperiale*

L'attività legislativa della fine del periodo Qing ha dato una forte scossa al sistema giuridico cinese, il quale per lunghissimo tempo non ha avuto nessun legame con le tradizioni giuridiche di altri Paesi, fin quando non subì l'influenza del sistema giuridico occidentale: ciò è lapalissiano nella revisione della legislazione del governo Qing dopo le Guerre dell'Oppio². È proprio nel periodo radicato negli anni del tramonto della dinastia Qing che si è dato il via al sistema giuridico cinese moderno. L'attività legislativa della fine dell'ultima dinastia cinese, che determinò il primo contatto con il diritto romano³, muta la realtà del vecchio sistema giuridico rinvenibile nel sistema giuridico sinico, che si concretizzava in una totale chiusura nei confronti del resto del mondo. La nostra attenzione, per evitare di dilungarci su questioni che purtroppo in tale sede non potranno essere approfondite, si focalizza sull'attività di codificazione degli ultimi anni del periodo Qing. Difatti gli ostacoli più grandi dell'attività legislativa della fine del periodo Qing furono correlati all'elaborazione del diritto civile. Le difficoltà incontrate erano conseguenza del fatto che il sistema giuridico cinese si basava sull'unitarietà di riti e punizioni: riti che erano estrapolati dai testi classici confuciani e dunque non erano raccolte di norme giuridiche, punizioni che invece erano formate dalle leggi ed erano

¹ N. IRTI, *“La Cina verso l'unità di un codice civile”*, 2017, consultabile all'indirizzo www.corriere.it.

² M. JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, in L. FORMICHELLA, G. TERRACINA, E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, Torino, 2005.

³ JIAN, *op. cit.*

raccolte di norme giuridiche⁴. Per queste ragioni, mentre per il diritto penale era possibile consultare le cronache, per il diritto civile si dovette necessariamente far riferimento ai precedenti stranieri. È nel contesto qui delineato che prese piede la convinzione dell'Imperatore Guangxu⁵, di investire i propri sforzi in una revisione che potesse apportare un'ampia modernizzazione del sistema legale cinese e si concretizzò nella nomina della Falu Bianzhuanhui⁶. Il lavoro di codificazione della commissione fu ultimato solo nel 1911 con il Da Qing Minlv Cao An, che nonostante estenuanti sforzi non fu mai promulgato. Malgrado ciò non è trascurabile l'importanza che esso ha assunto, in quanto rappresentò il primo caso in cui la disciplina civile venne separata e resa indipendente da quella penale e posta all'interno di un codice. Tale codice nel quale il diritto romano fu largamente utilizzato, seguiva la classica divisione pandettistica in cinque libri: principi generali, obbligazioni, proprietà, famiglia e successione. Inoltre il Da Qing Minlv Cao An ha segnato profondamente i successivi sviluppi del diritto civile cinese: è da questo momento infatti, che la Cina è entrata a far parte della famiglia giuridica romanistica, ponendosi in antitesi con i principi propri del regime feudale e rinviorendo concetti civilistici essenziali come quelli di «giustizia» ed «equità»⁷. Fu il giurista francese nonché Professore alla facoltà di diritto di Parigi, Escarra, che in una sua celebre opera riferendosi al tentativo di codificazione civile cinese del 1911 scrisse che «i principi di questo progetto, benché, non siano mai entrati in vigore, furono di fatto recepiti dalla giurisprudenza della Corte Suprema»⁸. Con questo primo tentativo di codificazione del diritto civile cinese vennero effettuate delicate scelte che hanno poi segnato in maniera irreversibile il sistema giuridico cinese: innanzitutto fu scelto il modello sistematico a cui riferirsi, ossia il sistema di *civil law* scelto a scapito del *common law*; e fra i tanti modelli giuridici caratterizzanti la famiglia di *civil law* si optò il modello nippo-tedesco⁹. Ovviamente tali scelte non furono frutto di estemporanee decisioni, ma di ra-

⁴ JIAN, *op. cit.*

⁵ Mi riferisco al decimo Imperatore della dinastia Qing, che governò dal 1875 al 1908.

⁶ H. PAZZAGLINI, *La ricezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo Cinese*, LXXVI/12, 1991.

⁷ H. MEILING, *Discussioni e tendenze nel processo di codificazione del diritto civile cinese*, in *Index*, XLI, 2013.

⁸ J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Parigi, 1936.

⁹ MEILING, *op. cit.*

zionale ponderazione, in seguito al fatto che: a) la scienza giuridica tedesca aveva ormai raggiunto un grande prestigio nel sistema romanistico come i codici da essa prodotti; b) il Giappone aveva già posto l'attenzione su tale sistema; c) la scienza giuridica fondata sulla preventiva elaborazione di fattispecie e delle loro conseguenze e sull'elaborazione dogmatica e sistematica metteva a disposizione un metodo scientifico estremamente aperto, che oltre a fungere da 'ponte' verso gli altri Paesi, era in grado di conseguire nuovi apporti¹⁰. È da segnalare per ragioni di completezza della trattazione, che con la caduta dell'impero feudale e la nascita della Repubblica, il diritto cinese è entrato in una nuova fase di sviluppo, la quale prevedeva l'incessante ricerca di una metodologia per rendere stabile il regime repubblicano costituzionale¹¹. Con il Governo Beiyang in seguito all'inaugurazione della Repubblica cinese, avvenuta formalmente il primo gennaio 1912, vi fu un secondo tentativo di codificazione del diritto civile. La seconda bozza la cui redazione iniziò nel 1914 e fu completata nel 1925, si concretizzò in una semplice revisione del tentativo di codificazione dinastico per cui assume davvero una scarsa rilevanza.

3. *Il 1931: Kuo Min Tang (KMT), il diritto civile cinese ad un punto cruciale*

Nel 1928 iniziò l'era del Governo del Partito Nazionalista la quale durò fino all'avvento della R.P.C. (1949). Tale governo come afferma la Professoressa Fei Anling, ha un nome ben preciso che lo delinea nei suoi caratteri più essenziali: «il sistema costituzionale dei cinque poteri» (*wuquan xianfa*)¹²; governo nazionalista del Kuomintang, denominazione che evidenziava le caratteristiche del procedimento per la produzione e promulgazione delle norme primarie nell'ordinamento giuridico del KMT. Dottrina in merito che fu elaborata da Sun Yat-Sen e detta del triplice demismo, che voleva richiamare una volontà politica diretta a porre in essere i tre principi fondamentali: 1) nazionalismo; 2) democrazia; 3) socialismo¹³. Il KMT fu organizzato secondo l'insegnamento di Sun

¹⁰ S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *Enciclopedia Treccani*, XXI Secolo, 2009.

¹¹ F. ANLING, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di un'analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America*, XXIII, 2007.

¹² ANLING, *op. cit.*

¹³ M. MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi*, Milano, 2011, p. 70.

Zhongshang, padre fondatore della Repubblica. Sistema del KMT si poneva in un contesto di rifiuto del modello occidentale della tripartizione dei poteri della Repubblica Francese, essendo fondato su cinque poteri facenti capo ad altrettanti organi istituzionali: legislativo, amministrativo, giudiziario, organo competente per gli esami e i concorsi pubblici e la Censura, competente per la supervisione e il controllo¹⁴. Ciò che ci interessa però da vicino per restare nel tema della codificazione cinese negli anni precedenti all'istituzione della RPC, è sicuramente il Codice civile della Cina realizzato dalla Repubblica tra il 1929 e il 1931 ed effettivamente promulgato nel 1931, il quale fu il primo codice civile ad essere entrato in vigore nella storia giuridica cinese. Codice che come la prima bozza del 1911 si componeva di cinque libri. Secondo Schipani è essenziale l'art. 1 del Codice del KMT – il quale recitava: «In materia civile, ove la legge non disponga, ci si fondi sui costumi; se non ci fossero costumi, ci si fondi sulla *ratio legis*» – per comprendere a fondo come lo stesso Codice del 1931 si va a collocare fra il sistema romanistico e il diritto cinese¹⁵. Ma il Codice del 1931 non è importante solo per la storia della Cina, infatti, esso divenne anche il Codice ufficiale di Taiwan, dove ancora oggi è in vigore¹⁶. Senza dubbio il trentennio di attività legislativa¹⁷ che va dall'inizio del 1900 al codice del KMT, oltre a riformare profondamente il sistema giuridico tradizionale cinese, ha, come abbiamo già ricordato, costituito l'imprescindibile *step* per sancire in maniera definitiva e credibile l'appartenenza della Cina alla famiglia giuridica romanistica e ovviamente ha dato il là ad una coriacea svolta che ha segnato indelebilmente il conseguente sviluppo del diritto cinese. A conferma di quanto gli anni che vanno dal 1902 con l'Editto di Guangxu, al 1931 con il Codice civile del KMT abbiano segnato la storia del sistema giuridico cinese più di ogni altro evento, sono lungimiranti le parole di Pound in un articolo del 1948: «il Codice civile cinese è nella sua essenza il culmine di un'epoca di continui sviluppi che sono derivati dall'insegnamento del diritto romano sulla base della codificazione di Giustiniano nelle Università italiane del dodicesimo secolo», e ripercorrendo l'insostituibile apporto del diritto romano nell'aver segnato la svolta del sistema

¹⁴ ANLING, *op. cit.*

¹⁵ SCHIPANI, *op. cit.*

¹⁶ MEILING, *op. cit.*

¹⁷ In merito a quest'attività trentennale, vedi O. WEGGEL, *Chinesische Rechtsgeschichte*, Leiden-Köln, 1980; ESCARRA, *op. cit.*

giuridico cinese, lo stesso affermava: «Invero, il diritto romano moderno fortemente sistematico, con la sua abbondante dottrina scientifica è molto più adatto a Paesi che devono passare rapidamente da un corpo di tradizioni e consuetudini etiche e da un controllo sociale indifferenziato a un corpo di diritto moderno che non il diritto inglese o angloamericano relativamente non sistematico»¹⁸. Nonostante quanto appena affermato, il codice del KMT (1931) seppur ebbe un occhio di riguardo al contesto sociale d'applicazione rispetto agli esperimenti di codificazione precedenti, non badò al lessico, il quale risultava imperniato di tecnicismi e neologismi derivanti dal linguaggio giuridico romanistico¹⁹ e fin troppo accademico per soddisfare in pieno le esigenze della popolazione e la regolamentazione della gran parte dei rapporti interpersonali. Prima di passare al paragrafo successivo, premetto che è essenziale considerare – per avere un quadro quanto più chiaro dei successivi tentativi di codificazione e delle novità dal punto di vista giuridico – i nuovi profondi cambiamenti politici che la Cina si preparava ad affrontare dal 1949. Soprattutto è mia intenzione sottolineare quanto i mutamenti da un punto di vista essenzialmente giuridico, siano connessi e conseguenti all'epocale svolta sul fronte politico che l'avvento della Repubblica Popolare Cinese (da ora RPC) apportò.

