



Sapienza Legal Papers  
Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

---

5

# Studi giuridici 2016-2017

**Parte prima**

### **Comitato di Redazione**

Francesco Camplani - Valerio Carresi - Stefania D'Onofrio - Elena Emiliani  
Nicolò Galasso - Ilenia Messina - Elda Ventrice

### **Comitato di Garanzia**

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

### **Advisory Board**

Nicolai Badenhoop - Adrian Hausler - Ulyana Kohut - Philip Nedelcu - Sophie  
Schürmann - Angelo Dominick Tannuzzo

### **Alla redazione hanno collaborato**

Lucrezia Caruso - Maria Caruso - Eleonora Del Vescovo - Elena Emiliani  
Angelica Izzi - Alessio Martino - Alessandra Mattoscio - Gloria Paradisi  
Damiano Francesco Pujia - Giulia Scoppetta - Agostino Sola - Federica Sprio  
Francesco Maria Vincentelli

### **Contatti**

email: [sapienzalegalpapers@uniroma1.it](mailto:sapienzalegalpapers@uniroma1.it)  
facebook: Sapienza Legal Papers  
website: [www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali](http://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali)  
[www.digef.uniroma1.it/publicazioni](http://www.digef.uniroma1.it/publicazioni)  
[www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta\\_/attivita-editoriali](http://www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali)

In amichevole collaborazione con



DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2017

ISBN 978-88-243-2494-6

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Printed in Italy Stampato in Italia

*Tenete a mente che le cose meravigliose che imparate a scuola sono il frutto del lavoro di molte generazioni, prodotte dallo sforzo entusiasta e dall'infinito lavoro in ogni paese del mondo. Tutto ciò è dato nelle vostre mani come un'eredità al fine di riceverlo, onorarlo, aumentarlo, e un giorno passarlo fedelmente ai vostri figli. È così che noi mortali otteniamo l'immortalità delle cose permanenti che creiamo in comune. Se ve lo ricorderete sempre, troverete un senso nella vita e nel lavoro, e acquisterete la giusta attitudine nei confronti di altre nazioni e altre epoche.*

*Il mondo come io lo vedo - Albert Einstein*



# INDICE

## PARTE PRIMA

- 1 *Nota di redazione*
- 7 Responsabilità delle imprese multinazionali per la violazione dei diritti umani  
*Gloria Paradisi - Federica Sprio*
- 17 L'accesso civico: analisi comparata e prospettive  
*Angelica Izzi*
- 33 Diritto e letteratura
  - 35 I. Imperi, costruzione del nemico e dignità umana  
Relazione sull'opera «Aspettando i barbari» di J.M. Coetzee  
*Alessio Martino*
- 45 Studi di diritto civile e del lavoro
  - 47 I. Il danno da illecito antitrust nella disciplina del d.lgs. n. 3/2017  
*Eleonora Del Vescovo*
  - 57 II. La disabilità nel mondo del lavoro: accesso e tutele  
*Agostino Sola*
- 69 Studi di diritto penale
  - 71 I. Il lavoro penitenziario  
*Maria Caruso*
  - 79 II. Il principio del *ne bis in idem* nel 'dialogo' fra le corti  
*Damiano Francesco Pujia - Giulia Scoppetta*
- 95 Il «*Tagebuch*» di Bernhard Windscheid  
*Francesco Maria Vincentelli*
- 111 La moltitudine in un unico corpo  
*Lucrezia Caruso*

- 119 Rome Model European Union 2016  
*Alessandra Mattosio*
- 123 Notiziario a.a. 2016, parte I  
*Elena Emiliani*

# PARTE PRIMA





## NOTA DI REDAZIONE\*

«La parola è impotente»<sup>1</sup> diceva il poeta Giuseppe Ungaretti rispondendo alla domanda su cosa fosse la poesia e, prima ancora, su come e da cosa nascessero l'espressività e la forma poetica di un pensiero. Nel veder prendere vita il quinto volume dei *Quaderni degli Alunni della Facoltà di Giurisprudenza*, il desiderio è quello di dedicarla interamente a una vita, quella di Stefano Rodotà, sulla quale abbiamo invece visto il tempo spirare il suo ultimo soffio. Un maestro le cui parole non sono mai state prive della capacità o del potere di rintracciare i termini più essenziali di una realtà; mai distanti dai valori più profondi – spesso intangibili – dell'uomo, ma sempre efficaci a educare a essi come riferimenti indispensabili di ogni valutazione e di ogni scelta, sia essa personale, istituzionale o civile. Una vita spesa alla ricerca delle parole capaci di dare attuazione e diffusione ai valori metagiuridici costituzionalmente positivizzati, finendo per ergersi a eterno riferimento per chi non sarebbe riuscito a trovarle da solo. A questa vita desideriamo rivolgere la riconoscenza dello studente che sente di essere stato sostenuto, nei contenuti della propria formazione accademica e personale, da parole ancorate «a qualcosa di obbiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo»<sup>2</sup>: 'dignità' e 'libertà'. «Non ho timore di usare parole troppo impegnative. Ma sono convinto che la riflessione sulla protezione dei dati, su *privacy* e dignità, sia un passaggio ineludibile per comprendere la condizione dell'uomo in questo millennio e per definire i caratteri che la democrazia sta assumendo.»<sup>3</sup>. Ancorando la parola a un valore e l'argomentazione

---

\* Per la redazione: Elena Emiliani.

<sup>1</sup> Così il poeta Giuseppe Ungaretti durante l'intervista 'Incontro con Giuseppe Ungaretti' a cura di Ettore Della Giovanna, 1961.

<sup>2</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 89.

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 2004, p. 5.

alla sua diffusione, realizzazione e perseguimento, è impossibile non riconoscere quindi alle parole di Rodotà un potere specifico – quello del rigore della tecnica giuridica – a sostegno di una potenza, e quindi di una capacità: quella di proiettare l'analisi a un fine, più precisamente al servizio richiesto dalla vocazione (quella del giurista)<sup>4</sup>, ossia la costruzione di un sistema di disciplina e tutela libero dal confine di un settore, ma aperto al futuro e ispirato a quel nucleo di valori comuni a ogni settore e a ogni soggetto, poiché attinenti alla libertà e dignità di ognuno.

Non c'è parola, tra quelle che animano la prima parte di questo quinto numero dei *Quaderni*, che non si ispiri a questa passione rigorosa, a questa tecnica colta; e che, forte di questi insegnamenti radicatisi nel DNA del pensare giuridico, non esponga i confini dei propri settori scientifico-disciplinari alla non negoziabilità<sup>5</sup> di valori umani preesistenti: i diritti, che «sono indivisibili, e quelli civili non sono un lusso [...]»<sup>6</sup>.

Nel diritto civile (al quale Rodotà ha legato la sua identità di giurista, aprendolo «alla legge suprema» e rivelando così la sua «irrequietezza costituzionale»<sup>7</sup>) è Eleonora Del Vescovo a mettere in evidenza nel suo contributo come 'intese restrittive', 'abuso di posizione dominante' e 'concentrazioni' siano le fattispecie su cui cade il divieto finalizzato alla tutela della concorrenza, direttamente legata a quei diritti individuali, il cui pregiudizio da un danno in materia antitrust legittima uno strumento di diritto privato quale la tutela civilistica. La tutela dei diritti individuali come bussola di un'analisi giuridica valida, perché capace di svolgere un 'servizio' socialmente necessario, è l'elemento comune di ogni ramo del diritto analizzato nei contributi degli studenti qui contenuti. Nei confini del diritto nazionale, sono Agostino Sola e Maria Caruso ad analizzare il rapporto di lavoro dalla prospettiva, rispettivamente, delle persone portatrici di disabilità e dei detenuti, in particolare nell'ottica del ruolo che il rapporto di lavoro svolge per due 'categorie' socialmente esposte al rischio di una fattuale riduzione di dignità, che invece la nostra Costituzione riconosce «pari» per tutti i

<sup>4</sup> Sul tema *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, G. ALPA e V. GROPPA (a cura di), Bari, 2013.

<sup>5</sup> S. RODOTÀ, *La strada dei diritti*, in *la Repubblica*, 23 febbraio 2016.

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *La strada dei diritti*, op. cit.

<sup>7</sup> Così il prof. Gaetano Azzariti nel suo intervento in occasione della commemorazione laica di Stefano Rodotà, tenutasi il 26 giugno 2017 presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

cittadini affidandone la garanzia a strumenti – quali un rapporto di lavoro – che siano capaci, formalmente e sostanzialmente, di permettere l'altrettanto pari, pieno e libero sviluppo della personalità come diritto inviolabile dell'uomo. Nell'elaborato di Alessio Martino la dignità – «non essere disposti a vedere la propria ragione e la propria consapevolezza calpestate» – e la verità dell'umanità – come «semplicità dell'essere fallibili e non voler affermare la propria ragione ad ogni costo» – sono ciò verso la cui graduale consapevolezza tende la vita del magistrato senza nome protagonista del libro «Aspettando i barbari» di J.M. Coetzee, in una graduale antitesi con gli abusi di potere talvolta imposti per il mantenimento dell'Impero, dell'ordine costituito. La dignità come «relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso»<sup>8</sup> è al centro degli elaborati di Francesco Maria Vincentelli – che su questo *fil rouge* ritrae l'evoluzione intima della personalità del giurista tedesco e principale esponente della Pandettistica tedesca, Bernhard J.H. Windscheid, riportandone la prima traduzione del suo «*Tagebuch*» – e di Lucrezia Caruso. In un ponte tra i confini nazionali e transazionali è invece la prospettiva di Angelica Izzi, Damiano Pujia e Giulia Scoppetta: la prima in un'analisi comparata dell'istituto dell'accesso ai documenti come uno dei principali meriti della l. n. 241/1990, che lo prevede «ai fini della tutela giuridica della sfera del richiedente»; i secondi analizzando un principio cardine in materia penalistica – quello del *ne bis in idem* – nel suo legame viscerale con il principio costituzionale di legalità di cui all'art. 25 e nell'applicazione data dalle Corti europee in materia di fattispecie di reati previsti nel Titolo I *bis*, parte V, del d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.). Il fronte del diritto internazionale è invece analizzato dalle studentesse Gloria Paradisi e Federica Sprio nella prospettiva della responsabilità delle imprese multinazionali per la violazione dei diritti umani; a esse si affianca Alessandra Mattosco, nel suo report sull'esperienza svolta nel Rome Model European Union. In conclusione è posto il Notiziario curato da Elena Emiliani e che, a partire dalla prima parte di questo quinto numero dei *Quaderni*, si articolerà in due parti, ciascuna contenente seminari, convegni e lezioni svoltisi nella nostra Facoltà secondo l'articolazione semestrale degli stessi *Quaderni*.

---

<sup>8</sup> C. COLAPIETRO, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2015, p. 594.

Le parole espresse dagli studenti nei lavori che animano la prima parte di questo quinto numero sono state il vero omaggio al maestro al quale la dedichiamo: nel vivere la perdita di uno dei più grandi «maestri di diritto e di vita», è leggendo queste parole che si vede cosa vi è nello sfondo, ossia una sostanza ormai radicata, quella della vita di Stefano Rodotà di cui egli, come Seneca, ci ha lasciato la sua immagine attraverso le sue parole.

«[...] rivolgendosi agli amici, dichiara che [...] lasciava loro l'unico bene che possedeva, che era anche il più bello: l'immagine della propria vita, della quale, se avessero conservato memoria, avrebbero raggiunto la gloria di azioni oneste e di un'amicizia solida.»<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> ТАСИТО, *Annales*, XV, 62.

GLORIA PARADISI - FEDERICA SPRIO\*

## RESPONSABILITÀ DELLE IMPRESE MULTINAZIONALI PER LA VIOLAZIONE DEI DIRITTI UMANI

*Repeated violations of human rights perpetrated by multinational corporations has raised the need to provide for a new form of international liability that extends to corporations, an entity traditionally subject excluded from the direct application of international law. This article aims to provide a brief illustration of the international law currently existing in this area and to highlight the importance of the case law of national courts, in particular the United States Supreme Court, in the concrete application of corporate criminal liability for the violation of human rights.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Normativa applicabile. – 2.1. Evoluzione giurisprudenziale. – 3. Considerazioni finali.

### 1. *Premessa*

Protagonisti indiscussi dell'ordinamento internazionale sono da sempre gli Stati. L'evoluzione avvenuta nell'ambito di tale diritto ha messo in luce la necessità di estendere la soggettività internazionale anche a soggetti privati. In particolare le imprese multinazionali sono rimaste ai margini della regolamentazione internazionale fino al XXI secolo. Tuttavia il crescente sviluppo economico e il sempre maggiore peso delle multinazionali, non soltanto nella scena nazionale ma anche in quella internazionale, hanno evidenziato la necessità di una maggiore regolamentazione delle attività delle suddette, al fine di assicurare una efficiente protezione dei diritti umani.

---

\* Studentesse del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Enzo Cannizzaro.

L'argomento è oggetto di dibattito fin dal 1970, periodo in cui emerse la necessità che le imprese, nello svolgimento delle proprie attività, rispettassero i diritti umani. Prevalse tuttavia l'idea che la tutela dei diritti umani dovesse essere affidata agli Stati e non alle imprese<sup>1</sup>.

Nel tentativo di assicurare una più effettiva tutela sono state introdotte alcune importanti regole, principalmente di *soft law*, e un'evoluzione significativa si è avuta grazie alle elaborazioni giurisprudenziali delle corti federali statunitensi<sup>2</sup>.