4. *L'avvento della RPC: la conseguente abrogazione del Codice civile del Kuomintang e il fallimento del tentativo di codificazione del 1954*

La Repubblica Popolare Cinese venne proclamata da Mao Zedong a Pechino dalla loggia della Tian'anmen ('Porta della Pace Celeste'), all'entrata meridionale dell'ex Città imperiale; la proclamazione venne eseguita in nome della Conferenza politico-consultiva del Popolo cinese, convocata dal 21 al 30 settembre del 1949 al fine di proclamare finalmente la RPC²⁰. Dal primo di ottobre del 1949, l'intero territorio cinese è sotto la denominazione di RPC. Dal punto di vista giuridico la proclamazione della RPC fu un evento di portata enorme, che segnò la storia e l'evoluzione del diritto cinese,

¹⁸ R. POUND, *Roman Law in China*, in *L'Europa e il diritto romano*, vol. I, 1954.

¹⁹ PAZZAGLINI, *op. cit.*

²⁰ Repubblica Popolare Cinese. Storia: <http://www.tuttocina.it/tuttocina/storia/rpc.htm>.

infatti dopo la vittoria del PCC di Mao nei confronti del Kuo-Min-Tang e la conseguente istituzione della RPC, vi fu l'immediato e profondo smantellamento dell'intero corpo legislativo e del sistema giudiziario che era stato sviluppato negli anni precedenti con il KMT²¹. Infatti nel 1949 quando gli eserciti comunisti e nazionalisti si fronteggiavano, Chiang Kaishek leader del Partito Nazionalista, cercò, cosciente della vicina disfatta, di avanzare delle richieste per giungere ad una trattativa di pace, tra queste vi era l'esplicita proposta di mantenere il sistema giuridico allora vigente, Mao si oppose fermamente ed in seguito alla sconfitta del Partito Nazionalista (KMT) da parte del PCC, la legislazione del Partito del KMT, basata sulle c.d. Sei Leggi fu radicalmente abrogata²². Ovviamente non era possibile effettuare uno smantellamento di proporzioni epocali, senza immediatamente concepire una legislazione sostitutiva: tale compito fu affidato al Gontong Gangling («Programma comune della conferenza politico consultiva del popolo cinese») il quale in tempi brevissimi colmò il vuoto che l'abrogazione delle vecchie leggi aveva determinato e divenne seppur solo temporaneamente, l'unica fonte di diritto civile in cui poter ricercare quelli che erano i principi giuridici e le linee politiche della neonata RPC²³. Nel periodo che va dal 1949 al 1957 la Cina attribuì un gran valore al diritto, la scienza giuridica non lasciava nulla al caso ed era estremamente fiorente, seppur si rinnegava sia il sistema e la cultura giuridica delle Cina pre RPC, sia quelle appartenenti al mondo occidentale. Il Professore Jiang Ping, in un suo articolo risalente al 1998, sottolinea quanto nel periodo in esame la cultura giuridica cinese volle fortemente distanziarsi dal diritto dei Paesi Occidentali e di conseguenza dal sistema romanistico: «Intendevamo creare un nuovo sistema giuridico rivoluzionario secondo l'esempio dell'Unione Sovietica e sulla base di un completo strappo con le concezioni dei Paesi occidentali e in questo quadro anche con quella del diritto romano. I corsi di diritto romano furono aboliti»²⁴. Negli anni presi in considerazione, numerosi giuristi rice-

²¹ J.A.G. ROBERTS, *A concise history of China*, Harvard, 1999, pp. 206-207.

²² D. MEI, *Introduzione al diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, 2005, p. 102.

²³ J.M. ZIMMERMAN, *China Law Deskbook: a Legal Guide for Foreign-Invested Enterprises*, Chicago, American Bar Association Section of International Law, 1999, pp. 46-47.

²⁴ J. PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in L. FORMICHELLA, G. TERRACINA, E. TOTI (a cura di), *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico*, Torino, 2005, p. 3.

vettero la formazione giuridica a Mosca e la gran parte dei manuali accademici utilizzati per lo studio del diritto provennero dalla stessa Unione Sovietica, così come i Professori che vennero a tenere lezioni di diritto nelle maggiori Università della Cina. Questa dichiarata volontà del PCC di prendere nettamente le distanze dalla tradizione giuridica cinese precedente e da tutto ciò che ad essa potesse ricollegarsi proveniva dalla *forma mentis* dello stesso partito, per il quale il socialismo e il capitalismo erano sistemi agli antipodi che non avrebbero mai potuto convivere, è qui il nocciolo della questione, secondo questa ideologia l'unica strada che al PCC rimaneva dopo la fondazione di un sistema socialista era quella di abolire dalle fondamenta i meccanismi e l'ideologia del vecchio Stato²⁵. L'influenza del «Paese fratello socialista»²⁶ (l'URSS) fu enorme, lo stesso celebre Professore Jiang Ping nel 1951 studiò Giurisprudenza a Mosca. Possiamo apprezzare quanto questa influenza dell'Unione Sovietica sulla Cina post RPC fu considerevole anche grazie al contributo della Professoressa Ding Mei che ha voluto sottolineare fortemente questa connessione fra Cina e URSS, mettendo abilmente in risalto quanto sia importante per comprendere a fondo il diritto contemporaneo cinese non prescindere dalla conoscenza della storia delle relazioni tra i due Paesi²⁷. In un clima totalmente ostile al diritto occidentale e al connesso diritto romano, vi fu un tentativo di codificazione del diritto civile, seppur non molto rilevante, essendo lo stesso condannato al fallimento verosimilmente dalla stessa ideologia socialista, come impostata dal PCC di Mao che lo aveva partorito. Mi riferisco al tentativo che ebbe inizio nel 1954, anno in cui il Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale costituì una commissione per la redazione di una bozza del Codice civile, questa fortemente affine al sistema sovietico venne completata nel 1956. Il Codice era composto da cinquecentoventicinque articoli e diviso in quattro libri e nonostante fosse completo, il processo di approvazione dello stesso subì una definitiva interruzione, scaturita secondo Fei Anling, dai continui mutamenti politici e della forte influenza mostrata dall'ideologia ufficiale, che apportarono al suo interno varie enunciazioni di stampo prettamente politico ma prive di una connessione razionale e diretta con i problemi giuridici²⁸. In tale contesto il tentativo

²⁵ MEI, *op. cit.*, p. 102.

²⁶ L'espressione è utilizzata D. MEI, *op. cit.*, pp. 103 ss.

²⁷ MEI, *op. cit.*, pp. 103 ss.

²⁸ ANLING, *op. cit.*, p. 121.

di redazione di un Codice civile non ha conseguito nella pratica risultato alcuno e – a mio avviso – lo stesso è stato vittima, autocondannandosi, della sua stessa ideologia politica troppo incentrata a costituire un codice capace di elevare lo spirito politico che scorreva nelle vene del partito, piuttosto che un Codice idoneo a regolare i rapporti fra il popolo e fra questo e lo Stato. Fu in tale clima che si chiusero i primi anni dall'avvento della RPC, con la Cina in mano al PCC e il sistema giuridico cinese totalmente infatuato dell'influenza dell'Unione Sovietica.

5. *La necessità di un codice civile: la bozza del 1964 e la Rivoluzione culturale*

«Non occorre solo un codice penale, ma è necessario anche un codice civile. Ora siamo senza legge né cielo. Non si può fare a meno delle leggi, occorre un codice penale e un codice civile»²⁹. Come si può facilmente evincere da queste parole di Mao risalenti al 1962, nonostante l'impasse generatosi nel precedente tentativo a causa perlopiù di questioni politiche, la necessità di una codificazione del diritto civile era in quegli anni divenuta pressante. Proprio nel 1962, nella seconda metà dell'anno, l'ANP nominò un gruppo per la redazione del Codice civile, gruppo coordinato da Sun Yaming, questa commissione lavorò per circa due anni³⁰, fin quando nel 1964 presentò un nuovo progetto: «*Zhonghua Renmin Gongheguo minfa cao' an*» c.d. *Shinigao* (bozza di prova). Purtroppo anche questo progetto non vide mai la luce: il suo obiettivo era quello di emanciparsi dal pesante influsso dello stile legislativo sovietico, integrando l'esperienza giurisprudenziale cinese e creando un Codice a carattere nazionale³¹, probabilmente proprio per questo motivo esso come i precedenti, fallì, e questa volta per l'opposizione delle sinistre. Secondo Liu Shuzhen e Chen Yunsheng la codificazione del diritto civile in esame – ed è qui che avrebbe peccato – ometteva di definire in maniera chiara le posizioni giuridiche dei cittadini³². Dal 1966 abbiamo un silenzio as-

²⁹ C. SHOUYE, *Shenmeshiminfa*, Beijing (Falü chubanshe), 1987, p. 12.

³⁰ X. GUODONG, *Note introduttive all'esame della struttura dei tre principali progetti di codice civile per la RPC attualmente in fase di elaborazione*, in «Roma e America», XXIII, 2007, p. 132.

³¹ T. ROU, *The general principles of civil law of People's of Republic of China, its birth characteristics and role*, in *Law and contemporary problems*, LII/2, 1989, p. 154.

³² L. SHUZHEN & C. YUNSHENG, *Minfa Tongzejianbian*, Sichuan, 1987, p. 21.

sordante per via della mancanza di fonti, le quali tacciono sul periodo della c.d. «Rivoluzione culturale» (1966-1976). Per quanto riguarda questa decade, le fonti non permettono di ricostruire in maniera dettagliata tutti i passaggi chiave, ma vi è certezza che durante la rivoluzione culturale si assistette ad una interruzione totale della produzione legislativa: non vi è stata traccia alcuna di certezza del diritto, la norma scritta svolse un ruolo che si può definire secondario. Gli anni del c.d. nichilismo giuridico erano alle porte. Mi si permetta una parentesi a mio avviso essenziale sul tema: quando scorriamo a proposito della «Grande Rivoluzione Culturale Cinese» bisogna porre l'accento sui motivi scatenanti che hanno portato Mao e il PCC a mettere in atto quello che a più riprese è stato definito dal «Quotidiano del popolo» (人民日报, *Rénmín Rìbào*) «un errore catastrofico»³³. Il quotidiano della RPC in un articolo datato 17 maggio 2016, in occasione del cinquantesimo anniversario dall'inizio della Rivoluzione culturale, condannò fermamente – rompendo finalmente il silenzio sui fatti di quel decennio – la rivoluzione culturale, la quale ha segnato irreversibilmente la storia giuridica, politica e sociale della Cina tutta: «La risoluzione emessa dal Partito comunista cinese nel 1981 sulla catastrofe della Rivoluzione culturale del 1966 resta immutabilmente scientifica e autorevole», e ancora: «Non dobbiamo dimenticare, non possiamo e non vogliamo la ripetizione di un errore come quello della Rivoluzione culturale»³⁴. Ideata da Mao come immediato rimedio al pericolo che vi potesse essere una degenerazione con connotati fortemente autoritari e burocratici della rivoluzione cinese stessa, la rivoluzione culturale fu concentrata intorno all'essenzialità della «mobilitazione delle masse» esterne al quadro direttivo del PCC, nella speranza che dalla loro «creatività» fossero potute nascere delle iniziative strettamente popolari che con nuova forza avessero potuto rilanciare la rivoluzione, una rivoluzione concepita «libera» dal funzionamento dell'apparato del PCC³⁵. Per tale motivo è definibile come una rivoluzione all'interno di un'altra rivoluzione, appunto quella cinese, costituita dall'avvento al potere dello stesso Mao Zedong nel 1949³⁶. La definizione della stessa come «cultu-

³³ Consultabile sul giornale quotidiano della RPC, *Quotidiano del Popolo* (人民日报, *Rénmín Rìbào*), sezione cronache, 17 maggio 2016, p. 4.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Rivoluzione culturale*, consultabile all'indirizzo http://www.tuttocina.it/tuttocina/storia/riv_cult.htm.

³⁶ *Rivoluzione culturale Cinese*, in *Enciclopedia Treccani*, consultabile all'indirizzo http://www.treccani.it/scuola/tesine/rivoluzione_culturale_cinese/.

rale», è tesa ad indicare che la rivoluzione è portata avanti tramite un comportamento socio-politico e allo stesso tempo sottolinea una differenza netta con la rivoluzione cinese del 1949, la quale ha portato al potere il PCC di Mao tramite l'uso delle armi e non tramite un'opera specificamente politica.

6. *Il nuovo fallimento del 1982: il processo di codificazione continua sotto forma di singole leggi speciali*

La morte del Presidente Mao segnò la fine di una lunga epoca, dopo due anni Deng Xiaoping venne eletto nuovo Presidente della RPC, sancendo di fatto quella che da tutti è giudicata come una svolta sotto il profilo giuridico, delineando da quel momento una rincorsa al perseguimento dello slogan «Gaiige Kaifang» (politica di riforma e di apertura ai Paesi occidentali)³⁷, anche noto con l'obiettivo delle c.d. «quattro modernizzazioni», che esaltava la volontà di ristrutturare i settori dell'agricoltura, dell'industria, della scienza e tecnologia e della difesa nazionale. L'attività legislativa riprese con immediatezza, a pari passo con la formazione universitaria e l'insegnamento della giurisprudenza, tutto ciò che con la rivoluzione culturale si era cercato di incatenare rifiorì con nuovo vigore. Gli insegnamenti di diritto romano furono così ripristinati e il suo ruolo di patrimonio giuridico dell'umanità fu di nuovo riconosciuto³⁸. In questo nuovo clima nel 1979 il comitato giuridico (Fazhi weiyuanhui) dell'APN, riprese i lavori di codificazione civilistica bruscamente interrotti quasi vent'anni prima, iniziando col costituire una commissione di codifica con a capo Yang Xiufeng³⁹. La commissione lavorò in maniera piuttosto celere e nell'agosto del 1980 si premurò di presentare un progetto formato da cinquecentouno articoli e dopo una successiva rivisitazione un secondo progetto fu presentato nel 1981; ma nel maggio del 1982 emerse la terza bozza, questa articolata in otto libri e quattrocentosessantacinque articoli: anche in tal caso la mancanza di una stabilità politico-sociale sufficiente ad un progetto del genere – derivante dal delicatissimo periodo che la Cina stava affrontando vista la recente adozione di un sistema economico di mercato – giocò un ruolo chiave, con il risultato che le speranze riposte nell'ennesimo tenta-

³⁷ MEI, *op. cit.*, p. 104.

³⁸ MEI, *op. cit.*

³⁹ PAZZAGLINI, *op. cit.*,

tivo di codificazione andarono ben presto in fumo⁴⁰. In seguito a questo nuovo fallimento prese quota la convinzione che fosse più agevole riformare il sistema legislativo optando per la stesura di singole leggi speciali anziché di un sistema completo. Iniziò così un lungo periodo di ubertosità legislativa, che vide l'entrata in vigore nel 1980 della «legge sul matrimonio» (modificata nel 2001), nel 1982 della «legge sui marchi», nel 1984 della «legge sui brevetti», ancora nel 1985 della «legge sulle successioni», nel 1986 quella «sui principi generali del diritto civile» e così via per la successiva decade⁴¹. Importanza assoluta l'assume sicuramente il Minfa Tongze: la legge sui principi generali del diritto civile, approvata e promulgata il 12 aprile 1986 ed entrata in vigore a partire dal primo gennaio 1987⁴². Legge a cui sicuramente fu affidato un ruolo assiologicamente superiore, seppur tale complesso di norme non assurse alla funzione di un codice dal momento che non trattava l'intera materia civile. Ma il periodo di copiosa attività legislativa non cessò con il Minfa Tongze, ma come accennato si protrasse per molti anni: nel 1986 vi fu la «legge sul fallimento», nel 1990 la «legge sul diritto d'autore», nel 1993 la «legge sulle società» (modificata poi nel 2005), nel 1995 la «legge sulle garanzie» e nel 1999 la «legge sui contratti», ecc.⁴³. Secondo la Professoressa Huang Meiling, proprio l'approvazione della legge sui contratti del 1999, dopo numerose e complesse discussioni in dottrina, rappresentò la chiave di volta nell'acquisizione di consapevolezza riguardo la pressante necessità di elaborare finalmente un codice civile in Cina: «la legge sui contratti, secondo i giuristi cinesi ha rappresentato il primo concreto passo verso il Codice civile, posto che la stessa ha evidenziato un grande salto di qualità della legislazione cinese rispetto ai testi normativi promulgati in precedenza»⁴⁴. In seguito a tale testo normativo vi era l'impressione che il diritto civile cinese fosse entrato in una fase di più maturo sviluppo, coadiuvato da una chiara elevazione dell'efficienza e della razionalità delle sue strutture cardine e da una costante autosufficienza dell'apparato. Ancora, la Professoressa Huang Meiling affermava: «a dimostrazione di quanto sostenuto, si può riscontrare come la legge sui contratti presenti nella parte introduttiva una novità per

⁴⁰ MEILING, *op. cit.*

⁴¹ ANLING, *op. cit.*

⁴² PAZZAGLINI, *op. cit.*

⁴³ ANLING, *op. cit.*

⁴⁴ MEILING, *op. cit.*

la legislazione cinese, ossia l'enunciazione dei principi generali ai quali la materia deve ispirarsi [...] sono posti alcuni articoli che fissano in modo esplicito ulteriori disposizioni generali, come ad esempio, il principio di libertà contrattuale (art. 4), il principio d'equità (art. 5), il principio di buona fede (art. 6), etc.»⁴⁵. Tutto lasciava presagire che i tempi fossero ormai maturi per giungere alla tanto agognata codificazione civile, fissando l'anno 2010 nelle menti dei giuristi cinesi come limite ultimo e improrogabile per la formazione di un compiuto sistema giuridico socialista con caratteristiche cinesi. Sulle ali dell'entusiasmo la Cina accelerò i tempi e il legislatore cinese si convinse considerando soprattutto la speditezza dei lavori, di anticipare la fatidica data di emanazione del codice: non più il 2010, bensì marzo 2005; il 23 dicembre del 2002 con ulteriore anticipo fu presentata – per suggellare finalmente l'approvazione – alla IX riunione dei membri permanenti dell'APN la bozza ufficiale, la c.d. «quarta versione», redatta ad opera della commissione giudiziaria dell'APN e formata da nove libri e 1200 articoli; purtroppo non tutto andò come sperato, poiché in quella sede vi fu un episodio inatteso e bollato con l'epiteto «ragione tecnica». In realtà fu un imprevisto dovuto alla scarsa familiarità dei membri dell'Assemblea con la terminologia giuridica⁴⁶. Preso atto del nuovo fallimento, si decise di procedere in un modo alternativo: analizzando i singoli libri presenti nella bozza, fu così coniata a riguardo l'estrinsecazione «la codificazione va avanti passo dopo passo»⁴⁷.

7. 15 marzo 2017: la fine di un percorso e l'alba di una nuova Era

«L'approvazione della Parte generale del Codice Civile rappresenta la realizzazione di un nostro sogno durato oltre sessanta anni» (il riferimento è al sessantennio trascorso dalla prima bozza della RPC del 1954, mai approvata, che ha appunto aperto un'attesa durata oltre sessant'anni)⁴⁸. Con queste parole il noto professore Jiang Ping ha accolto l'approvazione della Parte generale del

⁴⁵ MEILING, *op. cit.*

⁴⁶ MEILING, *op. cit.*

⁴⁷ X. DIYU, *Forza sulla codificazione del codice civile nei dieci anni del secolo nuovo*, in *Giornale dell'Università magistrale di Hangzhou*, 2011, pp. 51 ss.

⁴⁸ S. PORCELLI, *Approvazione della parte generale del Codice Civile. Il realizzarsi di un sogno durato 60 anni*, 22 marzo 2017, consultabile all'indirizzo <http://italian.cri.cn/1881/2017/03/22/301s292471.htm>.

Codice Civile cinese che è avvenuta la mattina del 15 marzo 2017 ed è entrato in vigore il primo ottobre 2017, una data che rimarrà impressa nella mente del popolo cinese per sempre. È questo un ulteriore ed essenziale passo verso l'approvazione del Codice civile prevista per il 2020, così da sancire la fine di una vicenda che parte da molto lontano, con il primo tentativo di codificazione della dinastia Qing improntato sulla tradizione romanistica (1911). Siamo di fronte ad un passaggio epocale per la vita di un miliardo e mezzo di uomini, che potranno ben sperare di avere a garanzia dei loro rapporti civili un sistema che determinerà la calcolabilità e l'unità del diritto. E come la professoressa Fei Anling ha dichiarato in una recente intervista, ci si augura che tale codificazione fiorisca definitivamente, continuando ad esaltare i principi primi del diritto romano, i quali costituiscono le fondamenta delle più importanti codificazioni esistenti: «Il Diritto romano è un antico codice che ha innanzitutto lasciato ai posteri un tipo di teoria, e poi una progettazione sistematica, ivi comprese le progettazioni della proprietà e del diritto reale, oltre alla garanzia (...) e l'attenzione al ruolo dei giuristi nel processo legislativo. Molti sistemi legali della Cina originano dal Diritto romano, ed anche se alcuni presentano caratteristiche del nostro paese, come il diritto di usufrutto dei terreni di base delle case di abitazione, e il diritto di appalto e gestione dei terreni, con delle attente ricerche, si può scoprire che sono tutti riconducibili alla legge sui terreni del Diritto romano»⁴⁹. Il testo entrato in vigore il primo ottobre del 2017, consta di duecentosei articoli divisi in undici capitoli e si concretizza in una sorta di «aggiornamento» della legge sui principi generali del diritto civile del 1986. Siamo davvero giunti alla fine di un percorso lungo più di un secolo, che secondo il Professore Schipani «si può considerare l'estremo punto dello sviluppo, realizzato dalla pandettistica, del metodo dei giuristi romani che costituiscono il diritto in sistema»⁵⁰.