Le violazioni dei diritti umani da parte delle multinazionali si sono fatte sempre più frequenti tanto da portare al conferimento al prof. John Ruggie, Rappresentante Speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite, del compito di redigere una relazione relativa al quadro normativo, individuando gli strumenti per una più efficace implementazione.

## 2. *Normativa applicabile*

È necessario iniziare questa trattazione puntualizzando che la comunità internazionale non riconosce l'esistenza di una norma consuetudinaria che preveda la responsabilità delle multinazionali per violazioni dei diritti umani. La materia è disciplinata in maniera lacunosa da numerose fonti, principalmente di carattere pattizio. La problematica della responsabilità internazionale delle multinazionali è stata discussa in maniera attenta durante i negoziati che hanno portato alla firma dello Statuto di Roma e alla istituzione della Corte Penale Internazionale. In quell'occasione prevalse però la proposta francese, portando ad un accantonamento della responsabilità per le persone giuridiche, prevedendo che le violazioni compiute da queste fossero attribuite ai singoli individui in posizioni dirigenziali<sup>3</sup>.

Attualmente forme di responsabilità per le persone giuridiche sono previste in accordi internazionali, quali la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, la Convenzione del Consiglio

---

<sup>1</sup> D. KINLEY e J. TADAKI, *From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law*, *Virginia Journal of International Law*, 2004.

<sup>2</sup> A. BONFANTI, *Imprese multinazionali e diritti umani: la prassi dei punti di contatto nazionali e la giurisprudenza statunitense*, 2010.

<sup>3</sup> F. JERBERGER *Corporate Involvement in Slavery and Criminal Responsibility under International Law*, *Journal of International Criminal Justice*, 2016.

d'Europa sul crimine informatico, la Convenzione internazionale sulla responsabilità civile per i danni derivanti da inquinamento da idrocarburi e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale. Di quest'ultima è bene ricordare l'articolo 10, significativamente intitolato 'Responsabilità delle persone giuridiche'<sup>4</sup>.

Tuttavia, questi trattati presentano una serie di significative limitazioni. Per prima cosa la loro implementazione rimane affidata alla normativa dei singoli Stati, che la attueranno con gradi e discipline differenti. Inoltre in nessuno di essi sono rinvenibili degli standard in base ai quali valutare la responsabilità della persona giuridica. Tuttavia potrebbero fungere da modello per una futura convenzione con un'applicazione molto più ampia<sup>5</sup>.

Larga parte della disciplina esistente oggi scaturisce dalla previsione di strumenti volontari. Tra questi strumenti è possibile ricordare i codici statuari delle imprese stesse, con i quali esse stesse assimilano come propri degli standard di tutela considerati adeguati da Stati o da trattati internazionali. Più importanti ancora sembrano essere i principi elaborati dal *Global Compact*<sup>6</sup>, *network* che prevede la presenza di Stati, multinazionali e organizzazioni non governative, e le Linee guida formulate dall'OCSE. Nel primo caso si tratta di principi generalmente riconosciuti da tutte le nazioni, essendo in larga parte ispirati alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo. Sono da segnalare i primi due principi, in cui esplicitamente si invitano le imprese al rispetto dei diritti umani, dovendosi inoltre esse astenere da qualsiasi azione che, pur se non direttamente lesiva di tali diritti, si configuri come complicità all'azione di un terzo soggetto.

La previsione di una responsabilità per complicità è molto antica ed è al momento prevista, nell'ambito del diritto internazionale penale, dal tribunale penale internazionale per il Rwanda e dal tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia, che si è espressa in favore di tale previsione del caso *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> *United Nations Conventions Against Transnational Organized Crime*, <https://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>, 2000.

<sup>5</sup> N. PARK e J. NUSSBAUMER, *Beyond impunity : strengthening the legal accountability of transnational corporations for human rights abuses*, 2009.

<sup>6</sup> *Global Compact principles*, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

<sup>7</sup> *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, *International Criminal Tribunal for Rwanda (Appeals Chamber)*, Tanzania.

Questo principio di complicità sembrerebbe poter essere applicato anche alle imprese<sup>8</sup>.

Numerosi autori hanno affermato la validità di tale principio, principalmente attraverso la formula *'complicity or aiding and abetting'*, analizzandone l'applicazione in ambito internazionale<sup>9</sup>.

Circoscrivere la responsabilità delle imprese alla sola ipotesi di complicità lascerebbe però un significativo vuoto di tutela di una serie di situazioni in cui l'azione delle multinazionali non è associabile alla condotta di uno Stato.

Anche la portata dei principi del *Global Compact* è limitata, non essendo previsto un organo giurisdizionale che possa garantirne l'attuazione. Ancora una volta il rispetto dei diritti umani è affidato al libero volere delle imprese, molto spesso guidate più dall'interesse economico che non da sentimenti umanitari.

Più interessanti appaiono le Linee guida dell'OCSE<sup>10</sup>. Si tratta di uno strumento di *soft law* al quale hanno aderito anche Stati non facenti parte dell'organizzazione e l'attuazione delle Linee guida prevede l'azione dei Punti di Contatto Nazionali. I PCN, costituiti a livello nazionale nell'ambito dei ministeri che si occupano di materie economiche, controllano che vi sia una reale attuazione delle Linee guida. Questo controllo è effettuato mediante una procedura di *follow-up* di cui è incaricato principalmente l'*Investment Committee*, mediante l'adozione di *clarifications*<sup>11</sup>.

Gli Stati hanno escluso che il Comitato operi come un organo giurisdizionale o arbitrale, tuttavia la procedura si svolge sul modello di quella processuale, prevedendo la presentazione di memorie scritte o orali da parte delle imprese. Non è prevista alcuna sanzione nei casi in cui venga accertata una violazione ma le conclusioni dei PCN possono essere rese pubbliche. Tale pubblicità può risultare dannosa per le imprese coinvolte, motivo per cui questo può considerarsi un meccanismo indiretto per sollecitare le imprese al rispetto degli standard stabiliti con le Linee guida. Al

<sup>8</sup> J. CLOUGH, *Punishing the parent: Corporate criminal complicity in human rights abuses*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3, 2008, p. 899.

<sup>9</sup> A. CLAPHAM, *Extending International Criminal Law beyond the individual to corporations and armed opposition groups*, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 899-926.

<sup>10</sup> Testo reperibile su [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>11</sup> A. BONFANTI, *Imprese multinazionali e diritti umani: la prassi dei Punti di contatto nazionali dell'OCSE e la giurisprudenza statunitense*, in A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERATI, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI, *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010.



giorno d'oggi sono stati portati all'attenzione dei PCN circa 200 casi. Tra questi sembra opportuno ricordarne due, in entrambi i quali è stato protagonista il PCN inglese.

In *Survival International v. Vedanta Resources plc* lo *statement* del PCN ha confermato una violazione delle Linee guida, causa la mancata consultazione delle comunità indigene nei cui territori doveva essere costruita una miniera di bauxite. La società veniva anche riconosciuta colpevole per non aver predisposto delle procedure di valutazione dell'impatto sociale e ambientale.

Altro interessante caso è quello *Global Witness v. Afrimex Ltd* nel cui *statement* conclusivo venne accertata la responsabilità della compagnia per aver finanziato le forze ribelli durante il conflitto congolese, aver sfruttato il lavoro minorile e aver compiuto atti di corruzione<sup>12</sup>.

Si è pur sempre trattato di un meccanismo privo di forza vincolante il quale però ha portato alla previsione di una serie di raccomandazioni rivolte alle imprese colpevoli della violazione delle Linee guida.

Un ruolo diverso ha svolto la normativa domestica dei diversi Stati, certamente dotata di una maggiore forza cogente ma mancante dal punto di vista della transnazionalità. A questo proposito non si può non fare cenno a un importante fonte giuridica, pur se di diritto nazionale. L'*Alien Tort Claim Act* americano ha rappresentato un irrinunciabile modello per l'applicazione di obblighi internazionali anche alle persone giuridiche. Il testo indica che: «*the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*». Questo è stato la base per la pronuncia di una serie di sentenze delle corti federali in casi in cui non fosse direttamente coinvolto nessun cittadino statunitense.

Nella maggior parte dei casi le imprese multinazionali sono state convenute per la loro complicità con il governo locale, come stabilito nel caso *Abdullahi v. Pfizer*<sup>13</sup>, in cui fu riconosciuta la responsabilità civile della società farmaceutica che, grazie al sostegno del governo nigeriano, aveva sperimentato un antibiotico su 200 bambini in assenza del consenso dei genitori.

Tale criterio di complicità è stato seguito inoltre nel caso *South African Apartheid* in cui due imprese sono state ritenute

<sup>12</sup> BONFANTI, *op. cit.*

<sup>13</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163(2d Cir. 2009).

complici nella violazione di norme di diritto internazionale consuetudinario<sup>14</sup>. Soltanto in pochi casi le corti federali si sono spinte fino a ritenere responsabile un'impresa multinazionale per la diretta violazione dei diritti umani, senza la necessità di prevedere una connivenza con gli organi governativi. Ciò è avvenuto nel caso *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, in cui la Talisman è stata accusata di aver violato il divieto di genocidio<sup>15</sup>.

A dimostrazione però che nemmeno la normativa domestica ha sempre efficacia vi è il caso *Kiobel v. Dutch Petroleum Co*<sup>16</sup>. In questo caso i ricorrenti denunciavano la collaborazione delle affiliate nigeriane della multinazionale nella perpetrazione da parte del governo di un vasto numero di uccisioni stragiudiziali, torture e crimini contro l'umanità avvenuti nella regione Ogoni.

La Corte del Secondo Circuito affermò che: «*corporate liability has not attained a discernable, much less universal, acceptance among nations of the world in their relations inter se, [...] it cannot [...] form the basis of a suit under the ATS*».

La Corte Suprema si pronunciò in linea con quanto stabilito dal Secondo Circuito, affermando sia la mancanza di una stretta correlazione tra il caso e lo Stato americano sia la mancanza di una norma internazionale che preveda la responsabilità delle multinazionali.

È comunque possibile riscontrare il diffondersi di una autorevole dottrina che prevede l'affermazione di una responsabilità per le multinazionali. Autori quali Kremnitzer<sup>17</sup> affermano l'importanza di una tale previsione a livello internazionale, auspicando una revisione dello statuto della Corte Penale Internazionale, la quale, in base all'articolo 25, ha giurisdizione soltanto sugli individui.

### 2.1. Evoluzione giurisprudenziale

Tra il 2005 e il 2007 il rappresentante speciale sui diritti umani e le imprese John Ruggie ha condotto uno studio su 320

<sup>14</sup> BONFANTI, *Imprese multinazionali e diritti umani: la prassi dei punti di contatto nazionali e la giurisprudenza statunitense*, cit.

<sup>15</sup> *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, United States Court of Appeal, Second Circuit*, 2 ottobre 2009.

<sup>16</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659, 2013.

<sup>17</sup> M. KREMNIETZ, *A possible case for imposing criminal liability on corporations in international criminal law*, *Journal of International Criminal Justice*, p. 909-918, 2010.

casi di abuso da parte delle multinazionali prevalentemente in Asia, America latina e Africa, mettendo in evidenza il fatto che circa nel 75% dei casi risultano essere lesi i diritti all'integrità fisica e mentale, alla vita, alla libertà e alla sicurezza personali, mentre i divieti di tortura e trattamenti inumani in quasi la metà dei casi, risultano essere non rispettati<sup>18</sup>.

Nella stragrande maggioranza dei casi, pur essendo stata riscontrata una violazione perpetrata da una multinazionale, si tende ad attribuire la responsabilità per la suddetta violazione allo Stato ove questa ha avuto luogo, piuttosto che alla multinazionale stessa, come nel caso *Giacomelli v. Italy*<sup>19</sup> e ancora nel caso *The social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*<sup>20</sup>.

Oggi si cerca di andare oltre questo orientamento anche in considerazione del ruolo svolto dall'economia globale che ha certamente contribuito a radicare l'idea secondo la quale le grandi multinazionali debbano assumersi più responsabilità per le proprie azioni, nonostante la forte opposizione da parte di coloro che diversamente sostengono la tesi secondo la quale «*MNEs should only be responsible for the conduct of their business and should not be forced to involve themselves in such wider social issues*»<sup>21</sup>. Un primo passo verso una maggior responsabilizzazione delle multinazionali è stato intrapreso senza dubbio nel 30 Gennaio 2013, quando la Corte olandese ha ufficialmente ritenuto la Royal Dutch Shell Plc responsabile per disastri ambientali e infrazioni dei diritti umani. Nel 2008 Friday Alfred Akpan del villaggio di Ikot Ada Udo, Barizaa Dooh del villaggio di Goi e Alali Efanga e Fidelis Oguru entrambi del villaggio di Oruma supportati dall'associazione ambientalista Friends of the Health International hanno denunciato la Shell, accusandola di aver inquinato campi coltivabili e corsi d'acqua. Le comunità delle zone dipendevano per il proprio sostentamento da attività quali agricoltura e pesca, osteggiate dalle perdite degli oliodotto contestati alla Shell che impedivano agli abitanti

<sup>18</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and the other business enterprise. Addendum. Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human rights abuse, UN Doc. A/HRC/8/5/Add.2, 23 Maggio 2008.

<sup>19</sup> ECHR, *Giacomelli v. Italy*, applic. 59909/00, judgment, 2 novembre 2006.

<sup>20</sup> ACHPR, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* 2001.

<sup>21</sup> PETER T. MUCHLINSKI, *Human Rights and Multinationals: is there a problem?* International Affairs 77, gennaio 2001.

della zona di procurarsi il necessario sostentamento. Nonostante la Royal Dutch Shell Plc avesse sostenuto di non poter essere ritenuta responsabile per l'azione della propria sussidiaria in Nigeria, la Shell Petroleum Development Company Nigeria Ltd, la Corte l'ha condannata a pagare i danni a uno dei quattro contadini, Friday Akpan, stabilendo diversamente per gli altri ricorrenti<sup>22</sup>. Questa è certamente una sentenza dal valore inestimabile, perché è la prima volta che una causa che ha ad oggetto la responsabilità di un'impresa per crimini contro l'umanità commessi in un altro Stato si svolge nella sede del colosso petrolifero, in questo caso l'Olanda, e non nel paese in cui i crimini sono stati perpetrati, dunque la Nigeria.

Questa costituisce un precedente importante per permettere di sottoporre a giudizio le imprese multinazionali, ree di aver commesso crimini in altre zone del mondo, nei paesi di provenienza.

### 3. *Considerazioni finali*

Nell'era della globalizzazione non è più possibile affidare la tutela di fondamentali diritti alla autoregolamentazione delle società. Il contratto è lo strumento attraverso il quale le imprese assumono volontariamente l'impegno di rispettare standard internazionali in materia di diritti umani, la cui efficacia è discutibile data l'assenza di equilibrio negoziale tra le parti.

Certamente l'assenza di un tribunale internazionale che possa effettivamente tutelare i diritti umani dagli abusi compiuti da società multinazionali pare a chi scrive una lacuna estremamente grave dell'ordinamento internazionale. Non sembra essere adeguato un sistema che basi la protezione dei diritti umani sulle diverse norme nazionali, portando a un significativo deficit di tutela. L'attribuzione a tribunali nazionali di tali competenze ha fatto sì che alcuni Stati non mettessero in essere una effettiva normativa in grado di tutelare i singoli, lesi nei loro diritti. Alcune nazioni hanno preferito incentivare le attività delle imprese, arrivando alle volte a garantire una maggior tutela all'investitore straniero piuttosto che al cittadino. In alcuni Stati, tali società hanno agito con la connivenza dei governi in cui operavano, e le vittime non hanno trovato un'adeguata tutela all'interno del proprio ordinamento na-

---

<sup>22</sup> *Millieudefensie (Friends of the Earth Netherlands)*, 18 dicembre 2015.

zionale. Ciò è successo nel caso *Shell Nigeria*, in cui le popolazioni colpite dalle attività della compagnia sono state costrette a rivolgersi a fori stranieri.

Si avverte, imperante, la necessità di un foro internazionale che garantisca alle vittime l'accessibilità e la effettività della tutela giurisdizionale, nonché l'imparzialità della decisione, oltre a uno sviluppo uniforme e internazionale della disciplina riguardante le responsabilità delle multinazionali.

Sembra che l'ordinamento internazionale sia comunque ormai avviato verso un superamento, seppur lento, del brocardo «*societas delinquere non potest*».



ANGELICA IZZI\*

## L'ACCESSO CIVICO: ANALISI COMPARATA E PROSPETTIVE

*This paper focuses on innovations in administrative transparency, recently addressed by legislative decree no. 97/2016. On the one hand, the article analyses the sequence of the different regulations in the field; on the other, it compares the Italian regulations with the U.S. Freedom of Information Act (1966). Taking into consideration opinions and views expressed by the Council of State, by the National Anti-Corruption Authority and by the Data Protection Authority, the paper attempts to profile possible future prospects.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'accesso civico e i suoi rapporti con il diritto di accesso ai documenti amministrativi. – 3. Il decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97. – 4. Analisi comparata: il FOIA statunitense. – 5. Analisi critica. – 6. Le linee guida ANAC. – 7. Brevi considerazioni e possibili prospettive.

### 1. *Introduzione*

L'accesso civico è stato introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 33/2013, emanato in attuazione della legge n. 190/2012 in materia di anticorruzione. Tale decreto è stato poi modificato e integrato dal decreto legislativo n. 97/2016, adottato in attuazione della legge 'Madia' (n. 124/2015), di riforma della pubblica amministrazione.

Secondo la relazione illustrativa al decreto del 2016, «è introdotta una nuova forma di accesso civico ai dati e ai documenti

---

\* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati il prof. Marco D'Alberti e la dott.ssa Silvia De Nitto.

pubblici, equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita *Freedom of Information Act* (FOIA)».

Con le nuove disposizioni si è compiuto un ulteriore passo verso la c.d. «demarchia»<sup>1</sup> (o democrazia partecipativa) e verso una trasparenza esterna o di tipo orizzontale<sup>2</sup>. Questo lavoro si propone di analizzare le nuove disposizioni in rapporto alla previgente disciplina in materia di diritto di accesso dettata dalla legge sul procedimento amministrativo e dal decreto legislativo sull'accesso civico nella sua prima versione del 2013. Inoltre, al fine di verificare l'effettiva portata della normativa nell'ordinamento interno, saranno considerati gli elementi principali che caratterizzano il FOIA statunitense e le problematiche sollevate dalle Istituzioni consultate nell'ambito dell'iter legislativo italiano.

Le conclusioni cui si è giunti non possono comunque ritenersi definitive, dovendosi attendere la concreta applicazione dell'istituto da parte delle pubbliche amministrazioni e le valutazioni che saranno espresse al riguardo dalla giurisprudenza.

## 2. *L'accesso civico e i suoi rapporti con il diritto di accesso ai documenti amministrativi*

Prima dell'introduzione della legge 7 agosto 1990, n. 241, gli amministrati non erano titolari di un diritto generale di prendere visione di atti, documenti e informazioni appartenenti alla pubblica amministrazione<sup>3</sup>. Tra i principali meriti della legge sul procedimento amministrativo vi è quindi la previsione dell'istituto dell'accesso ai documenti, ai fini della tutela della sfera giuridica del richiedente.

<sup>1</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

<sup>2</sup> Alla trasparenza esterna si contrappone la trasparenza interna, teoria risalente all'inizio del '900, secondo cui la P.A. non può assumere alcuna volontà politica ma deve soltanto riflettere quella del legislatore. Tale concezione è stata criticata, tra gli altri, da Gregorio Arena. L'Autore ha evidenziato che, «poiché l'amministrazione non è un corpo privo di volontà propria e quindi trasparente alla volontà del legislatore, bensì è un insieme di soggetti capace di scelte e di preferenze nell'applicazione di tali leggi, ecco che allora il problema della trasparenza si pone ancora oggi nei termini in cui l'aveva posto Turati un secolo fa, cioè come visibilità da parte dei cittadini delle forme di esercizio del potere amministrativo». G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991.

<sup>3</sup> Tale possibilità era riconosciuta solo in specifici settori, come ad esempio per gli atti degli enti locali (art. 25 della legge 27 dicembre 1985, n. 816).



L'istituto è regolato dal Capo V, agli articoli 22 e seguenti, che lo configurano come «principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza» e si sostanzia nel «diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi». Nel testo originario della legge gli interessati venivano qualificati come i titolari di «un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti». La giurisprudenza è intervenuta in proposito rilevando il requisito fondamentale, ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, della titolarità di un interesse qualificato e collegato ad esigenze direttamente riguardanti il soggetto: non un mero interesse di fatto né una generica pretesa al controllo del buon andamento<sup>4</sup>.

In seguito l'art. 22 della legge n. 241/1990 è stato oggetto di modifica da parte della legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha stabilito espressamente che il richiedente deve essere titolare di un «interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso». La modifica, pur recependo gli orientamenti giurisprudenziali intervenuti, costituisce una previsione potenzialmente più restrittiva della precedente<sup>5</sup>. In passato, infatti, la legittimazione all'accesso, pur essendo collegata all'esistenza di una situazione giuridica in ogni caso meritevole di tutela (poiché rilevante), non si configurava come strumentale alla difesa in giudizio e dunque veniva valutata in astratto<sup>6</sup>; ora, invece, i requisiti della concretezza e dell'attualità dell'interesse e la qualificazione della situazione giuridica come «tutelata» – e non solo come «rilevante» – impongono che la richiesta sia motivata e dunque che la legittimazione venga accertata in concreto.

Con l'obiettivo di aumentare la trasparenza, il d.lgs. n. 33/2013, in attuazione della legge delega 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. 'Legge anticorruzione'), ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina del c.d. 'accesso civico' (articolo 5), codificando un diritto più ampio. L'istituto risulta essere fortemente innovativo in quanto la trasparenza viene elevata a obiettivo primario tutelato nella sua più ampia estensione<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 24 marzo 2015, n. 725.

<sup>5</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016.

<sup>6</sup> P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.

<sup>7</sup> Art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013.

Il campo di applicazione della nuova normativa coincide con l'area dei provvedimenti per i quali sussiste un obbligo di pubblicazione e vengono introdotte due nuove prescrizioni.

La prima consiste nel fatto che tale diritto spetti a 'chiunque', senza la necessaria dimostrazione della sussistenza di uno specifico interesse qualificato. Coerentemente, la norma non prevede che la richiesta debba essere motivata.

La seconda stabilisce che l'accesso civico non riguardi solo documenti ma anche informazioni e dati, pur non elaborati; pertanto, l'amministrazione sarà tenuta a provvedervi (sempre che, come detto, per essi sia previsto dalla legge un obbligo di pubblicazione).

Per quanto riguarda i rapporti tra accesso civico e diritto di accesso ai documenti amministrativi, va evidenziato come l'accesso civico non abbia sostituito l'ambito di operatività procedimentale di cui alla legge n. 241/1990. I due istituti, infatti, sono del tutto autonomi in quanto presidiano interessi diversi ed operano sulla base di differenti presupposti. L'accesso civico legittima in via generale e in capo a chiunque la richiesta di pubblicazione di documenti o informazioni, nell'ottica della *full disclosure* che ispira l'intera normativa del d.lgs. n. 33/2013. Il diritto di accesso ai documenti, invece, è finalizzato alla protezione di un interesse giuridico particolare e differenziato da quello della generalità dei consociati alla conoscenza dell'attività pubblica: quindi è esercitabile solo dai soggetti titolari di detto interesse e nei confronti di documenti preesistenti e già individuati<sup>8</sup>. Questa differenziazione è stata rilevata e precisata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>9</sup>, il quale ha chiarito che, mediante il d.lgs. n. 33/2013, il legislatore ha proceduto al riordino della disciplina al fine di attuare il principio democratico e i principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche. Tale finalità viene ad essere garantita dall'obbligo di pubblicazione di alcuni documenti nei siti istituzionali delle stesse P.A., cui corrisponde il diritto di chiunque di accedervi

---

<sup>8</sup> La non sovrapponibilità dei due istituti si rinviene anche nelle relative forme di tutela. L'accesso civico può essere fatto valere mediante segnalazione all'ANAC (delibera 2 ottobre 2013, n. 74). Invece, in caso di violazione del diritto di accesso la tutela è apprestata a mezzo di ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 27 della legge n. 241/1990.

<sup>9</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, sent. 20 novembre 2013, n. 5515.

in via diretta ed immediata. È solo in caso di omessa pubblicazione, dunque, che potrà essere esercitato il c.d. 'accesso civico', consistente nella richiesta di adempiere al suddetto obbligo di pubblicazione.

Diversamente, il diritto di accesso della legge n. 241/1990 si riferisce ai soli soggetti titolari di un interesse specificamente collegato al documento di cui è richiesta la visione.

### 3. *Il decreto legislativo 25 maggio 2016 n. 97*

Per ciò che concerne l'argomento in esame, la riforma prevista dalla legge n. 124/2015 è stata attuata mediante il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, nel cui ambito rilevano particolarmente le disposizioni introdotte dall'articolo 6. La norma modifica l'articolo 5 del d.lgs. n. 33/2013. Quest'ultimo prevedeva che il diritto di chiunque ad accedere alle informazioni sorgesse solo in caso di inottemperanza all'obbligo di pubblicazione da parte della P.A.<sup>10</sup>. Oggi, invece, per espressa previsione legislativa, si assiste ad un ampliamento dell'ambito di applicazione dell'accesso civico.

Se da un lato si conferma l'ambito ampio della legittimazione soggettiva attiva, che continua a sussistere in capo a 'chiunque', dall'altro si amplia notevolmente quello oggettivo, che non coincide più con l'area dei provvedimenti per i quali sussiste un obbligo di pubblicazione, ma prescinde da esso. Più specificamente, l'articolo 6 prevede che «Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti, detenuti dalle pubbliche amministrazioni "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto». La disciplina è ampliata anche nel senso che precedentemente l'obbligo per le amministrazioni consisteva nella sola pubblicazione di alcuni dati mentre ora, fermo restando questo onere per i documenti previsti dal d.lgs. n. 33/2013, le P.A. sono tenute a fornire le informazioni e i documenti ulteriori che vengano richiesti.

---

<sup>10</sup> L'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013 prevedeva, secondo la formulazione originaria, che «L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati, comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione».