⁴⁹ In merito vedi l'intervista alla Professoressa di diritto romano Fei Anling, consultabile all'indirizzo <http://italian.cri.cn/241/2009/04/08/81s119113.htm>.

⁵⁰ PORCELLI, *Approvazione della parte generale del Codice Civile. Il realizzarsi di un sogno durato 60 anni*, 22 marzo 2017, consultabile all'indirizzo <http://italian.cri.cn/1881/2017/03/22/301s292471.htm>.

ALFONSO MARIA NAVA*

II
CRONACA DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE

«I GIURISTI E LA FORMAZIONE DEL DIRITTO.
DAGLI *SCRIPTORES IURIS ROMANI*
ALLA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO IN CINA»

The purpose of this paper is to provide to the reader the consciousness concerning the hard work brought ahead by Sapienza University of Rome and Zhongnan University of Economics and Law of Wuhan, through the discovery of the main points of the last International Conference held in China and organized by both University.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Ratio* e struttura del convegno. – 3. Relazioni del 5 maggio 2018. – 4. Relazioni del 6 maggio 2018. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

«Il vantaggio teorico di passare per la Cina è rappresentato dal fatto che essa offre un altrove distante dai nostri punti di riferimento»¹. La Cina è l'unica grande Civiltà che è nata e ha avuto uno sviluppo totalmente indipendente rispetto al pensiero europeo, così François Jullien si pronunciava sul Paese degli eredi del Celeste Impero. Questa è la magnifica opportunità che offre la Cina a chi ha l'occasione di conoscerla: imbattersi in schemi di pensiero che hanno dato vita ad una civiltà egualmente matura ma che ha avuto una crescita e uno sviluppo che non si è mai intrecciato con

* Dottorando di ricerca presso la Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan.

¹ F. JULLIEN, *Pensare l'efficacia in Cina e in Occidente*, Roma-Bari, 2006.

il nostro. Una consapevolezza già insita negli intellettuali del VI secolo, infatti, Michel Eyquem de Montaigne nel suo terzo saggio del 1588, si esprimeva così: «In Cina, regno del quale il governo e le arti, senza rapporto con le nostre e senza conoscenza di esse, superano in eccellenza i nostri esempi sotto diversi aspetti, e la cui storia m'insegna quanto il mondo sia più ampio e vario di quel che gli antichi e noi possiamo concepire»². In questo risiede la c.d. eterotopia della Cina: il concetto teso ad evidenziare come la Cina è rispetto ai nostri canoni di pensiero, una nuova categoria e che questo scarto, questo 'diverso' concetto di pensiero, fa reagire il nostro di pensiero³. Mi servo ancora degli spunti che Jullien offre in questa direzione: «La Cina, ci permette di prendere le distanze dal pensiero da cui proveniamo, di rompere con le sue filiazioni, di interrogarlo dal di fuori. In altre parole, di interrogarlo nelle sue evidenze, in ciò che costituisce il suo impensato». Dunque, riflettere sui canoni sociali, culturali, giuridici, che la nostra storia ha partorito e sui quali abbiamo forgiato le nostre menti. Riflettere sulle alternative che un mondo altrettanto maturo e sviluppato ci pone davanti e tentare di comprenderle. Credo sia giunto il momento di adoperare questa conoscenza della Cina per far sì che essa fornisca in ogni ambito «una sorta di punto di appoggio esterno, operante in maniera obliqua, per cercare di risalire nell'impensato del nostro pensiero come qualcosa che va da sé, ma che una volta riscoperto a partire dal fuori cinese viene percepito sotto diversa luce (...), spingendoci nuovamente a pensare»⁴. Questo è quello che è stato cominciato molti anni fa dal Professor Schipani con estrema lungimiranza e questo è il sentiero su cui sta proseguendo il Professor Diliberto con altrettanta tenacia. La curiosità e l'estremo entusiasmo di questi studiosi nel prendere effettivamente coscienza della Cina, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche storico e culturale per comprendere in che modo la Civiltà cinese si è dispiegata nei secoli. La collaborazione fra studiosi italiani e cinesi sta avvenendo attraverso uno scambio reciproco diretto verso una costante cooperazione accademica che porti due grandi Civiltà a conoscersi vicendevolmente. Tutto ciò sta accadendo in un momento storico fatto di incredibili cambiamenti per la Cina e che nel contesto giuridico porterà ad una novità assoluta per la R.P.C.:

² JULLIEN, *op. cit.*

³ JULLIEN, *op. cit.*

⁴ JULLIEN, *op. cit.*

l'entrata in vigore di un Codice civile organico, il quale è oggetto di profonde analisi negli eventi pianificati dall'Università La Sapienza di Roma e dalla Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan. In questa sede, mi limiterò a riportare parte del contenuto dell'ultimo Convegno che le due Università hanno organizzato.

2. Ratio e struttura del convegno

Il 5 e il 6 maggio 2018 si è tenuto presso la Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan, il Convegno internazionale «I giuristi e la formazione del diritto. Dagli *Scriptores Iuris Romani* alla codificazione del diritto in Cina».

Simposio al quale hanno partecipato illustri studiosi da varie parti del mondo, che con interventi estremamente acuti si sono confrontati su quelli che sono i temi più in auge rispetto al processo di codificazione nella R.P.C. Questa è solo una delle ultime iniziative che le due Università hanno realizzato, nell'ottica di una cooperazione che va avanti da alcuni anni e che ha portato a dei risultati estremamente soddisfacenti: si pensi all'inaugurazione il 13 gennaio 2017 del 'Centro di Studi Giuridici italo-cinese', grazie ad una Convenzione firmata fra Sapienza Università di Roma e la Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan, alla presenza del Presidente della Repubblica Italiana, Sergio Mattarella; oppure all'inaugurazione avvenuta il 10 marzo 2017 della 'Biblioteca del Centro di Studi Giuridici Italo-Cinese', la più grande biblioteca giuridica cinese al di fuori della R.P.C., la quale contribuirà a sostenere lo scambio fra due differenti culture giuridiche, impegnate nello sviluppo di nuove idee per alimentare la conoscenza ed incrementare la già fiorente ricerca accademica. Questa fertile collaborazione parte da lontano e si rinnova costantemente nei Convegni internazionali che la Sapienza e la Zhongnan University of Economics and Law organizzano congiuntamente, affinché siano giorni ricchi di riflessioni e dibattiti, in grado di tracciare il sentiero da percorrere per il buon esito della cooperazione nell'ottica della codificazione civile cinese. Quest'ultimo Convegno è stato il più importante, presentando rispetto ai precedenti un numero maggiore di relatori provenienti non solo da Università italiane e cinesi, ma anche dall'Università di Bordeaux e finanche da Tel Aviv. Inoltre, fra gli organizzatori ha figurato anche l'European Research Council (ERC), progetto finanziato dall'UE e diretto dal

Professore Aldo Schiavone e che ha come obiettivo la ricostruzione del pensiero giuridico degli *Scriptores Iuris Romani*.

L'appuntamento, dopo la cerimonia d'apertura nella quale hanno preso la parola il Professore Luan Yongyu, il Professore Oliviero Diliberto a rappresentanza della Sapienza Università di Roma ed infine il Professore Xu Diyu Preside della facoltà di Giurisprudenza della Zhongnan University of Economics and Law, è proseguito con due giorni di fitte relazioni con le quali i Professori partecipanti si sono scambiati idee e pareri sui temi caldi della codificazione in Cina e sull'apporto che la cultura giuridica romanistica può garantire allo sviluppo del diritto in Cina.

I relatori si sono confrontati su varie tematiche di diritto, in questa sede sarà possibile effettuare un brevissimo *excursus* riguardo le summenzionate relazioni, spero sia sufficiente perlomeno ad avere un'idea di quelli che sono i punti salienti toccati nel Convegno.

3. *Relazioni del 5 maggio 2018*

Come già anticipato, il Convegno è stato d'ausilio al processo di codificazione civile in atto in Cina e ha offerto diversi spunti relativi all'impostazione di alcuni istituti giuridici essenziali nel Codice che verrà.

Oggetto del simposio sono stati i tratti salienti della relazione concettuale tra la costruzione 'dogmatica' del negozio giuridico, come sviluppata dalla scienza giuridica europea del diciannovesimo secolo e quindi imperniata sul rapporto tra volontà e libertà del soggetto, e l'elaborazione della giurisprudenza romana, alla quale era notoriamente estraneo il concetto stesso di 'negozio giuridico'. Attraverso la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali emerse al riguardo, la relazione elaborata dal Professor Aldo Schiavone della Sapienza Università di Roma, ha evidenziato le finalità che un'applicazione critica della categoria di 'negozio giuridico' può soddisfare a livello di comprensione del rapporto tra scambio commerciale, circolazione delle merci e astrazione giuridica, tanto nella società romana quanto in quella moderna.

Il Professore Li Guilian della Peking University, attraverso la descrizione di Shen Jiaben, giurista dell'epoca Qing che nel 1883 fu nominato jinshi (onorificenza riconosciuta agli studiosi, nonché giuristi di massimo livello), ha messo in risalto l'idea di riforma del

diritto come concepita da Shen Jiaben agli inizi del XX secolo, rielaborando categorie di matrice occidentale quali lo stato di diritto, la separazione dei poteri, la protezione dei diritti umani e l'indipendenza della magistratura. La relazione ha illustrato l'influenza che l'opera di Shen Jiaben ha avuto sull'evoluzione del sistema giuridico cinese ma anche i corti circuiti teorici che all'atto della sua applicazione pratica causarono in parte il fallimento del sogno riformatore di Shen.