Dal punto di vista soggettivo passivo (ovverosia quello delle pubbliche amministrazioni), si prospetta un ampliamento dei soggetti tenuti all'obbligo di trasparenza, ai quali è possibile rivolgere la richiesta di accesso. Infatti, la previsione normativa comprende le autorità amministrative indipendenti, di garanzia, di vigilanza e regolazione, nonché tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche)<sup>11</sup>. Inoltre, è espressamente previsto che la medesima disciplina si applica, in quanto compatibile, agli enti pubblici economici, alle autorità portuali, agli ordini professionali e alle società in controllo pubblico<sup>12</sup>, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti alle attività di pubblico interesse. Quest'ultima previsione risulta essere particolarmente rilevante in quanto anche soggetti privati, per quanto esercitanti attività di rilievo pubblico, sono tenuti, nei limiti predetti, al rispetto dell'obbligo di trasparenza, che diviene, dunque, obbligo generalizzato.

#### 4. *Analisi comparata: il FOIA statunitense*

Da quanto esposto risulta evidente l'intento del legislatore di introdurre una nuova forma di accesso civico, libero, ai dati e ai documenti pubblici, in larga misura equivalente a quello che nei sistemi anglosassoni è definito *Freedom of Information Act* (FOIA). In realtà, già con la formulazione originaria del d.lgs. n. 33/2013 si era tentato di introdurre un sistema di accesso improntato al FOIA. Tuttavia, l'impianto normativo del 2013 divergeva dal modello di riferimento statunitense sotto più profili, a partire dalla stessa struttura dell'istituto.

---

<sup>11</sup> Art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

<sup>12</sup> Si veda la definizione fornita dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

Il sistema anglosassone si basa sul presupposto che l'individuo gode di una posizione giuridica soggettiva che si sostanzia nel diritto soggettivo alla conoscibilità. Da questa prerogativa discendono, con riferimento all'ambito soggettivo, un diritto omnicomprendivo e, rispetto all'ambito oggettivo, un regime di accesso riguardante qualsiasi informazione detenuta dalle autorità pubbliche, salve eccezioni ben definite.

Al contrario, il d.lgs. n. 33/2013 – prima della modifica ad opera del d.lgs. n. 97/2016 – imperniava il sistema solo su una serie di obblighi cogenti in capo alle P.A., che costituivano la base di un diritto alla conoscenza che sorgeva solo successivamente.

La differenza tra la posizione soggettiva del modello anglosassone e l'obbligo normativo di fonte legislativa del sistema italiano comportava il sorgere di un diritto già limitato in quanto esistente e coercibile solo in presenza di una previsione normativa che prescrivesse esplicitamente l'obbligo di pubblicazione<sup>13</sup>.

Con il d.lgs. n. 97/2016 si è invece giunti ad un sistema maggiormente assimilabile al FOIA.

Al fine di analizzare la rispondenza della nuova disciplina del c.d. 'FOIA italiano' al modello già vigente nei sistemi anglosassoni, appare opportuno procedere ad uno studio di quest'ultima normativa, dando breve conto di quanto previsto, a titolo esemplificativo, dal *Federal Freedom of Information Act* statunitense del 1966<sup>14</sup>.

Il FOIA statunitense, come affermato da Jerry Mashaw<sup>15</sup>, riguarda sia la *secret law* sia il più grande campo dei documenti amministrativi o dei documenti che comunque non hanno forza di legge. In via generale, il FOIA impone ad ogni ente governativo tre distinti obblighi, riguardanti la pubblicazione e divulgazione (*disclosure*) o l'accesso (*access*) ai documenti e alle informazioni della pubblica amministrazione. Il primo riguarda l'obbligo di pubblicare nel *Federal Register* la descrizione dell'organizzazione, le modalità di azione, le regole generali sostanziali e le regole procedurali<sup>16</sup>. Il secondo obbligo consiste nel rendere disponibili, ai fini

---

<sup>13</sup> In tal senso, E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Rimini, 2014.

<sup>14</sup> Si fa riferimento al *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552, come emendato dalla Legge Federale No. 110-175, 121 Stat. 2524 e la Legge Federale No. 111-83, § 564, 123 Stat. 2142, 2184.

<sup>15</sup> J.L. MASHAW, *Administrative Law, the American public law system: cases and materials*. Sez. *Government Information and Disclosure*, St. Paul, MN, 6<sup>th</sup> edition, pp. 726 ss.

<sup>16</sup> FOIA, 5 U.S.C. § 552, Section 552(a)(1).

dell'esame e della duplicazione, le valutazioni finali e le decisioni, gli atti e le interpretazioni non pubblicati nel *Federal Register*, i manuali per lo staff amministrativo e le istruzioni per lo staff a contatto con il pubblico<sup>17</sup>. Il terzo, infine, prescrive che ogni ente governativo, in presenza di ogni singola richiesta di documenti che li descriva ragionevolmente, deve renderli immediatamente disponibili a chiunque. Per la ricerca e la duplicazione di tali documenti le pubbliche amministrazioni possono prevedere, a carico del richiedente, l'applicazione di oneri, anch'essi soggetti all'obbligo di pubblicazione, che tuttavia devono essere esclusi, o comunque ridotti, qualora la pubblicazione sia fatta nell'interesse del pubblico e non principalmente per interesse commerciale del richiedente<sup>18</sup>.

In caso di diniego della richiesta, la tutela giudiziaria è assicurata dalla corte distrettuale degli Stati Uniti. Questo organo ha il potere di imporre all'ente governativo di rendere pubblici e di duplicare i documenti che lo stesso ente abbia indebitamente rifiutato di fornire al ricorrente. In tal caso, la corte deciderà *'de novo'*, con ampi poteri valutativi, potendo altresì esaminare i contenuti della documentazione a porte chiuse, al fine di stabilire se essa non possa essere divulgata ai sensi delle esenzioni previste dallo stesso FOIA<sup>19</sup>. Come è ovvio, l'operatività e l'efficacia del FOIA dipendeva (e dipende tuttora) da un lato, dall'ambito di estensione delle esenzioni e, dall'altro, dalla concreta applicazione della disciplina. In effetti, fin dal 1966, anno di introduzione della normativa, parte della dottrina statunitense aveva sostenuto che la potenziale ampiezza e l'ambiguità di alcune esenzioni avrebbero potuto rendere la normativa *a paper tiger*<sup>20</sup>.

A tal proposito si può fare riferimento a quanto sostenuto da Glen Robinson<sup>21</sup>, per il quale i problemi interpretativi attinenti al

<sup>17</sup> FOIA, 5 U.S.C. § 552, Section 552(a)(2).

<sup>18</sup> FOIA, 5 U.S.C. § 552, Section 552(a)(3)(A) e Section 552(a)(4)(A).

<sup>19</sup> FOIA, 5 U.S.C. § 552, Section 552(a)(4)(B).

<sup>20</sup> Le critiche al FOIA, nella sua formulazione originaria, si fondavano anche su altri fattori quali, ad esempio, il potere dell'ente governativo di stabilire la forma di presentazione delle richieste e di imporre oneri per la pubblicazione. Entrambe queste prerogative sono state fortemente ridotte nella loro potenziale arbitrarietà da emendamenti successivi. Cfr., Pub. L. No. 93-502, 88 Stat. 1561 (1974); *Freedom of Information Reform Act in Anti-Drug Abuse Act*, Pub. L. No. 99-570 (1986).

<sup>21</sup> G. ROBINSON, *Access to government information: the American experience*, 14 Federal L. Rev. 35 (1983) in J.L. MASHAW, *Administrative Law, the American public law system: cases and materials*. Sez. *Government Information and Disclosure*, pp. 728 ss.

FOIA possono essere convenientemente raccolti in due categorie generali: quelli riguardanti specificamente la portata delle esenzioni e quelli che concernono le generali questioni di definizione, attuazione e applicazione. Rispetto alle principali esenzioni, si rileva che per ciascuna di esse sono previsti stretti limiti di operatività nonché il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza del rigetto da parte delle amministrazioni. A titolo esemplificativo, si può analizzare l'ambito di applicazione della prima esenzione prevista<sup>22</sup>, riguardante i c.d. 'segreti di Stato', cioè le materie coperte da segreto nell'interesse della difesa nazionale o della politica estera. La stessa disposizione che disciplina l'esenzione dispone che le materie coperte da segreto devono essere specificamente previste secondo criteri stabiliti da un decreto presidenziale e classificate come tali a seguito di un decreto presidenziale<sup>23</sup>. Inoltre, tale decreto è soggetto al controllo giudiziale sulla sostanziale ragionevolezza della classificazione.

Per quanto concerne la concreta attuazione del FOIA, l'immediata applicazione in sede giudiziale è stata tra le più importanti – se non la più importante – innovazioni introdotte dall'*Act*. Al riguardo, le corti sono state molto più che meri agenti applicatori della disciplina, risultando veri e propri interpreti 'creativi'. Come rilevato da Robinson, le decisioni giudiziali, in applicazione del FOIA, hanno in sostanza enfatizzato il generale obiettivo di *disclosure* dei documenti riservati.

## 5. *Analisi critica*

La nuova disciplina in materia di trasparenza e accesso civico si inserisce nel quadro di una più ampia e organica iniziativa di riordino della P.A. da parte del Governo. Gli obiettivi della riforma sono il miglioramento della qualità normativa, la semplificazione e l'efficienza di procedure e organismi, la cui attuazione si rende necessaria anche alla luce delle *best practices* internazionali<sup>24</sup>. Uno dei caratteri più rilevanti dell'intervento è il fatto che il disegno riformatore, ispirandosi alle più importanti innovazioni introdotte a partire dagli anni '90, affronta le problematiche dell'amministra-

---

<sup>22</sup> FOIA, 5 U.S.C. §552, Section 552(b)(1)(A).

<sup>23</sup> FOIA, 5 U.S.C. §552, Section 552(b)(1)(B).

<sup>24</sup> Si vedano i numerosi programmi dell'OCSE in tema di *administrative-reform* e *regulatory-reform*.

zione pubblica come un tema unitario. In tal modo, si assiste a un tentativo di soddisfare l'esigenza che l'amministrazione si presenti «al cittadino con una voce sola, coerente nel tempo»<sup>25</sup>.

Come osservato dal Consiglio di Stato, il nucleo più rilevante della riforma consiste non solo nel fatto che essa riguardi l'apparato pubblico nel suo complesso, ma soprattutto nell'interesse che guarda all'esterno di tale apparato, essendo diretta ad incidere sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione «in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo»<sup>26</sup>. L'obiettivo della trasparenza, in effetti, è la preconditione per rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici al fine di realizzare una democrazia che si esplica come «regime del potere visibile»<sup>27</sup>.

Muovendosi in questa direzione, il d.lgs. n. 97/2016 riconosce al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni per qualunque fine e senza necessità di motivazione. Inoltre, alla trasparenza di tipo proattivo (mediante pubblicazione, nel sito internet di determinati enti, di alcuni dati e documenti stabiliti dalla legge), già prevista dal d.lgs. 33/2013, si affianca una trasparenza di tipo 'reattivo', cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Come sottolineato dal Consiglio di Stato, «il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese FOIA)»<sup>28</sup> rappresenta per il nostro ordinamento una vera e propria rivoluzione copernicana, quale decisa apertura alla nota concezione di pubblica amministrazione come «casa di vetro»<sup>29</sup>. D'altra parte, però, non mancano alcuni elementi di perplessità che riguardano non solo la corrispondenza del d.lgs. n. 97/2016 al FOIA statunitense, ma anche la piena efficacia della disciplina nel nostro ordinamento.

Una prima diversità rispetto alla legge statunitense è rappresentata dal comma 3 dell'articolo 6, in cui si richiede che l'istanza di accesso civico debba essere già in grado di identificare «chiara-

<sup>25</sup> B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015.

<sup>26</sup> Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, adunanza del 18 febbraio 2016, parere n. 515 del 24 febbraio 2016.

<sup>27</sup> N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.

<sup>28</sup> Cons. Stato, parere n. 515 del 24 febbraio 2016, cit.

<sup>29</sup> F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908.



mente» i documenti oggetto della stessa. Al contrario, il FOIA<sup>30</sup> prevede che una richiesta, per essere conforme, debba descrivere solo «*reasonably*» i dati, rendendo il requisito formale meno oneroso per l'amministrato.

Altro elemento da evidenziare attiene al profilo della semplificazione nell'accesso, in quanto si prevede che l'istanza 'possa' – e non debba – essere trasmessa in via telematica. Al riguardo, come rilevato dal Consiglio di Stato<sup>31</sup>, sarebbe opportuno stabilire un regime telematico in via generale, come è previsto negli Stati Uniti. Inoltre, quanto alle garanzie del cittadino, lo schema del decreto legislativo prevedeva la sola tutela giurisdizionale. Sul punto l'A-NAC<sup>32</sup> aveva evidenziato che il ricorso giurisdizionale come unico strumento di tutela presentava un aspetto problematico in quanto avrebbe comportato un costo non irrilevante a carico del cittadino, potenzialmente in conflitto con la gratuità che anche in altri ordinamenti caratterizza la tutela dei diritti di accesso. È stata quindi introdotta un'opportuna correzione, per cui il nuovo comma 7 dell'articolo 5 del d.lgs. n. 33/2013 prevede un'ipotesi di riesame amministrativo, su richiesta di parte, prima del ricorso al TAR<sup>33</sup>. Del resto, la possibilità di un ricorso stragiudiziale è prevista anche in altri paesi dotati della legislazione sul Freedom of Information. In particolare, le normative del Regno Unito (il *Freedom of Information Act* del 2000) e del Canada (*l'Access to Information Act* del 1982) prevedono il ricorso ad un'autorità indipendente con poteri di *enforcement* (ad esempio, nel Regno Unito *l'Information Commissioner*). Tale possibilità non è però prevista negli Stati Uniti.

---

<sup>30</sup> FOIA, 5 U.S.C. §552, Section 552(a)(3)(A).