Di estremo interesse è stata anche la relazione del Professore Wu Yuzhang, della Chinese Academy of Social Sciences, incentrata sull'elaborazione sviluppata da Hart in merito al problematico rapporto tra diritto e morale, sia sotto il profilo teorico e quindi circa la presenza e la funzione degli elementi della morale nella legge, sia sotto il profilo pratico, facendo riferimento all'esempio della legge nella Germania nazista. L'analisi ha offerto altresì lo spunto per riflettere sul significato e sulla traduzione di alcuni termini ricorrenti nel pensiero di Hart, così come su talune incongruenze che emergono dallo studio della teoria di Hart nel contesto della relazione tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

Il primo giorno di relazioni ha visto, inoltre, la riflessione mossa dal Professore Lucio De Giovanni, dell'Università Federico II di Napoli, il quale si è concentrato sul mutamento del ruolo del giurista: nella tarda antichità romana la nascita di una embrionale organizzazione statualistica, l'uso sempre più massiccio ad opera dei sovrani della *lex generalis* quale strumento legislativo, ed il sorgere del Codice quale luogo formale di raccolta e vigenza delle norme, rivoluzionano il ruolo del giurista, che si trova a doversi adattare a questo nuovo contesto istituzionale, superando una posizione in passato diffusa e che vedeva nella tarda antichità un momento di 'tramonto' del ruolo del giurista romano. La relazione ha tratteggiato i contorni del nuovo ruolo assunto dal giurista tardo antico, tanto sotto il profilo della sua funzione 'divulgativa', quanto per quella concernente i rapporti tra i giuristi ed il potere imperiale.

Vi è stato poi l'intervento del Professore Oliviero Diliberto della Sapienza Università di Roma, dal quale è emerso come il diritto assumesse a Roma un'importanza assoluta, avendo al tempo stesso sia funzione di strumento d'istruzione dei fanciulli che funzione di formazione della classe dirigente; ciò è desumibile dal fatto che la conoscenza e la citazione delle leggi delle XII tavole da parte di autori antichi non giuristi sono innumerevoli. L'autore si chiede com'è possibile che un testo legislativo sia stato utilizzato

così tanto fuori dal contesto squisitamente giuridico e trova una chiave di lettura nella definizione di Cicerone delle XII tavole come *carmen necessarium*, la quale offre non poche suggestioni, tra cui quella che l'antico testo legislativo era nei primi secoli a.C. oggetto di studio mnemonico: mnemotecnica adoperata nel contesto dell'insegnamento primario. Le fonti rivelano come i Romani avessero il primo approccio con la lettura e la scrittura tramite un testo di legge: imparando a memoria le XII tavole. Il diritto quindi, assumeva a Roma sia la funzione d'istruzione dei pueri che quella di formazione della classe dirigente.

Nel corso della prima giornata del Convegno, è intervenuta anche la Professoressa Li Xiuqing, proveniente dalla East China University of Political Science and Law, la quale ha discusso delle influenze sovietiche nella teoria giurisprudenziale cinese, partendo dalla Legge della R.P.C. del 1950 sul matrimonio. L'autrice si è concentrata sulla disciplina relativa al matrimonio e al sistema del diritto di famiglia in Cina dal XX secolo in poi, mettendo in rilevanza la prima Legge sul matrimonio della R.P.C. del 1950 e soprattutto la circostanza che i principi fondamentali da essa stabiliti erano riscontrabili nei codici pertinenti dell'Unione Sovietica. Leggi ed articoli pubblicati in Cina relativi al matrimonio e al diritto di famiglia sovietici finirono inevitabilmente per influenzare la teoria giurisprudenziale cinese in materia e di conseguenza l'interpretazione della legge del 1950. Dalla nuova legge sul matrimonio del 1980, poi modificata nel 2001, si è cercato di sbarazzarsi della legislazione sul matrimonio di matrice URSS, processo che non può considerarsi concluso e che probabilmente troverà la sua realizzazione nel Codice civile del 2020.

In relazione a quello che sarà il Codice civile cinese e agli interrogativi pressanti nell'elaborazione dello stesso, il Professore Gao Qicai della Tsinghua University, ha espresso il suo pensiero sulla sistemazione degli 'usi' nel nuovo Codice civile cinese, evidenziando che i 'Principi generali di Diritto Civile' del 2017 hanno riconosciuto gli usi prevedendoli come una fonte del diritto, di conseguenza, l'autore ha ritenuto che riassumere gli usi più rilevanti nei 'Principi Generali di Diritto Civile' e discutere riguardo la collocazione sistematica delle norme consuetudinarie negli stessi 'Principi Generali di Diritto Civile' è fondamentale per garantire un'organica comprensione e la corretta applicazione delle norme stesse. Si è rilevato, inoltre, come sono tre le disposizioni inerenti agli usi e nonostante l'esiguità delle stesse è palese il forte progresso

rispetto ai 'Principi Generali di Diritto Civile' previgenti, ove non vi erano disposizioni in materia. In tal senso è lapalissiana l'importanza all'atto della compilazione del prossimo Codice civile dell'applicazione degli usi civilistici e della loro adeguata regolamentazione.

4. *Relazioni del 6 maggio 2018*

Le relazioni del giorno successivo sono state oggetto di discussione sia nell'ottica dello scambio accademico e scientifico fra due culture giuridiche differenti sia in un'ottica inerente alla codificazione cinese.

Primo spunto offerto è stato quello relativo a una necessità impellente di riformare l'istituto della successione in Cina. Come ha fatto notare il Professore Zhao Xiaogeng della Renmin University of China, nonostante la legge sulla successione abbia fatto uno sforzo positivo nella determinazione dell'ordine degli eredi legittimi, non si risolvono i problemi che sorgono nella pratica. Problemi che sono delle micro-espressioni del dilemma sull'ordine dell'attuale regime della successione. La soluzione alle questioni più delicate è stata possibile rinvenirla solo quando il diritto tradizionale ha subito uno sviluppo in una successiva fase. Il relatore ha sostenuto che per l'effettiva definizione delle problematiche in esame, non è possibile attingere solo dal diritto dei Paesi occidentali, ma è essenziale ricercare la soluzione nella realtà e nell'esperienza ed è possibile farlo soltanto riferendosi alla 'sapienza' insita nel diritto tradizionale e per mezzo di esso riformare l'istituto.

Il Professore Li Qicheng della Peking University, ha voluto ricordare l'assoluta importanza di tenere in considerazione la storia di un Paese se si vogliono comprendere a fondo gli istituti giuridici dello stesso e l'ha fatto tramite la figura di Okada Asataro, giurista giapponese. L'Asataro è tra i giuristi stranieri che ha attirato di più l'attenzione della dottrina cinese, in particolare per quel che riguarda la sua posizione relativa all'abrogazione dell'analogia nella legge penale e all'affermazione del principio *nulla poena sine lege*. La relazione nell'analizzare i momenti fondamentali del pensiero dell'Asataro ha sottolineato alcune semplificazioni di cui spesso peccano i riformatori all'atto del confronto con tradizioni giuridiche complesse, riaffermando come anticipato, il dovere degli storici del diritto di adottare un approccio che tenga sempre conto

della Storia del proprio Paese per poter comprenderne gli istituti concreti.

Successivamente è stato il turno del Professore Nader Hakim dell'Università di Bordeaux che ha evidenziato come la promulgazione del Code Napoléon (1804) abbia segnato l'avvio di una stagione di forte aderenza della scienza giuridica francese – manifestatasi ad esempio nella Scuola dell'Esegesi o nella Scuola Scientifica – nei confronti del testo codicistico, al limite dell'ossessione. Lo scopo della relazione è di comprendere gli elementi di convergenza e di profonda divergenza che la storia giuridica del XIX secolo evidenzia, così come un'ampia gamma di variazioni di estrema rilevanza ai fini di avere coscienza del ruolo del giurista di fronte al diritto codificato.

Infine è stato il turno del Professore Tang Xiaoqing della University of Macau, con una relazione tesa ad evidenziare la costruzione del sistema teorico dei rapporti giuridici da parte dei giuristi dell'epoca kantiana: l'intervento ha tratteggiato le fasi salienti ed i principali punti critici dello sviluppo di un sistema teorico dei rapporti giuridici. In particolare, è stato rilevato come nelle opere di Kant si trovino numerose argomentazioni utili a stimolare una discussione sulle caratteristiche del rapporto giuridico. Viene altresì evidenziato come dalla rielaborazione delle idee kantiane la scienza giuridica del XIX secolo – in particolare Savigny – e del XX secolo abbia tratto elementi importanti ai fini della definizione stessa di rapporto giuridico, così come del ruolo svolto in esso dalla relazione tra diritti e doveri.

5. *Conclusioni*

Nei paragrafi precedenti ho considerato per esigenze di brevità solo alcune relazioni, le quali però sono sicuro possano offrire al lettore l'opportunità di comprendere il tenore dei dibattiti tenuti nell'arco della due giorni del Convegno in esame. Mi si perdoni la 'confusione' che avrò generato nel riassumere brevemente relazioni inerenti ambiti del diritto molto diversi fra loro. Ritengo che questi spunti possano far riflettere sugli obiettivi che la 'collaborazione giuridica' fra Italia e Cina si è posta e possano servire per avere coscienza dell'importanza della stessa, sia per quanto riguarda la Cina nell'opera di elaborazione del codice civile sia per quanto riguarda i numerosi studiosi italiani e non, che con grande

entusiasmo partecipano a questi eventi e che sono testimoni di un passaggio importantissimo della Storia giuridica e culturale della Repubblica Popolare Cinese. Spero che quanto detto finora muova la curiosità e l'interesse dei lettori ad approfondire la questione della codificazione in Cina, ad approfondire la conoscenza della Cina, la sua cultura, il suo passato e le sue tradizioni. Vorrei concludere con una riflessione del Professor Diliberto sul valore intrinseco delle tradizioni, considerazione da lui condivisa al termine del Convegno dello scorso maggio e che trasmette tutta la forza del progetto portato avanti dalla nostra Università e dalla Zhongnan University: «il Governo cinese ha lanciato negli scorsi anni la Nuova Via della Seta per ricongiungere la Repubblica Popolare Cinese alla vecchia Europa. Noi stiamo cercando di fare la nostra parte come giuristi e cioè, in questo enorme, grandioso, intelligente progetto della Nuova via della Seta proviamo a fare la nostra parte per connettere le nostre due tradizioni giuridiche. Nel corso di questo convegno ho sentito parlare spesso di tradizione. Voglio essere molto chiaro: la tradizione non appartiene al passato. Se qualcuno pensa che la tradizione è alle nostre spalle, sbaglia. La tradizione non si eredita come qualcosa del passato, non fa parte dell'eredità a noi trasmessa da padri e nonni. La tradizione siamo noi. La tradizione è il presente. Ogni nostra parola, ogni nostro concetto, ogni nostra categoria del pensiero è parte di quella tradizione. Se noi diciamo obbligazione, la natura delle obbligazioni cambia nel corso di ogni epoca e in ogni latitudine, ma è sempre frutto di quella tradizione che esiste ancora oggi. Allora, vedete, se non si conosce la storia giuridica non si è in grado di capire il diritto vigente, perché, e finisco citando un autore ecclesiastico della tradizione occidentale, Bernardo di Chartres, del XII secolo, egli diceva una cosa che vale ancora oggi: noi vediamo più lontano dei nostri antenati, noi moderni vediamo più lontano, ma perché siamo dei nani issati sulle spalle di giganti»⁵.