<sup>31</sup> Cons. Stato, parere n. 515 del 24 febbraio 2016, cit.

<sup>32</sup> Atto di segnalazione del 2 marzo 2016, cit.

<sup>33</sup> Art. 5, co. 7, del d.lgs. n. 33/2013: «Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-*bis*, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni. Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

Per quanto riguarda le esclusioni dall'accesso, esse sono stabilite dall'articolo 5-*bis* del decreto. Queste, seppur previste al fine di compensare l'universalità dell'accesso – e, quindi, configurate in modo più stringente rispetto a quelle previste dalle discipline precedenti – stando al solo dato normativo avrebbero potuto aumentare le perplessità circa la reale efficacia della normativa. Infatti, la norma formula le esenzioni in modo eccessivamente generico, con il rischio che le pubbliche amministrazioni possano esercitare il proprio potere discrezionale così ampiamente da estendere oltre misura l'ambito dei divieti, vanificando, di fatto, la stessa ragion d'essere della riforma. Questo timore è stato prospettato sia dal Consiglio di Stato che dall'ANAC. In particolare, il Consiglio di Stato ha proposto l'introduzione di criteri «forniti con linee guida appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria»<sup>34</sup>.

## 6. *Le linee guida ANAC*

Seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, il legislatore ha previsto all'articolo 5-*bis*, comma 6, del d.lgs. n. 33/2013<sup>35</sup> l'adozione di specifiche linee guida da parte dell'ANAC<sup>36</sup>.

Le linee guida distinguono le eccezioni tra assolute e relative (o qualificate); queste ultime, a loro volta, sono suddivise in esclusioni derivanti dalla tutela di interessi pubblici ed esclusioni derivanti dalla tutela di interessi privati. Le eccezioni assolute sono previste dalla legge e hanno carattere tassativo. In particolare, sono poste sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, e ricorrono nelle ipotesi di segreto di Stato e negli altri casi di divieto previsti dalla legge, compresi quelli contemplati dall'articolo 24 della legge n. 241/1990.

---

<sup>34</sup> Cons. Stato, parere n. 515 del 24 febbraio 2016, cit.

<sup>35</sup> Art. 5-*bis*, comma 6, del d.lgs. n. 33/2013: «Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative».

<sup>36</sup> Autorità Nazionale Anticorruzione, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* n. 7 del 10 gennaio 2017.

Sotto questo profilo, l'ANAC ha rilevato una parziale sovrapposizione delle eccezioni assolute all'accesso civico 'generalizzato' introdotto dal d.lgs. n. 97/2016 con quelle relative all'accesso 'documentale' di cui alla legge n. 241/1990. Ad avviso dell'Autorità, tale sovrapposizione deve essere interpretata tenendo conto che le eccezioni previste dall'articolo 24 della legge n. 241/1990, richiamate dalle norme sull'accesso civico, vadano lette in senso restrittivo. Secondo l'ANAC, infatti, le P.A. devono tenere in adeguata considerazione la maggior trasparenza imposta dal d.lgs. n. 97/2016 mediante una valutazione caso per caso e tale interpretazione è conforme all'evoluzione sostanziale del principio di trasparenza nel nostro ordinamento e ai principi della successione delle leggi nel tempo e della specialità della disciplina. Inoltre, l'Autorità sottolinea la necessità che il Governo, nel predisporre il regolamento di cui all'articolo 24 della legge n. 241/90 (non ancora emanato), tenga in considerazione questi profili. Le eccezioni relative si differenziano da quelle assolute perché il legislatore non opera una generale e preventiva individuazione delle esclusioni, ma rinvia all'attività valutativa delle singole amministrazioni, che dovranno verificare, caso per caso, se l'ostensione degli atti possa arrecare un pregiudizio concreto agli interessi, pubblici e privati, indicati ai commi 1 e 2 dell'articolo 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013<sup>37</sup>.

L'ambito di operatività delle eccezioni relative, sempre secondo le linee guida dell'ANAC, sembra essere piuttosto ristretto. Il pregiudizio, posto alla base del rifiuto della richiesta di accesso, deve presentare il duplice requisito della concretezza – che presuppone la sussistenza di un preciso nesso di causalità tra lo stesso pregiudizio e l'accesso – e della probabilità, elemento più stringente rispetto alla mera possibilità. Di conseguenza, l'amministrazione destinataria della richiesta non potrà limitarsi a prefigurare

---

<sup>37</sup> Art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 33/2013: «1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: *a*) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; *b*) la sicurezza nazionale; *c*) la difesa e le questioni militari; *d*) le relazioni internazionali; *e*) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; *f*) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; *g*) il regolare svolgimento di attività ispettive.

2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: *a*) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; *b*) la libertà e la segretezza della corrispondenza; *c*) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali».

il rischio di un danno in modo generico e astratto ma dovrà indicare specificamente quale, tra gli interessi contemplati dalla norma, verrà probabilmente e concretamente pregiudicato dall'accesso. Inoltre, il bilanciamento tra gli opposti interessi deve essere effettuato con riguardo al contesto temporale in cui la richiesta è formulata e il documento viene reso accessibile. L'eventuale pregiudizio non può essere valutato in via atemporale e assoluta. La contestualizzazione temporale del pregiudizio è confermata dai commi 4 e 5 dello stesso articolo 5-*bis*, i quali stabiliscono che il diniego è ingiustificato qualora siano sufficienti, ai fini della tutela dell'interesse contrapposto all'accesso, il differimento dello stesso o l'oscuramento parziale del documento o dell'informazione in oggetto.

Dalle indicazioni dell'ANAC emerge dunque la generale propensione a limitare l'ambito di applicazione delle esclusioni e, quindi, a privilegiare la scelta più favorevole al diritto di accesso, con la sola condizione che non vengano oltrepassati «i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto».

## 7. *Brevi considerazioni e possibili prospettive*

Allo stato attuale, il d.lgs. n. 33/2013 rappresenta effettivamente un sostanziale e importante sviluppo nel senso della trasparenza e della partecipazione. Tuttavia, non mancano le difficoltà attuative.

Una prima difficoltà potrebbe derivare dal fatto che il nostro legislatore non ha ancora fatto propria la concezione della trasparenza come 'modo di essere' dell'amministrazione, che non può basarsi esclusivamente su singoli istituti giuridici. Al contrario, i vari istituti sono solo mezzi per realizzare la trasparenza, intesa come fine<sup>38</sup>. Un'ulteriore difficoltà è legata all'organizzazione e al coordinamento tra amministrazioni. Già dalle linee guida dell'ANAC emerge il timore che le diverse amministrazioni, non avvezze alla comunicazione interna ed esterna, applichino la nuova normativa in modo disomogeneo e frammentario. Il suggerimento dell'Autorità è di adottare un regolamento interno che fornisca un quadro organico e coordinato dei diversi profili della disciplina della tra-

---

<sup>38</sup> G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991.

sparenza amministrativa, ormai imperniata, sotto questo aspetto, su ben tre diverse tipologie di accesso<sup>39</sup>. Ma ciò non tiene in considerazione la necessità di individuare criteri possibilmente comuni ad amministrazioni diverse.

Resta da dire che le norme italiane sull'accesso civico trovano le loro origini nelle leggi sull'anticorruzione mentre il FOIA statunitense, e anche quello britannico, muovono dalla logica dell'ampliamento della partecipazione. Gli strumenti e le modalità di funzionamento sono simili, ma il fondamento è diverso e ciò non può che riflettersi sulla concreta applicazione di quegli strumenti.

Ferma restando la sicura condivisibilità della riforma, resta il dubbio se sia opportuno che si continui a legiferare sulla trasparenza: se per essa intendiamo un modo di essere della P.A., l'eccessiva positivizzazione rischia di far degradare il principio a regola, con tutti i pericoli che ne derivano.

---

<sup>39</sup> Secondo le linee guida ANAC, l'accesso 'documentale' è l'accesso disciplinato dal capo V della legge n. 241/1990, l'accesso civico 'semplice' è l'accesso di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013 relativo ai documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione, l'accesso civico 'generalizzato' è l'accesso di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013 introdotto dal d.lgs. n. 97/2016.



# DIRITTO E LETTERATURA





ALESSIO MARTINO\*

I

IMPERI, COSTRUZIONE DEL NEMICO E DIGNITÀ UMANA

RELAZIONE SULL'OPERA «ASPETTANDO I BARBARI» DI J.M. COETZEE

*This paper consists of the transcript of an academic report about the relationship between law and literature. Starting from the work of Coetzee, it endeavors to analyze the concept of 'empire', highlighting in particular the arduous task of an absolute ruler to maintain build an 'enemy' of the people as a way to redirect their resentment and discontent.*

SOMMARIO: 1. Introduzione storica. – 2. L'Impero ed il nemico. – 3. Dignità ed umanità. – 4. L'idea di 'diritto' in J.M. Coetzee.

1. *Introduzione storica*

«Aspettando i barbari» non è un romanzo storico, non lo è per l'ambientazione proposta, non per il clima politico raccontato, neanche per intendimenti nascosti dell'autore. Nonostante questo John Maxwell Coetzee riesce a raccontare al lettore più attento la sua esperienza nel Sud Africa dell'apartheid, l'esperienza di un paese dilaniato da divisioni senza una reale radice e senza una matrice comprensibile. Non lo dice esplicitamente, e il suo intento non è neanche quello di raccontare la drammaticità della sua storia. In queste pagine Coetzee riesce però a portare alla luce un affresco dai contorni perfettamente definiti della miseria del genere umano, sul più basso fondo che l'uomo in quanto tale possa riuscire a toccare, e che troppo spesso in tutta la Storia, e in ogni angolo del pianeta, è stato capace di raggiungere.

---

\* Dottore in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati il prof. Paolo Ridola, il dott. Angelo Schillaci e il dott. Andrea Romano.

L'infanzia di Coetzee, in parte ispiratrice di questa narrazione, è evidentemente segnata da un legame profondo con il padre, allontanato dal proprio lavoro pubblico per aver espresso dissenso verso un regime senza senso quale quello dell'*apartheid*; un legame che si ripropone con una forza inarrestabile nel romanzo; un legame tanto forte da riportare con estrema facilità alla luce l'esperienza di un uomo umiliato ed allontanato dalla propria casa e dalla propria vita perché 'diverso', diverso anche da quelli che erano nel periodo più cupo della storia del Sud Africa i 'diversi'. Un'esperienza che Coetzee racconta in pesanti, profonde righe.

Per comprendere le intense pagine di questo libro è necessario partire dal sostrato umano, culturale, psicologico e storico del suo autore. La storia di questo magistrato senza nome, di cui non viene descritto nulla se non pochi dettagli (la barba, principalmente, elemento che segue continuamente in modo spasmodico le vicende del suo proprietario, raccontandone nella sua modificazione temporale le sofferenze e le gioie), è la semplice storia di un uomo qualsiasi che non ha nulla di particolare, nessun merito sociale o giuridico, ma conosce il senso della parola dignità.

«Non avrei mai dovuto permettere di aprire le porte della città per far entrare gente convinta che esistano considerazioni più importanti di quelle dettate dalla dignità»<sup>1</sup>.

Il filo rosso che accompagna il lettore in delle pagine a volte apparentemente sconnesse, è proprio questo: la maturazione graduale di una consapevolezza del significato della parola dignità che cresce ogni momento di più nell'animo di un magistrato che sino alla vecchiaia si era concentrato esclusivamente sulle proprie poche, piccole cose quotidiane.

Le righe di questo capolavoro letterario, mano di un meritato e consapevole premio Nobel per la letteratura<sup>2</sup>, muovono da un Impero che decide di affrontare i propri nemici al termine di una calda estate, dopo la quale l'inverno dell'uomo sarà assai più lungo di quello delle stagioni.

## 2. *L'Impero ed il nemico*

«I barbari escono di notte. Prima del tramonto bisogna riportare dentro tutte le capre, sbarrare le porte della città, e mettere

<sup>1</sup> J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, Torino, 2000, p. 102.

<sup>2</sup> J.M. COETZEE pubblica «Aspettando i barbari» nel 1980 e vince il premio Nobel nel 2003.

una sentinella a gridare le ore su ogni torretta. Di notte, si dice, i barbari strisciano fuori e si aggirano assetati di morte e di rapina. Nei sogni dei bambini le persiane si spalancano e alle finestre compaiono le facce feroci dei barbari. – Sono arrivati i barbari! – urlano disperati e non c'è modo di consolarli. Scompare il bucato steso ad asciugare, scompare il cibo dalle credenze, malgrado siano chiuse. I barbari hanno scavato un tunnel sotto le mura, dice la gente, entrano ed escono come vogliono, prendono quello che vogliono, nessuno può più ritenersi sicuro. I contadini continuano a lavorare la terra, ma escono in bande, nessuno va più nei campi da solo. Lavorano senza entusiasmo; i barbari sono là, aspettano il raccolto – dicono – poi allagheranno di nuovo le terre»<sup>3</sup>.

Ogni potere per difendere se stesso e sopravvivere ha avuto bisogno di un capro espiatorio da immolare sull'altare della pace e della stabilità dell'ordinamento. Coetzee sceglie come paradigma universale dell'idea di 'nemico necessario' i 'barbari', ed anche questa volta, come nel caso del magistrato protagonista della vicenda narrata, non si spende in descrizioni accurate che ne contestualizzano la presenza; l'obiettivo delle righe che sono dedicate a questi 'barbari', a questi 'nemici', fanno pensare invece ad ogni minoranza etnica, linguistica, sociale e religiosa che la Storia e le nazioni hanno incontrato nel corso dei secoli. Coetzee riesce a racchiudere in una descrizione scevra da particolarismi le sofferenze degli indiani d'America, degli aborigeni d'Australia, dei neri, dei copti, degli ebrei, degli yazidi, dei musulmani rohingya, degli uiguri in Cina, degli zingari, degli omosessuali, dei disabili, dei cristiani pakistani, e di ogni essere vivente che senza motivo sia stato vittima dell'"altro".

Nel corso dei secoli, ma soprattutto con il susseguirsi degli avvenimenti, gli studi sulla costruzione della figura del nemico si sono susseguiti nelle scienze sociologiche e in quelle più legate alla psicologia. Tuttavia non potrà mai essere banale tornare a riflettere su quanto ogni essere umano muti il proprio comportamento inseguendo i propri obiettivi, la sicurezza, il potere, o più semplicemente muovendosi disperatamente alla ricerca di una pace che a volte sembra assai lontana, ma per cui si è disposti a tutto.

Coetzee è sostanzialmente riuscito a trasformare un villaggio sconosciuto, di cui il lettore non conosce neanche l'estensione o le caratteristiche viarie, in ogni città costruita dall'uomo che sia esi-

---

<sup>3</sup> COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., p. 153.

stata nei secoli della Storia. Il villaggio che è da decenni in mano al potere di questo anziano magistrato civile diviene così la Berlino degli anni '30, la Roma del I secolo d.C., la Pyongyang dei giorni nostri. Un villaggio (o forse una città, questo non è dato al lettore saperlo) dove i cittadini cercano di rincorrere la propria salvezza percorrendo intricate strade contraddittorie, nelle quali è più facile perdersi che raggiungere l'uscita del labirinto.

«Quando sono arrivati per acuartierarsi in città, questi soldati, coscritti richiamati da ogni parte dell'Impero che hanno modi diversi dai nostri, sono stati accolti freddamente. “Non abbiamo bisogno di loro qui – diceva la gente, – prima se ne vanno a combattere i barbari e meglio è”. Nei negozi nessuno gli faceva credito, le madri chiudevano a chiave le figlie nelle case per tenerle lontano da loro. Ma appena i barbari hanno fatto capolino alla nostra porta le cose sono cambiate. Ora che sembra siano l'unica difesa rimasta tra noi e la distruzione questi soldati stranieri sono ansiosamente corteggiati. Un comitato di cittadini riscuote una tassa settimanale per i festini dei soldati, pecore intere vengono arrostiti allo spiedo, scorrono barili di rum. Le ragazze della città sono lì per loro, da scegliere a piacimento. Possono prendere quelle che vogliono, basta che restino a vegliare sulle nostre vite. E più sono coccolati, più diventano arroganti. Sappiamo di non poter contare su di loro. Ma con i magazzini alimentari quasi vuoti e il corpo di spedizione svanito come fumo, che altro abbiamo per trattenerli quando la festa sarà finita? Non resta che sperare che vengano trattiene dai rigori dell'inverno che sta per cominciare»<sup>4</sup>.

Come sosteneva lo scienziato ucraino Theodosius Dobzhansky: «vi è un tragico conflitto nell'anima dell'uomo; e, fra le imperfezioni della natura umana, questa è molto più grave che i travagli del parto». Ed è proprio sulle contraddizioni insite nell'animo umano che l'Impero costruisce il proprio potere. Coetzee riesce a raccontare la costruzione di un nemico inesistente; l'elevazione a nemico di un popolo inconsapevole di cosa stesse accadendo; la perfetta riuscita di un lavoro volto ad instillare nella mente dei fiduciosi e fedeli funzionari dell'Impero l'idea dell'esistenza di un nemico impalpabile, invisibile ed a volte talmente subdolo da diffondere terrore, che giustifica l'uso di ogni mezzo, seppure umanamente illegittimo, per la salvezza dell'ordine costituito.

---

<sup>4</sup> COETZEE, *op. cit.*, p. 164.

### 3. Dignità ed umanità

Negli uomini, nelle nazioni e nella Storia sono i momenti di rottura, quelli in cui si tocca drammaticamente il fondo e si pensa che non si sarà mai più capaci di rialzarsi, a rendere possibili dei cambiamenti di visuale che permettono di rileggere il passato con occhi nuovi. Questo è sostanzialmente quello che accade anche al magistrato protagonista di questa storia durante le pagine della narrazione. L'incontro con la propria coscienza è quello con una donna vittima degli interrogatori, e delle torture, dei soldati mandati a 'salvare' l'Impero. Il magistrato sarà formalmente ed egualmente in carica tanto nelle prime pagine del libro, quanto alla sua conclusione. Ma con consapevolezza diverse.

«Perché io non ero, come mi piaceva credere, l'opposto indulgente ed edonista del gelido, rude colonnello. Ero la menzogna che l'Impero si racconta quando le cose vanno bene, e lui la verità che l'Impero dice quando comincia a soffiare vento di tempesta»<sup>5</sup>.

L'essere umano del XXI secolo possiede degli assunti, delle norme, delle consapevolezze, che ritiene fondanti la propria esistenza. Sono quelli che comunemente nei libri di diritto vengono chiamati 'diritti fondamentali'. Attribuzioni dell'uomo in quanto tale che si sono affermate nel corso della Storia attraverso quelle che chiamiamo tecnicamente 'generazioni di diritti'<sup>6</sup>. Sono tuttavia delle concezioni di attribuzioni fondamentali all'essere umano in quanto tale relative concettualmente, ma anche spazialmente. Basti pensare alle controversie nate nel mondo islamico sin dalla prima redazione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del dicembre 1948<sup>7</sup>. Tutto questo è ampiamente argomentato, seppure in una maniera particolarmente leggera ma non per questo meno profonda, nel libro di Coetzee.

La dignità e l'umanità, quindi, si incontrano nelle pieghe della storia che vede protagonista suo malgrado questo anziano magistrato. La dignità nel senso più profondo che il termine conosca. Non si parla, tuttavia, banalmente e semplicisticamente della 'di-

---

<sup>5</sup> J.M. COETZEE, *op. cit.*, p. 170.

<sup>6</sup> Il riferimento è in particolare allo sviluppo storico del costituzionalismo descritto da P. RIDOLA, *Diritto fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla mancata apposizione della firma di adesione delle rappresentanze delle nazioni islamiche, se non e solo in alcuni casi esclusivamente di principio; alla Dichiarazione islamica dei Diritti dell'uomo di Parigi del 1981; alla Dichiarazione del Cairo dei Diritti Umani dell'Islam dell'estate 1990; alla Dichiarazione di Marrakech del gennaio 2016.

gnità dell'altro', ma di quella propria di ognuno di noi. Coetzee non vuole in alcun modo erigere ad eroe un uomo di cui, anzi, sottolinea e narra con pregevole maestria le colpe e gli abusi di potere. L'intento è quello di far vivere al lettore un viaggio perlustrativo nei meandri dell'uomo che siede sullo scranno magistratuale; un viaggio che porterà il magistrato a raccogliere finalmente la propria dignità per evitare che venga mai più calpestata.

L'umanità. Alla definizione di 'diritti fondamentali', assai evocativa dal punto di vista formale che richiama quella posizione centrale di fondamento strutturale al sistema giuridico statale dei diritti, è per molti aspetti preferibile quella di 'diritti umani', senza dubbio esterna alle costruzioni dogmatiche ma ricolma di significati paradigmatici, frutto della memoria a cui i figli del XX secolo non posso in alcun modo rinunciare poiché farlo sarebbe abiurare la propria stessa esperienza.

Umanità significa nell'opera di Coetzee rendersi sostanzialmente conto della verità limpida che l'uomo ha davanti anche quando il potere, l'Impero in questo caso, cerca di sostituirla con costruzioni empiriche volte alla sua stessa demolizione. E così il nostro magistrato, consapevole di cosa sarebbe più indicato per la propria salvezza, memore dell'umanità che ha conosciuto e scoperto nella donna-prigioniera che ha riportato contro ogni ordine fra i suoi fratelli barbari, cambia l'atteggiamento che lo aveva contraddistinto per tutta la propria vita. Rinunciando agli agi, alle false battaglie per una libertà ad ogni costo, si abbandona alla verità dell'umanità, qualsiasi ne sia il costo.

L'umanità e la dignità nel romanzo di Coetzee, come si è detto, sono un fatto personale e proprio del protagonista. Vi è sicuramente molto su cui riflettere, e in parte si è provato a farlo. Ma il paradigma dell'incontro fra l'umanità, cioè la semplicità dell'essere fallibili e del non voler affermare la propria ragione ad ogni costo, e della dignità, cioè del non essere disposti a vedere la propria ragione e la propria consapevolezza calpestate, fioriscono in una delle pagine centrali della storia, durante uno dei pochi interrogatori che il magistrato-prigioniero dovrà affrontare dinanzi agli ufficiali della «Terza Divisione», un drappello di uomini senza scrupoli chiamati a violare qualsiasi basilare norma di convivenza sociale pur di proteggere l'Impero.

«Farei ancora in tempo a interrompere la lezione e invece sento il tono della mia voce alterarsi e mi lascio trascinare, a malincuore, dalla rabbia che mi avvelena. [...] C'è un periodo del-

l'anno, lo saprà, in cui i barbari vengono qui per commerciare. Bè, vada a uno qualunque dei banchi del mercato in quel periodo e mi dica chi è che viene truffato sul peso, maltrattato, ingannato. Mi dica chi è che è costretto a lasciare a casa le donne per paura che i soldati le insultino. Chi è che finisce per terra ubriaco e chi è che lo prende a calci. È il disprezzo per i barbari, un disprezzo esibito dall'ultimo dei contadini e degli stallieri. Il disprezzo con cui io, magistrato, ho dovuto scontrarmi per vent'anni. Come si fa a sradicare il disprezzo, soprattutto se è fondato su particolari insignificanti come il diverso modo di stare a tavola o una differenza nella forma della palpebra? [...] Pensiamo a questo paese come se fosse solo nostro, parte del nostro Impero: il nostro avamposto, il nostro stanziamento, il nostro centro commerciale. Ma questa gente, questi barbari non la vedono affatto così. Sono più di cento anni che stiamo qui, abbiamo strappato terra al deserto, fatto opere di irrigazione, seminato i campi; abbiamo costruito case solide e circondato la nostra città di mura, ma per loro continuiamo a essere stranieri di passaggio»<sup>8</sup>.

Infine, ed è l'ultima annotazione che si ritiene utile e necessaria per delineare questi due tasselli cardine della costruzione coetzeeniana, una breve analisi merita la ribellione in difesa dei diritti di cui il magistrato decide di farsi protagonista. Una ennesima dimostrazione di un percorso che è fundamentalmente personale.

«Debbo tornare nella mia cella. Come gesto non avrà nessun effetto, non sarà neppure notato. E tuttavia, per me stesso, come gesto che faccio per me solo, debbo tornare al chiuso e al buio, chiudermi dietro la porta e spezzare la chiave, chiudere le orecchie al clamore di quei patrioti assetati di sangue, chiudere la bocca e non parlare mai più. Chissà, forse giudico ingiustamente i miei concittadini, forse proprio in questo momento il calzolaio è in casa e continua a martellare e canticchia per coprire le grida. Forse ci sono madri di famiglia che sbucciano piselli in cucina e raccontano favole ai loro bambini irrequieti per distrarli, forse ci sono contadini che ancora si occupano pacificamente di riparare i canali di irrigazione. [...] Per me, in questo momento, mentre scappo dalla folla, quel che conta è non venire contaminato dalle atrocità che stanno per commettere, non essere avvelenato dall'odio impotente nei confronti di chi le commette. Non posso salvare i prigio-

---

<sup>8</sup> J.M. COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., p. 64.

nieri, quindi devo salvare me stesso. E che alla fine si dica, se mai in un futuro lontano qualcuno si dovesse interessare a noi, si dica che in questo remoto avamposto dell'Impero di luce è esistito un uomo che, nel profondo del cuore, non era un barbaro»<sup>9</sup>.

L'uomo, drammaticamente portato all'auto-commiserazione frutto della costante auto-justificazione, difficilmente decide di riconoscere i propri errori. Tuttavia, «la giustizia non può fare a meno della verità. Solo quest'ultima ricolloca i responsabili dei peggiori crimini e le loro vittime ciascuno al proprio posto e al giusto ruolo, ridando a ognuno di noi un'occasione di riscatto»<sup>10</sup>.

L'occasione di riscatto è proprio quella che muove alla sopravvivenza l'anziano magistrato, proprio quando il suo stesso corpo chiederebbe come unica concessione quella di smettere di soffrire. Tuttavia le pulsazioni più profonde dell'uomo decidono di non rassegnarsi, di soffrire la carcerazione e le sevizie fisiche e psicologiche, probabilmente nella seppur tardiva consapevolezza di dover scontare qualche cosa soprattutto personalmente, più che per reale sete di Giustizia.

L'aver visto perdere la dignità, eppure rimanere composti, concede la forza di riuscire nella stessa impresa. Il magistrato che aveva visto decine di prigionieri accalcarsi nel cortile della propria caserma, nel proprio villaggio; il magistrato che aveva condiviso il letto con una donna resa cieca dalle torture di un ferro incandescente avvicinato ai propri semplici occhi; il magistrato che aveva finalmente compatito le sofferenze che aveva distrattamente incontrato nel corso del tempo vissuto, riuscirà nel momento di maggiore sofferenza a non pensare alla propria dignità perduta, ma al futuro della propria gente. Sotto tortura, completamente nudo e con indosso un grembiule da donna, issato per le stanche e flebili braccia ad un albero, esprimerà un grido colmo di speranze riposte nelle future generazioni, le stesse speranze ormai spentesi per quegli adulti immobili a guardare dove sia capace di arrivare la crudeltà umana.