⁵ Intervento conclusivo del Professore Oliviero Diliberto al Convegno Internazionale «I giuristi e la formazione del diritto. Dagli *Scriptores Iuris Romani* alla codificazione del diritto in Cina», Wuhan, 5 e 6 maggio 2018.

ALESSANDRO RAPONI*

III
HONG KONG:
PROSPETTIVE COSTITUZIONALI E TUTELA DEI DIRITTI
NELLA BASIC LAW

This essay is presented in the context of the celebration of the 20 year anniversary since the transfer of power from the United Kingdom to the People's Republic of China, which was celebrated in Hong Kong the 1st of July. We will introduce the concept of "one country, two systems" and all the problems of the fulfillment of a democratic process that are connected to it according to the Basic Law. Furthermore, we will analyze the various forms of protection.

SOMMARIO: 1. Profili storici e necessità socio-politica della Basic Law. – 2. Carezza del sistema democratico: un modello elettorale programmatico. – 3. La protezione della Basic Law.

1. *Profili storici e necessità socio-politica della Basic Law*

In maniera inequivocabile, nel primo articolo la Basic Law di Hong Kong enuncia che «la Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong è parte inalienabile della Repubblica Popolare Cinese»¹. Inevitabilmente questa è una precisazione di non poco conto da un punto di vista giuridico, ma specie sotto il profilo storico.

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la stesura del presente lavoro è stato consultato il prof. Massimo Luciani.

¹ I riferimenti alla Basic Law sono, in tutto il testo, tratti dalla versione ufficiale in lingua inglese disponibile sul sito web del Governo di Hong Kong: <http://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/index.html>. Nel testo si usa l'abbreviazione BL.

La storia della Regione ebbe inizio con il blocco imposto dalle autorità cinesi, durante la dinastia Qing, all'importazione di uno stupefacente commerciato dai britannici, tensione che nel 1839 scatenò fra Cina e Gran Bretagna la Prima Guerra dell'Oppio. Proprio durante la guerra, nel 1841, gli inglesi s'impadronirono dell'isola di Hong Kong, che sarà, tuttavia, ceduta in modo perpetuo dalla Cina solo con il Trattato di Nanchino del 1842.

La Seconda Guerra dell'Oppio del 1860 portò ai britannici il dominio sulla penisola di Kowloon e l'isola di Stonecutter. Gli attuali confini di Hong Kong furono, però, definiti nel 1898 con la Convenzione per l'estensione del territorio di Hong Kong². La Convenzione fra Impero Cinese e Regno Unito prevede un contratto di affitto che comprendeva gli attuali Nuovi Territori e gli isolotti circostanti Hong Kong, per la durata di novantanove anni.

A partire dagli anni Cinquanta del XX secolo, una fiorente crescita industriale, specie nell'ambito tessile e manifatturiero, uno sviluppo del settore terziario e del sistema sanitario garantirono una solida prosperità alla Colonia³, infatti la Borsa di Hong Kong rimane tuttora il centro economico principale di tutto il continente asiatico⁴.

Dato che la Convenzione del 1898 sarebbe scaduta nel 1997 e la Cina Popolare (RPC) si rifiutava di rinnovare il contratto di affitto per un ulteriore periodo, il ritorno di Hong Kong alla RPC sembrava incontrovertibile. Il problema era come attuare questo passaggio e garantire, al contempo, la migliore situazione possibile per i cittadini della Colonia. Dopo una serie di tentativi negoziali falliti, Cina e Regno Unito giunsero a un compromesso sintetizzato nella formula di Deng Xiaoping: «un paese, due sistemi»⁵.

I negoziati si conclusero con la firma dell'accordo nel 1984. Il passaggio di sovranità si formalizzò il 1 luglio 1997.

La Basic Law venne adottata nel 1990 in applicazione della Dichiarazione congiunta sino-britannica. Entrò in vigore dal luglio 1997. Il concetto «un paese, due sistemi» manifesta l'intenzione di inglobare e lasciar coesistere due realtà economiche e giuridiche in antitesi. Tale necessità è chiarita all'interno del Preambolo della

² Vedi, per un'interessante visione sulle iniquità coloniali, R. RÉMOND, *Introduzione alla storia contemporanea II - Il XIX secolo (1815-1914)*, Milano, 1997.

³ K.G. DENG, *Evoluzione sociale di Taiwan e Hong Kong in epoca contemporanea*, in *La Cina*, di M. SCARPARI (a cura di), Torino, 2009, pp. 597-617.

⁴ G.C. CHOW, *Conoscere la Cina*, Roma, 2007.

⁵ M. THATCHER, *Gli anni di Downing Street*, Milano, 1993, pp. 414-421.

Basic Law. Per difendere l'integrità territoriale e l'unità nazionale della Repubblica Popolare Cinese, per preservare al contempo la prosperità e la stabilità di Hong Kong, sarebbe stata istituita una Regione Amministrativa speciale sulla base dell'art. 31 della Costituzione cinese, dove il sistema socialista non sarebbe stato praticato. Il territorio di Hong Kong, escluse le materie di politica estera e difesa, avrebbe goduto, per i cinquant'anni successivi dal ritorno alla Cina, di un alto grado di autonomia. Sarebbero state al contempo garantite le libertà fondamentali per la popolazione, quali la libertà di espressione del pensiero, di manifestazione, di religione e associazione.

I diversi atti di disobbedienza civile⁶, verificatisi negli ultimi anni, rivelano, tuttavia, una seria preoccupazione del popolo di Hong Kong di fronte alla minaccia di una cancellazione della sua autonomia da parte della RPC. Occorre, perciò, procedere a un'analisi dell'involuzione del processo democratico, verificando al contempo le forme di tutela.

2. *Carenza del sistema democratico: un modello elettorale programmatico*

Nel capitolo IV della Basic Law la prima sezione si occupa della figura più controversa della struttura politica: il Capo Esecutivo. L'art. 43 afferma che «il Capo Esecutivo della Regione amministrativa speciale di Hong Kong è il capo della Regione e deve rappresentarla».

Leggendo il testo è lecito domandarsi se sia possibile scorgere nella figura del Capo Esecutivo l'immagine del Capo di Stato. La terminologia può risultare fuorviante: «capo» richiama la tradizione europea del Monarca o del Presidente della Repubblica, organi separati dagli altri poteri pubblici proprio per il rispetto di una necessaria continuità e unità dello Stato. Tuttavia, la funzione del Capo Esecutivo di Hong Kong è, come precisa l'art. 48 punto 1, quella di «guidare il Governo della Regione». Non è la figura tracciata da Schmitt, la quale svolge «un'attività mediatrice, tutelatrice e regolatrice e soltanto in caso di necessità attiva»⁷. Il ruolo attivo

⁶ G. SANTEVECCHI, *Hong Kong, arrestato il leader delle proteste contro la Cina*, pubblicato sul *Corriere della Sera*.it, 27 settembre 2014.

⁷ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, A. CARACCILO (a cura di), Milano, 1981, pp. 209-210.

nel determinare l'indirizzo politico del Governo non permette sempre di individuare nella sua carica funzioni di garanzia e composizione dei conflitti: la scelta di un particolare obiettivo può porsi in contrasto con la visione di un altro schieramento politico, dando vita in questo modo a nuovi dissidi.

L'art. 45 è forse la causa delle principali controversie politiche sorte negli ultimi anni.

«Il Capo Esecutivo di Hong Kong deve essere scelto mediante elezione o consultazione tenutasi a livello locale e deve essere nominato dal Governo centrale del Popolo». La prospettiva democratica, enunciata in questo primo paragrafo, viene disattesa nel successivo: «Il modello di selezione del Capo Esecutivo deve essere determinato alla luce dell'attuale situazione di Hong Kong e in coerenza con il principio di uno sviluppo graduale e ordinato. Lo scopo ultimo è quello di una elezione del Capo Esecutivo a suffragio universale e diretto su designazione da parte di un comitato ampiamente rappresentativo, secondo le procedure democratiche».

Il terzo paragrafo dell'art. 45 rinvia all'Allegato I della Basic Law per la descrizione del sistema elettorale. La norma, di carattere programmatico, non fissa un termine specifico per la transizione verso un sistema di elezione democratico del Capo Esecutivo. Questo è il risultato del passato coloniale della città, dove non vi era mai stata una procedura elettiva della carica di Governatore.

Il Capo Esecutivo è eletto da un Comitato Elettivo altamente rappresentativo e poi nominato dal Governo centrale della RPC. Il corpo dei 'grandi elettori' è composto da 1200 soggetti membri delle *functional constituencies*, ossia collegi elettorali composti da individui che vantano interessi professionali o particolari. Trecento membri di questo collegio, ad esempio, appartengono al settore industriale, commerciale e finanziario. Un cittadino di Hong Kong è candidato se ottiene almeno 150 voti, secondo il principio 'una persona-un voto', in seno a detto collegio e rispecchia i requisiti di cui all'art. 44 BL. Il comitato dei 'grandi elettori' deve, sulla base dei candidati, eleggere il Capo Esecutivo a scrutinio segreto alla luce del criterio 'una persona-un voto'.

Il Consiglio Legislativo, disciplinato dal Capitolo IV, sezione terza della Basic Law, è definito dall'art. 66 come «il soggetto legislatore della Regione amministrativa speciale di Hong Kong». La funzione legislativa è esercitabile con una competenza a carattere generale, escluse quelle materie concernenti difesa e politica estera, delle quali è responsabile la RPC (artt. 13-14 della BL).

L'art. 68 riproduce i principi costituzionali in materia elettorale enunciati nell'art. 45. La norma rinvia all'Allegato II per la descrizione della modalità di elezione.

Il Consiglio Legislativo è composto da settanta membri, trentacinque dei quali eletti nell'ambito delle *functional constituencies*; trentacinque, invece, sono eletti nell'ambito delle *geographical constituencies* (collegi elettorali su base territoriale) attraverso una elezione diretta da parte dei residenti permanenti di Hong Kong, secondo un sistema proporzionale.