«Le mani legate dietro la schiena salgono e quando i piedi non toccano più terra [...] dalla gola mi esce il primo urlo lacerante [...] anche se mi dovessero sentire tutti i bambini della città non posso farci niente, non posso smettere: preghiamo solo che

<sup>9</sup> COETZEE, *op. cit.*, p. 131.

<sup>10</sup> S. ARBIA, *Mentre il mondo stava a guardare*, Milano, 2011, p. 6.



non imitino i giochi dei loro genitori, sennò domani ci saranno migliaia di corpiccioli al vento, appesi ai rami degli alberi»<sup>11</sup>.

#### 4. *L'idea di 'diritto' in J.M. Coetzee*

Uno dei primi concetti giuridici che Coetzee prova ad esprimere nel romanzo è quello della gerarchia istituzionale. Il racconto inizia con la descrizione della posizione di guida della città del magistrato, pronto a condannare a ricerche archeologiche di suo interesse i malfattori, ma anche capace di gestire le risorse pubbliche nella reverenza totale della popolazione; la tranquillità e la consuetudinaria monotonia del confine dell'Impero vengono però rotte dall'avvento di una variabile sin dalla prima pagina: la presenza di un ufficiale di un corpo speciale incaricato della protezione del potere costituito dovuta ad imminenti pericoli esterni all'Impero. La maestria di Coetzee rende possibile la contemporanea visione e conoscenza, da parte del lettore, di due situazioni distinte: il normale procedere della quotidianità da un lato, e la nuova condizione del villaggio, sottoposto al pericolo delle pressioni barbare ai confini, dall'altro. La gerarchia istituzionale viene così messa in luce non solo da un punto di vista verticale, che nel rapporto fra magistrato e villano sintetizza quello fra Impero e suddito, ma anche da quello orizzontale, fra espressioni diverse di uno stesso potere centrale.

Un rapporto istituzionale orizzontale di cui Coetzee riesce a descrivere la maturazione connaturale alle vicende di cui si vede protagonista il magistrato. L'uomo incarnante il potere civile, proveniente da un periodo di pace e prosperità non ha remore a collaborare con il colonnello che sul finire dell'estate si presenta alla sua porta, ma ha tutt'altra reazione quando ha sperimentato nella propria casa, nel proprio tribunale, i frutti del potere con cui si è incontrato.

Il confronto con la tortura, con la negazione della verità, con il continuo calpestio della dignità, e con il superamento cupo dell'idea stessa di umanità, portano nella coscienza del magistrato un moto di auto-condanna, frutto del giudizio sul proprio operato. Il diritto secondo Coetzee non è un'entità normativa astratta dall'essere umano. Ancora una volta si ripete la scoperta del fondamento di questo romanzo nell'incontro dei concetti di dignità ed umanità.

---

<sup>11</sup> COETZEE, *Aspettando i barbari*, cit., p. 152.

Il diritto in Coetzee è quell'agglutinamento di esperienze insite nell'essere umano stesso, che sono foriere di scelte e di cambiamenti di opinione, di idea, ma soprattutto di comportamento. Tutto questo si ripropone quindi nell'Impero di «Aspettando i barbari», un Impero chiamato a negare la verità, la Giustizia, l'umanità e la dignità per la salvaguardia del proprio potere; un Impero costretto a rinunciare alla propria verità, alla propria Giustizia, alla propria umanità ed alla propria dignità oramai schiavo del potere stesso.

STUDI DI DIRITTO CIVILE E DEL LAVORO



ELEONORA DEL VESCOVO\*

I  
IL DANNO DA ILLECITO ANTITRUST  
NELLA DISCIPLINA DEL D.LGS. N. 3/2017

*Market competition is protected by the competition law provisions of the Member States and of the EU. An infringement of the EU antitrust rules (cartels or abuse of a dominant position), cause concrete harm (e.g. higher prices, lost profits). To facilitate private enforcement, indirect customers, infringers' competitors and their customers have a right to full compensation for any harm they suffer as a result of the anti-competitive practices. Competition law is thus implemented through public and private enforcement.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il risarcimento del danno da illecito antitrust. – 3. L'onere probatorio nelle azioni *follow-on* e *stand alone*. – 3.1. «*Discovery order*» del common law? – 4. Il coordinamento di *public* e *private enforcement*.

1. *Premessa*

La concorrenza è un bene giuridicamente tutelato sia nel diritto europeo che nel diritto nazionale in quanto strumentale alla promozione del benessere economico<sup>1</sup>. Non solo gli economisti la individuano come modello ideale di funzionamento del mercato<sup>2</sup>, ma anche i giuristi ne garantiscono l'effettività con l'ausilio di discipline atte a scoraggiare condotte anticoncorrenziali, le quali ine-

---

\* Dottoressa in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Luca Di Donna.

<sup>1</sup> M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2.

<sup>2</sup> G. CHIRICHELLO, *Microeconomia di base: principi metodi e applicazioni*, Torino, 2014, pp. 181 ss.

vitabilmente si ripercuotono sia sugli imprenditori concorrenti che sui consumatori<sup>3</sup>.

Le fattispecie vietate perché la concorrenzialità sia garantita riguardano le intese restrittive, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

Nel diritto europeo i riferimenti normativi sono rispettivamente agli artt. 101 e 102 TFUE e al Regolamento CE n. 139/2004, per quelle condotte che incidono sul mercato europeo. Per le pratiche che invece colpiscono il mercato nazionale, il sistema italiano si è dotato di una propria normativa antimonopolistica con la l. n. 287/1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, i cui artt. 2, 3 e 5 disciplinano le fattispecie sopra richiamate.

A seguito della commissione di un illecito antitrust è previsto che l'autore di una violazione delle norme a tutela della concorrenza incorra in responsabilità *ex art.* 2043 c.c., rispondendo delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal proprio comportamento. Il soggetto leso è quindi legittimato ad agire in sede civile per il risarcimento ma potrà anche chiedere e ottenere un accertamento della violazione in sede amministrativa. Danno e illecito antitrust sono quindi disciplinati sia a livello europeo che all'interno degli Stati membri.

Ai fini di un'armonizzazione delle regole presenti nei vari ordinamenti e riguardanti le azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust, è stata emanata, in sede europea, la direttiva 2014/104/UE<sup>4</sup>. Si attendeva il recepimento da parte degli Stati membri entro il 27 dicembre 2016.

Ebbene, l'Italia si è conformata alla presente direttiva con l'emanazione del d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017<sup>5</sup>, entrato in vigore il 3 febbraio 2017.

Con i lavori della direttiva, i cui precedenti sono da ricercare nel «Libro bianco» e nel «Libro verde»<sup>6</sup>, si è provveduto a unifor-

<sup>3</sup> L'interrelazione tra diritto ed economia in questo contesto è ormai un metodo acquisito, i problemi giuridici vengono letti con l'ausilio del sapere economico, così G. ALPA, *L'illecito antitrust: un esempio di intersezione tra diritto ed economia*, in AA.VV., *Contributi in tema di corruzione e su altre questioni all'intersezione tra economia e diritto*, Genova, 2015, pp. 5-26.

<sup>4</sup> In ordine ai vari punti presi in esame dalla direttiva si rinvia a E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali, alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2015, pp. 390 ss.

<sup>5</sup> Pubblicato in G.U. del 19 gennaio 2017, n. 15.

<sup>6</sup> Rispettivamente, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def. e Bruxelles, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672 def., in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.

mare alcuni aspetti, processuali e sostanziali, riguardanti la responsabilità civile derivante da condotte anticoncorrenziali, assicurando così livelli di tutela equivalenti tra gli Stati. Si è in tal modo perseguita la finalità indiretta ulteriore di ridurre il fenomeno del *forum shopping*, in cui le iniziative dell'attore sono attratte verso sistemi in cui è maggiore l'opportunità di ottenere un risarcimento<sup>7</sup>. Il provvedimento però, non disciplinando tutto, rimette al giudice nazionale la determinazione di specifici aspetti quali il nesso causale, il tema della colpa, la *class action* e la quantificazione del danno.

In questo contesto, il legislatore italiano ha provveduto, in sede di attuazione, a disciplinare non solo gli aspetti direttamente incisi dalla direttiva ma anche quelli non regolati, con scelte che hanno dato nuovo impulso alle azioni per il risarcimento del danno in materia antitrust.

## 2. *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*

Con la tematica del risarcimento del danno si introduce il tema della tutela di *private enforcement* come tutela civilistica per i diritti individuali pregiudicati dall'illecito; si tratta di un rimedio di diritto privato<sup>8</sup>.

Il risarcimento può essere chiesto per il danno subito a causa della violazione del diritto della concorrenza che l'art. 2 lett. *b*) del d.lgs. n. 3/2017 individua negli artt. 101 e 102 TFUE e negli artt. 2, 3 e 4 della l. n. 287/1990, oltre che in qualunque altra disposizione nazionale ed europea che rispecchia le finalità perseguite da queste norme.

La possibilità di chiedere il risarcimento del danno è riconosciuta a «chiunque»<sup>9</sup> sia stato leso da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. Sono infatti legittimati ad agire per il risarcimento del danno, non solo gli imprenditori concorrenti che hanno subito un danno patrimoniale in ter-

---

<sup>7</sup> G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 301 ss.

<sup>8</sup> G. ALPA, *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016, pp. 10 e 11.

<sup>9</sup> L'ampia legittimazione ad agire è riconosciuta dalla giurisprudenza europea, v. causa C-453/99, *Courage*, sentenza della Corte del 20 settembre 2001 e cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, sentenza della Corte del 13 luglio 2006. Nella giurisprudenza italiana, Cass. civ., 4 febbraio 2005, n. 2207.

mini di redditività della propria azienda ma anche i consumatori, per i quali si parla di danno al patrimonio per aver dovuto versare un prezzo maggiore di quello che sarebbe stato praticato se non fosse stato posto in essere il comportamento anticoncorrenziale. Infatti, oltre al riconosciuto caso degli *umbrella effects*<sup>10</sup>, il d.lgs. n. 3/2017 con gli artt. 10 ss. prevede la risarcibilità del danno nei confronti degli acquirenti diretti e indiretti (trasferimento del sovrapprezzo) e pur non disciplinando la *class action* menziona, all'art. 1 co. 1, la possibilità per i consumatori di agire per mezzo di un'azione collettiva ai sensi dell'art. 140-*bis* del codice del consumo.

Sulla scia delle pronunce giurisprudenziali europee e in attuazione della direttiva 2014/104/UE, l'art. 1 del d.lgs. n. 3/2017 non solo prevede «il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno [...]» ma specifica che il risarcimento, oltre a comprendere il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, non determina sovracompensazioni; quest'ultimo aspetto è conforme alla tesi che il danno risarcibile deve essere satisfattivo per i danneggiati e non deve rappresentare un danno punitivo<sup>11</sup>.

Il d.lgs., all'art. 14, richiama i criteri contenuti negli artt. 1223, 1226, 1227 c.c. per la determinazione del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. Il risarcimento è comprensivo della «perdita subita» (danno emergente) e del «mancato guadagno» (lucro cessante) ex art. 1223 c.c.; se tuttavia il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare è consentito al giudice liquidarlo secondo valutazione equitativa (art. 1226 c.c.). Il

<sup>10</sup> La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza *Kone* (C-557/12) del 5 giugno 2014, ha riconosciuto la risarcibilità del danno da parte dell'impresa, parte dell'intesa anticoncorrenziale, nei confronti del consumatore che ha stretto rapporti collaterali con imprese non partecipanti all'intesa ma che hanno praticato prezzi maggiori in conseguenza a quelli praticati dalle imprese partecipanti (fenomeno dei c.d. *umbrella effects*). C. LOMBARDI, *E piovve anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di Giustizia*, in *Dan. e resp.*, 2014, pp. 707-715.

<sup>11</sup> Il «pieno risarcimento» finalizzato a compensare il danneggiato si contrappone a una prospettiva punitiva della responsabilità tipica del sistema statunitense (i c.d. *treble damages*). Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, ha disconosciuto una sentenza statunitense che condanna al risarcimento di *punitive damages*, in virtù della loro contrarietà all'ordine pubblico. Su questa decisione cfr. P. FAVA, «*Punitive damages*» e *ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. giur.*, 2007, pp. 497 ss. e G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, pp. 146 ss. In generale, v. M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità (e «private enforcements» della disciplina antitrust)*, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI (a cura di), *funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, pp. 68-73.



danno è diminuito se a cagionarlo abbia concorso il fatto colposo del danneggiato (art. 1227 c.c.): si tratterà di chiarire quali condotte colpose potranno essere rimproverate al danneggiato da una pratica abusiva o un'intesa anticoncorrenziale<sup>12</sup>.

Sempre nella tutela di *private enforcement*, a garanzia dell'interesse privato, l'art. 33 co. 2, della l. n. 287/1990, prevede che davanti al tribunale competente per territorio, presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di impresa, possono essere promosse azioni di accertamento della nullità, azioni di risarcimento del danno e ricorsi volti a ottenere provvedimenti d'urgenza<sup>13</sup>. La previsione dell'art. 18 del decreto prevede poi la concentrazione inderogabile delle controversie per danno antitrust nelle sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli.