La mancata fissazione di un termine per il raggiungimento di uno standard democratico e la necessità di uno sviluppo del modello elettorale in modo «graduale e ordinato» suscitano perplessità. Occorre innanzitutto domandarsi se esista un'attività di monitoraggio della legislazione elettorale, la quale sia da guida per tale sviluppo. La risposta pare negativa, vista la discrezionalità del legislatore.

Lo stesso procedimento di revisione del sistema elettorale sembra avvalorare l'idea di una difficoltà politica nell'evoluzione democratica. Sia nell'Allegato I che nell'Allegato II, la legge rinvia a una ipotetica necessità dopo il 2007 di emendare le regole. Nel primo caso l'art. 7 dell'Allegato I prevede l'approvazione di un emendamento da parte del Consiglio Legislativo con una maggioranza dei 2/3 dei componenti. Tale emendamento deve ricevere il consenso del Capo Esecutivo e successivamente richiede l'approvazione da parte del Comitato Permanente del Congresso del Popolo⁸. Nel secondo caso, invece, l'emendamento, una volta ricevuto il consenso del Capo Esecutivo, è presentato al Comitato Permanente solo per la registrazione, ai sensi dell'art. III dell'Allegato II.

La revisione del sistema elettorale contempla una procedura aggravata, sottolineata oltretutto dall'interpretazione fornita, ai sensi dell'art. 158 BL, dal Comitato Permanente nel 2004 sugli articoli sopra citati⁹. L'ipotetica necessità implicherebbe non una necessaria revisione del modello elettorale ma, in base alle contingenze, una possibilità di modifica: perciò, in caso di valutazioni contrarie, la legge potrebbe rimanere invariata. Il Comitato ha

⁸ È un organo del Congresso del Popolo cinese. La Costituzione cinese attribuisce al Comitato un compito di supplenza del Congresso fra una sessione plenaria e l'altra, anche con poteri legislativi.

⁹ Strumento 18 della Basic Law. L'interpretazione è stata adottata il 6 aprile del 2004 dall'ottava sessione del Comitato Permanente del decimo Congresso del Popolo cinese e riguarda l'art. 7 dell'Allegato I e l'art. 3 dell'Allegato II.

inoltre precisato che il processo formale di revisione elettorale deve, in entrambi i casi, comprendere tutti i passaggi sopra menzionati, altrimenti la revisione non è idonea a spiegare effetti giuridici.

C'è stato un ulteriore chiarimento sulla formazione degli emendamenti: il Capo Esecutivo di Hong Kong deve presentare una relazione al Comitato sulla necessità di emendare le leggi elettorali; questo emerterà una decisione che tenga conto della «situazione attuale di Hong Kong» e rispetti il principio di uno sviluppo democratico «graduato ed ordinato». È il Comitato Permanente, in sostanza, a formulare un disegno di legge di revisione elettorale, tale progetto è poi presentato dal Governo al Consiglio Legislativo.

La competenza del Comitato a interpretare, secondo l'art. 158 (che disciplina l'ermeneutica delle norme della Basic Law), entrambi gli allegati sembra porre gli stessi su un piano della gerarchia delle fonti diverso, al pari delle norme costituzionali: questo è un elemento che irrigidirebbe lo svolgimento del processo democratico nella Regione.

L'ambiguità del legislatore non previene, però, un'osservazione sulla forma di entrambi gli allegati. La loro rilevanza nel quadro politico e il gravoso percorso di revisione avvalorano l'idea di due leggi elettorali dal carattere costituzionale¹⁰, tuttavia questo sembra smentito da tre circostanze.

La prima è che nelle tradizioni costituzionali moderne si rintracciano materie di particolare sensibilità politica, dove è necessario un iter legislativo differente: un esempio è la legge per la concessione di amnistia e indulto nella Costituzione italiana.

La seconda circostanza è che il potere di revisione costituzionale, sancito nell'art. 159 BL, è attribuito al Congresso nazionale del Popolo Cinese, non al Comitato Permanente¹¹.

La terza è una sentenza dell'Alta Corte di Hong Kong (HCAL 32 e 55/2009). I casi in questione concernevano la valutazione della legittimità costituzionale del voto corporativo per le *functional constituencies*, in riferimento al solo Consiglio Legislativo. I ricor-

¹⁰ H. KELSEN, C. GERACI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 153.

¹¹ A supporto sembra utile la lettura dello Strumento 8 della Basic Law adottato dal Congresso del Popolo Cinese il 28 marzo 1990, dove si chiarisce che la scelta di includere le leggi elettorali in un impianto separato dalla Basic Law è funzionale a rendere le leggi più facili alla revisione (*to make it more amenable to revision when necessary*).

renti sostenevano che il voto corporativo violasse l'art. 26 BL, perché tale norma attribuirebbe il diritto di voto solo a persone fisiche residenti permanenti. La Corte non ha dichiarato la propria incompetenza a giudicare la regolarità della materia elettorale rispetto alla Basic Law, anzi ha esaminato i rapporti esistenti fra le due norme. Vi è un limite insito alla giurisdizione costituzionale: il giudizio riguarda le fonti subordinate alla Costituzione¹², non quindi un giudizio sulla Costituzione stessa; tale sindacato è ammissibile per il solo controllo formale delle leggi di revisione costituzionale o delle altre leggi costituzionali¹³.

Il giudice ha rigettato il ricorso in merito al voto corporativo, ma la Corte, implicitamente, pare aver delineato un carattere non strettamente costituzionale dell'Allegato II, ventilando l'ipotesi, nei paragrafi conclusivi della sentenza, di discutere altrove la vicenda, non essendo stata posta alcuna questione specifica sull'argomento da parte dei ricorrenti.

Appare interessante la visione della Corte sul modello elettorale presente.

Le *functional constituencies* e il voto corporativo, afferma il giudice, sono elementi che esistono dal primo giorno: sono stati sviluppati come un sistema rappresentativo formale, per sostituire il precedente sistema informale di selezione dei membri del Consiglio Legislativo, che avveniva mediante nomina governativa.

Il giudice poi compie un ulteriore passo in avanti, suggerendo un'argomentazione curiosa. Hong Kong, secondo la Corte, è una città internazionale, caratterizzata da un'economia libera, centro di interessi da parte di molte società appartenenti o controllate da individui con cittadinanza straniera o diritto di soggiorno presso un altro Stato. Tali soggetti appartengono alle *functional constituencies*. La Corte, a questo punto del ragionamento, non ritiene sufficienti le ragioni dei ricorrenti per escludere tali soggetti dal diritto di voto, perché la logica delle *functional constituencies* e della storia di Hong Kong presuppone uno specifico riconoscimento a tali portatori di interessi, anche se non residenti. La sproporzione evidente sembra insita nella logica costitutiva della Basic Law.

La chiara natura programmatica dell'art. 68, poi, non consente al giudice la determinazione temporale dell'avvento di un si-

¹² H. Kelsen, C. Geraci (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 176 e ss.

¹³ G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, XV ed., Bologna, 2014, p. 220.

stema elettorale democratico: tale è questione del legislatore piuttosto che una materia costituzionale.

Il rigetto dei ricorsi non indica una posizione timida della Corte nell'affrontare la questione. Il giudice, a rigore, ha riconosciuto un'impossibilità a dichiarare incostituzionale il voto corporativo, perché il sistema della Basic Law consente espressamente modelli elettorali che esulino da procedure democratiche¹⁴. Tutto è rimesso alla discrezionalità del legislatore nel tempo. Se il compito di un sindacato di costituzionalità è verificare la conformità della produzione legislativa alle norme supreme, si può dire che il ruolo della Corte non sia stato neutro, ma chiarificatore nello svelare tali risvolti costituzionali che nel dibattito politico tendono a scaderne nella superficialità.

3. *La protezione della Basic Law*

Non si può affermare che il sistema giudiziario di Hong Kong goda attualmente di grande simpatia. La recente condanna del leader del movimento democratico Demosistō, Joshua Wong (a sei mesi di detenzione e all'interdizione per cinque anni dai pubblici uffici)¹⁵, ha sollecitato nuovi interrogativi su quello che sembrava essere il Catone Uticense della Regione amministrativa speciale¹⁶. Il guardiano è proprio l'art. 85 BL: «le Corti di Hong Kong esercitano il loro potere giudiziario in modo indipendente e libero da qualsiasi forma di interferenza. I giudici non possono essere oggetto di alcuna azione legale per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni».

Il primo periodo dell'art. 85 è un'affermazione intima delle diverse tradizioni costituzionali, sin dall'*Act of Settlement* del 1701 in Gran Bretagna. Il confine tracciato apparve da subito ad Hong Kong un'importante garanzia per la tutela dei diritti, dinanzi un Capo Esecutivo non eletto con procedure democratiche e un Consiglio Legislativo carente. È indispensabile, per l'autorevolezza

¹⁴ Art. 68, comma 2 della Basic Law.

¹⁵ A. AQUARO, *Hong Kong contro leader della rivolta degli ombrelli: carcere e niente candidature per 5 anni*, *laRepubblica.it*, 17 agosto 2017.

¹⁶ La sentenza di condanna contro Joshua Wong è stata cassata dalla Corte Finale di Appello a Hong Kong il 6 febbraio 2018. La Suprema Corte ha voluto precisare che le linee guida adottate dalla Corte di Appello per i partecipanti ad assemblee illegali e caratterizzate da atti di violenza sono valide e verranno applicate in futuro, se tali eventi si ripeteranno.

della struttura, che l'ordine giudiziario sia imparziale¹⁷ nel giudicare i conflitti politici. La vicenda di Joshua Wong ha posto un serio problema alla Corte di Appello: che limiti esistono per la libertà di manifestazione del pensiero? Inevitabile la strumentalizzazione politica: è stata applicata la legge oppure si è obbedito alla 'ragion di Stato' (della Repubblica Popolare)?

Affermare che anche l'ordine giudiziario si sia inchinato al Dragone sembra, tuttavia, affrettato. Va innanzitutto rammentato il ruolo attivo delle Corti di Hong Kong nella protezione della Basic Law. Tale potere deriva dall'art. 158 BL, dove si afferma che anche i tribunali, nell'ambito dei giudizi, possono interpretare la Carta costituzionale della Regione. Questo dà la possibilità alle Corti di agire nel solco tracciato dalla Basic Law e nella tutela dei diritti.

Un caso risulta particolarmente significativo: *Koo Sze Yiu and Leung Kwok Hung v. Chief Executive* del 2006. La Corte Finale di Appello, ultima istanza giudiziaria, affronta una problematica connessa alla declaratoria di incostituzionalità. In quali circostanze il giudice può sospendere una dichiarazione di illegittimità che cade su una legge o un provvedimento? La vicenda gravitava attorno a una serie di attività di sorveglianza segreta e alla connessa tutela della privacy. Il giudice di primo grado aveva dichiarato contrari alla Costituzione le norme oggetto del procedimento, ma aveva in contemporanea, invocando circostanze straordinarie, mantenuto operativi gli atti viziati. Si giungeva quasi a un paradosso: norme incostituzionali rimanevano vigenti per effetto di un'ordinanza temporanea di validità pronunciata dal giudice.

Il collegio non concorda con il giudice di prima istanza: predilige una più coerente e simmetrica sospensione della dichiarazione di incostituzionalità. Al contempo i giudici hanno voluto precisare che circostanze ordinarie non dovrebbero inficiare la dichiarazione di illegittimità, a meno che l'effetto pregiudizievole derivante da un sindacato sia più intenso rispetto al pregiudizio subito dal mantenere un atto viziato all'interno dell'ordinamento giuridico. Questa posizione chiarisce che la Costituzione non può divenire oggetto di distorsioni quando in gioco non vi siano interessi supremi.

La Corte pare descrivere un'immagine purificatrice della giustizia costituzionale. Il collegio afferma che dichiarare una legge o

¹⁷ Vedi voce *Imparzialità*. A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma, 2005.

un atto esecutivo contrario alla Basic Law generalmente non lascia alcuna lacuna all'interno dell'ordinamento, né crea un vuoto in grado di mettere in pericolo lo stato di diritto o l'integrità sociale. Il ruolo della dichiarazione di incostituzionalità è quello di liberare l'ordinamento giuridico da vizi incrostati, correggibili, sulla base dell'art. 160 BL, da leggi *ad hoc* o dalla cessazione degli effetti di tali atti illegittimi.

Si potrà, tuttavia, sempre ricordare un'immagine della *iurisdictio* onesta, abile, preparata e indipendente?¹⁸ Le Corti di Hong Kong, protette dall'art. 85 BL, sono in grado di contenere possibili evoluzioni autoritarie nel lungo periodo, garantendo un'istituzione a tutela delle libertà fondamentali dei cittadini.

Le sole Corti non sembrano invece in grado di bilanciare vicende politiche complesse e in continua evoluzione. Solo il futuro potrà rivelare il grado di maturità della Costituzione di Hong Kong, alla luce delle politiche del Partito Comunista Cinese e dei rapporti che verranno a delinearsi fra la Regione speciale e il resto della Cina.

¹⁸ C.H. McILLWAIN, N. MATTEUCCI (a cura di), *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990.

ALESSANDRA GERICHIEVICH - CATERINA GIULIA GUIDETTI
ALESSANDRA MATTOSCO - LAVINIA MAZZULLI
CAMILLA MERZ - GIULIO MONTESANO
BIANCA MUNTEANU*

CRONACA DI VIAGGIO IN CINA 2018

Seven students of the course of Institutions of Roman Law of university professor Oliviero Diliberto had the honor to participate in an historical event of great importance: an encounter between the Chinese and the Italian culture and the strengthening of the juridical relationship between China and Italy. In 2017, Sapienza University of Rome and Zhongnan University of Economics and Law concluded an agreement, which led to the foundation of the “Italian-Chinese Juridical Studies Center”. The Italian delegation attended a series of lessons of the Course of High Formation of Roman Law – held by Professor Diliberto at Wuhan Zhongnan University. The cultural and juridical exchange depicted in the present article was a great success. In particular, the cooperation brought to light how of numerous juridical institutes that are to be introduced with the new Chinese civil code in 2020 are originally inspired by the traditional sources of Roman Law.

SOMMARIO: 1. Una delegazione italiana alla Zhongnan University of Economics and Law. – 1.2. L'arrivo e le prime sanzioni. – 2. Il diritto romano: ispirazione per la codificazione del codice civile cinese. – 3. Un perfetto luogo d'incontro tra le due culture. – 4. Conclusioni.

1. *Una delegazione italiana alla Zhongnan University of Economics and Law*

Sulle orme di Marco Polo giunge in Cina, il 25 ottobre 2018, una delegazione della Sapienza, composta da 7 allievi del corso di

* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo contributo sono stati consultati il prof. Oliviero Diliberto e il dott. Domenico Dursi.

Istituzioni di Diritto Romano del Professor Diliberto. A seguito di un concorso, e per la passione dimostrata per la materia, tali studenti hanno colto l'opportunità di essere parte in prima persona di un momento storico di grande rilievo, che porterà, entro il 2020, all'entrata in vigore del Codice Civile Cinese. Come noto, l'epocale processo di codificazione in corso si sta svolgendo sulla base del diritto romano, con la conseguenza che anche il diritto cinese potrà considerarsi a tutti gli effetti un diritto 'neo romano', secondo una felice formula del Professor Diliberto¹. Tutto questo è stato possibile grazie a intensi rapporti accademici che, iniziati nel 1989 grazie alla pionieristica opera del Professor Sandro Schipani, oggi vivono una nuova e feconda stagione di grande importanza. Nel gennaio 2017, infatti, è stata siglata la Convenzione tra La Sapienza e la *Zhongnan University of Economics and Law* di Wuhan, alla presenza del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, che ha dato avvio alla costituzione del "Centro di Studi Giuridici Italo-Cinese", che vanta la biblioteca di diritto cinese più grande di Europa. La nostra esperienza si inserisce nel più vasto contesto dei rapporti accademici, oggi sempre più stringenti, tra le università.

1.2. *L'arrivo e le prime sensazioni*

Accolta con grande entusiasmo dalla ZUEL, la delegazione italiana si è immediatamente immersa in una cultura assai diversa, frutto di una storia, quella orientale, sviluppatasi con ricchezza e prosperità su un binario parallelo, con conseguenti rare occasioni d'incontro nel corso dei secoli con la cultura occidentale.

Sin dai primi momenti, la nostra delegazione ha potuto ammirare il diverso stile di vita dei colleghi cinesi, il loro interagire quasi in maniera osmotica con i docenti e le varie strutture universitarie. Questo loro profilo si è mostrato ancor più vivido nella celebrazione del Settantesimo anniversario della ZUEL, che vanta la facoltà di giurisprudenza più grande di tutta l'Asia, cui la delegazione ha avuto l'onore di partecipare.

2. *Il diritto romano: ispirazione per la codificazione del codice civile cinese*

La delegazione ha avuto il piacere di seguire, durante l'esperienza, una serie di lezioni del Corso di Alta Formazione di Diritto

¹ O. DILIBERTO, *La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L'insegnamento del latino e del*

Romano in Cina², tenute dal Professor Diliberto e dalla Prof.ssa Huang Meiling, rivolto sia a studenti cinesi che italiani.

I temi affrontati hanno mostrato la funzione che il diritto romano ancora oggi svolge. Come si accennava, il diritto romano in Cina si è rivelato essere la principale ispirazione del nuovo codice civile cinese, che sarà promulgato nel 2020. Tale studio si rivela quindi propedeutico e illuminante per la comprensione delle fondamenta degli istituti giuridici della nuova legislazione cinese³. La Cina ha scelto, dunque, la via romanistica, in quanto è stata tratta dalle medesime linee guida che originariamente sono state esplicate nel *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano, quali la completezza e la sistematicità con cui le singole materie sono organizzate all'interno della più ampia struttura del codice⁴. Ragionando sul tema della codificazione il Professor Diliberto ci ha mostrato l'esigenza più profonda che caratterizza le comunità fin dalla antichità, quella cioè di dotarsi di una compilazione di leggi. Eclatante l'esempio della raccolta delle XII Tavole, che traduce in un unico corpo, dodici tavole di bronzo, un'esigenza profonda, rendere le leggi scritte e pubbliche, visibili a tutti e conosciute da tutti.

Per mostrare l'utilità dell'analisi degli istituti giuridici del diritto romano, il Professor Diliberto ha affrontato anche la disciplina della locazione e della compravendita che presenta dei risvolti giuridici attuali ancora oggi.

Con la stessa finalità si è discusso delle *res communes omnium*, una categoria del diritto romano evocata in recenti progetti di riforma del regime codicistico dei beni in Italia, sia, con sorpresa, in ambito del diritto aerospaziale⁵.

3. *Un perfetto luogo d'incontro tra le due culture*

Questa esperienza, oltre al risvolto accademico, ha rappresentato anche un viaggio ricco di sapori e profumi orientali, alla scoperta di bellezze, tra cui la Grande Muraglia Cinese, una delle sette

greco antico in Italia e nel mondo (L. Canfora e U. Cardinale cur.), Bologna, 2012, pp. 53-67.

² Si tratta dello svolgimento presso la ZUEL del più antico Corso di formazione post laurea dell'ordinamento universitario italiano, il Corso di Alta Formazione di Diritto Romano, tenuto alla Sapienza, sin dal 1919.

³ S.SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in *XXI secolo*, Enc. Treccani, Roma, 2009.

⁴ O. DILIBERTO, *La lunga marcia*, cit., pp. 53-67.

⁵ Convegno mondiale di diritto aerospaziale, tenuto in Olanda nel 2018.

meraviglie del mondo. Indubbia la distanza geografica che separa le due culture, meno nota, invece, la bellezza di sentirsi a casa anche essendo lontani avvertita dagli studenti italiani, merito dell'ospitalità e della gentilezza dei colleghi cinesi. Tra le visite della delegazione, hanno suscitato particolare stupore: a Wuhan la Pagoda, a Pechino il Tempio del Cielo e la maestosa Città Probità che si apre su Piazza Tien'anmen. Durante il soggiorno a Pechino la delegazione è stata ricevuta presso la *China University of Political Science and Law*, ove si è svolto un importante incontro con la preside della facoltà di giurisprudenza, facoltà che per prima in Cina ha intrattenuto rapporti con le realtà accademiche italiane.

4. Conclusioni

Questa esperienza ha rappresentato davvero una grande opportunità per la delegazione di studenti Sapienza, è stato un viaggio in cui studenti italiani e cinesi si sono riscoperti simili e soprattutto con una passione condivisa nel cuore e nella mente, quella per il diritto romano. In questo viaggio gli studenti hanno potuto assistere ed osservare un momento storico fondamentale dove due mondi così separati in passato stanno avendo rapporti sempre più stretti: culturali, accademici e, in particolare, giuridici. Tale esperienza si inserisce quindi in un percorso molto più ampio destinato ad avere una lunga vita.

'Porta itineris dicitur longissima esse', la *'porta itineris'* è stata aperta da chi è riuscito a scrutare, al di là dello spazio e del tempo, un sentiero di condivisione tra due mondi tanto lontano e diversi.

Finito di stampare
nel novembre 2019
FF - Napoli