### 3. *L'onere probatorio nelle azioni follow-on e stand alone*

Il nuovo decreto si applica alle azioni di risarcimento, siano esse *follow-on* o *stand alone actions*.

I due tipi di azione si differenziano per la sussistenza o meno di un provvedimento amministrativo: sono azioni *follow-on* quelle avanzate successivamente all'emanazione di un provvedimento dell'AGCM che accerti l'avvenuta violazione delle norme antitrust; sono invece azioni *stand alone* quelle proposte direttamente davanti al giudice civile<sup>14</sup>.

Nel primo caso l'attore che agisce in giudizio godrà di un indubbio vantaggio, dal momento che in sede di risarcimento potrà produrre un provvedimento amministrativo che riconosce la violazione delle norme a tutela della concorrenza.

---

<sup>12</sup> Cfr. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/responsabilita/2017-01-23/danno-antitrust-pubblicato-decreto-recepimento-direttiva-2014104ue-154954.php>.

<sup>13</sup> Con riguardo alla disciplina previgente, ossia prima che l'art. 33 co. 2 fosse modificato dall'art. 2 co. 2 del d.l. n. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. n. 27/20012, era della Corte d'Appello la competenza a conoscere delle azioni civili antitrust, determinandosi una deroga al doppio grado di giurisdizione per le sole azioni fondate su illeciti antitrust nazionali. Sul punto v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., pp. 463-466; M. TAVASSI e M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, pp. 185-187.

<sup>14</sup> Il nostro ordinamento offre un doppio canale di tutela dinanzi alla commissione di abusi/intese. Per la distinzione delle azioni risarcitorie del danno subito in c.d. *follow on* e *stand alone*, cfr. C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 13-23.

Diverso è il caso delle azioni autonome *stand alone*, poiché l'attore, che si trova ad adire direttamente il giudice civile, dovrà dimostrare, durante il corso del giudizio, e attraverso l'espletamento dell'attività istruttoria, l'avvenuta violazione delle norme antitrust. La questione riguarda la circostanza per cui le azioni per il risarcimento del danno da illecito antitrust richiedono una non semplice analisi fattuale ed economica difficilmente sostenibile dagli attori privati e gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore.

Tuttavia, per agevolare la parte attrice, gli artt. 3-6 del decreto in materia di «esibizione delle prove», consentono al danneggiato la possibilità di reperire informazioni e documenti essenziali per la domanda risarcitoria che sono nella disponibilità del convenuto o di terzi. Si tratta di un accesso alla documentazione a seguito di istanza motivata della parte, contenente l'indicazione dei fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo; il giudice ne ordina l'esibizione individuando gli elementi di prova o le categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione. Non solo, il giudice potrà anche ordinare l'esibizione delle prove che siano contenute nel fascicolo dell'AGCM quando né le parti e né i terzi sono in grado di fornire tale prova.

La parte o il terzo che si rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice incorre in sanzioni amministrative pecuniarie stabilite dall'art. 6 del decreto.

Nelle azioni di risarcimento, a prescindere da un previo accertamento in sede amministrativa, ciò che si deve dimostrare è il danno e il nesso causale tra comportamento e danno, fatta salva la previsione dell'art. 14 co. 2 del decreto, secondo cui le violazioni consistenti in cartelli si presume causino un danno<sup>15</sup>. Tale presunzione, confutabile da parte delle imprese cartellistiche, esonera il danneggiato dalla prova piuttosto difficile della realizzazione del danno poiché il cartello è connotato dal carattere di segretezza.

---

<sup>15</sup> Cass. civ., 22 maggio 2013, n. 12551, ha affermato che non è violato il brocardo *praesumptum de praesumpto non admittitur* quando il danno risarcibile in favore del singolo assicurato è presunto da un'altra presunzione consistente nel danno alla generalità degli assicurati. Il singolo soggetto assicurato deve limitarsi a riprodurre in giudizio la polizza assicurativa e l'accertamento amministrativo dell'intesa.

La Corte di Cassazione ha affrontato la questione dell'onere probatorio nelle azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust, accogliendo il ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello che aveva rigettato la domanda risarcitoria ritenendo non adeguatamente dimostrato il fatto illecito<sup>16</sup>.

Dal momento che si trattava di un'azione *stand alone*, per la quale sono evidenti i limiti probatori, la Corte ha chiarito che, in virtù dell'asimmetria informativa nelle controversie antitrust e ai fini di un effettivo esercizio del diritto al risarcimento, il giudice deve limitare l'onere della prova in capo all'attore ed è tenuto ad un'interpretazione estensiva delle disposizioni del codice di procedura civile (in particolare gli artt. 210, 213 e 218) per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine utili a ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale.

La Corte, in tal modo, esalta il ruolo dei giudici nazionali ai fini dell'accesso alla prova e quindi a garanzia dell'effettività della tutela<sup>17</sup>.

### 3.1. «Discovery order» *del common law*?

Analizzato l'istituto dell'esibizione delle prove, possiamo ragionevolmente desumere che in attuazione della direttiva, che introduce innovazioni per facilitare il reperimento delle prove, il regime previsto dal decreto amplia l'analogo istituto regolato dal codice di procedura civile, ossia il diritto di una parte di ottenere prove in possesso di terzi.

Il regime di divulgazione delle prove introdotto nel processo civile italiano, a seguito della nuova e più favorevole disciplina, non sembra differire da quello vigente negli ordinamenti di *common law* (c.d. *discovery*). Infatti, nei giudizi di risarcimento, le imprese cui è rivolto un *discovery order*, sono soggette a oneri considerevoli dal momento che devono compiere una *disclosure* dei documenti in loro possesso che richiede una puntale ricerca e incorrono in serie sanzioni in caso di inadempimento<sup>18</sup>.

Premesso il largo raggio di azione entro cui i giudici inglesi sono soliti operare, non è però possibile potersi affermare che l'or-

<sup>16</sup> Cass. civ., 4 giugno 2015, n. 11564.

<sup>17</sup> Cfr. <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/08/la-funzionalizzazione-del-principio-dellonere-della-prova-nella-prospettiva-dellillecito-antitrust/>.

<sup>18</sup> Cfr. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2015-02-26/la-direttiva-ue-risarcimento-danni-antitrust-cosa-cambia--094037.php>.

dinamento italiano assuma i caratteri del *discovery order* proprio degli ordinamenti anglosassoni<sup>19</sup>.

Se anche un ragguaglio è possibile con il sistema inglese, è tuttavia passibile di confutazione l'idea per cui il nuovo regime di divulgazione delle prove configurato dal d.lgs. n. 3/2017 possa essere analogo all'istituto di *discovery*, su cui peraltro la direttiva incide negativamente perché delimita il regime delle prove rispetto a quello in atto nel sistema inglese<sup>20</sup>.

#### 4. *Il coordinamento di public e private enforcement*

L'art. 7 del decreto si può considerare la disposizione cardine dell'intera disciplina, avendo riguardo all'efficacia probatoria del provvedimento dell'AGCM.

Nel settore della concorrenza alle Autorità garanti nazionali sono attribuiti poteri di indagine e istruttori e di definizione della sanzione, nonché il potere di emettere un provvedimento di archiviazione (c.d. tutela di *public enforcement*). Ma un'efficace sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, deve avvalersi anche di una tutela di *private enforcement* che prenda in considerazione l'azione di danno promossa dai titolari degli interessi incisi<sup>21</sup>.

Con la tutela privata il giudice ordinario si pronuncia solo su ricorsi di parte a garanzia dell'interesse privato, mentre è con la tutela pubblica che si soddisfa un'esigenza diversa laddove l'Autorità agisce per tutelare l'interesse pubblico alla salvaguardia di un mercato concorrenziale<sup>22</sup>.

Nelle azioni *follow-on* di risarcimento del danno causato dall'illecito antitrust, quest'ultimo è oggetto del provvedimento amministrativo a sostegno della domanda risarcitoria. Assume allora rilevanza il rapporto tra il contenuto del provvedimento dell'AGCM e la valutazione che il giudice civile deve farne.

Con il d.lgs. n. 3/2017, all'art. 7, si ritiene «definitivamente accertata» la violazione del diritto della concorrenza constatata da

<sup>19</sup> M. NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 73.

<sup>20</sup> G. ALPA, *Illecito e danno antitrust*, cit., p. 19.

<sup>21</sup> M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia antitrust*, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI (a cura di), *funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., pp. 171 ss.

<sup>22</sup> R. CAIAZZO, *Antitrust: profili giuridici*, Torino, 2007, p. 163.

una decisione inoppugnabile dell'AGCM o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato<sup>23</sup>. Il provvedimento è, dunque, vincolante per il giudice ordinario che dovrà trattarlo come prova incontestabile dell'illecito.

Il convenuto non potrà più, in sede civile, dare prova contraria della natura della violazione, dal momento che ha partecipato o poteva partecipare al procedimento amministrativo<sup>24</sup>.

Il nuovo decreto è però esplicito quando afferma che il definitivo accertamento della violazione del diritto della concorrenza ha valenza solo nei confronti dell'autore della violazione. Il provvedimento non è allora vincolante *tout court* per il giudice civile, poiché potrà essere messo in discussione dall'attore danneggiato che, non avendo preso parte al procedimento amministrativo, non avrà né la possibilità né l'interesse ad impugnare il provvedimento davanti il giudice amministrativo, ma avrà la possibilità di dimostrare una più grave violazione nel giudizio civile.

Questo in virtù del fatto che il provvedimento dell'Autorità che accerta la violazione circoscrive la fattispecie sulla base della quale sarà poi chiesto il risarcimento, per cui il danneggiato che, non potendo far valere le sue ragioni nel procedimento amministrativo, voglia ottenere un maggiore risarcimento, potrà dimostrare che la violazione sia ben più grave di quella accertata in sede amministrativa, producendo nuovi elementi di prova.

---

<sup>23</sup> Con l'art. 7 viene superata la linea giurisprudenziale che attribuiva alle decisioni dell'AGCM valore di «prova privilegiata» (Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640) rispetto alla quale il convenuto era ammesso a fornire la prova contraria. In questo modo è garantita la piena autonomia tra procedimento amministrativo e giudizio civile perché il giudice pur tenendo conto del provvedimento non ne è vincolato. Cfr. sul punto, A. TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 363-366.

<sup>24</sup> Non è errato ritenere che l'intervento del provvedimento antitrust attualizzi il solo interesse per il danneggiante ad impugnare il provvedimento medesimo onde ottenere la rimozione delle sanzioni, v. B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, p. 108.



AGOSTINO SOLA\*

## II LA DISABILITÀ NEL MONDO DEL LAVORO: ACCESSO E TUTELE

*The purpose of this article is to analyze how the right to work applies to people with disabilities, and how the legislation has been changing until the last reform, providing the «tailored placement» that suits for every kind of disability rather than the previous «compulsory placement».*

SOMMARIO: 1. Il diritto al lavoro. – 2. Il «collocamento mirato». – 3. Le politiche attive del lavoro per le persone con disabilità nel prisma del principio di condizionalità: *Jobs Act* e disabili. – 4. Conclusioni e sviluppi auspicabili.

### 1. *Il diritto al lavoro*

«L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul *lavoro*» – La nostra Costituzione pone in una posizione di assoluta preminenza e massimo rilievo il diritto al lavoro, sottolineando, sin dal primo articolo come questo sia il diritto fondante della nostra Repubblica. È pertanto impossibile tollerare quegli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» di cui all'art. 3 Cost., soprattutto in un settore, quello del lavoro, da sempre essenziale per lo sviluppo della personalità umana, maggiormente per le persone con disabilità.

---

\* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Lilli Carollo sotto la guida del prof. Arturo Maresca.

L'importanza dogmatica del diritto al lavoro trova ulteriore terreno all'articolo 4 Cost., nel quale è trattato nella sua duplice accezione di diritto dello Stato e dovere del cittadino: il lavoro è un diritto fondamentale, e non potrebbe essere altrimenti, soprattutto riguardo alle sue duplici facce: da un lato, in quanto principale fonte di ricchezza, è indispensabile per la mera sussistenza umana; dall'altro, concorre nel pieno sviluppo della personalità, della realizzazione e della soddisfazione dell'essere umano, portando con sé tutte le implicazioni sociali e psicologiche, che hanno un impatto determinante sulla qualità della vita dei consociati. È però anche un dovere, non nel senso giuridico del termine, bensì morale: è tramite il lavoro del singolo che si partecipa alla vita attiva dello Stato e al progresso dello stesso. Tali considerazioni trovano maggior fondamento soprattutto in riferimento alle persone con disabilità – e specie se intellettuale e/o relazionale – per le quali risulta evidente come opportunità lavorative possano rappresentare «molto di più della semplice possibilità di indipendenza economica, costituendo una vera e propria forma di realizzazione come persone e come cittadini, uguali agli altri nei diritti e nei doveri»<sup>1</sup>.

Con la Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 2000/78/CE<sup>2</sup> del Consiglio del 27 novembre 2000 anche il legislatore europeo è intervenuto per stabilire un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro qui definito come «l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta»<sup>3</sup> basata sulla religione, sulle convinzioni personali, sull'handicap, sull'età e sull'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro. Particolare interesse concettuale hanno le c.d. 'soluzioni ragionevoli' di cui all'art. 5, con le quali si vuole indicare al datore di lavoro l'obbligo, nei limiti della proporzionalità dell'onere finanziario a suo carico, sempre che tale eventuale onere non sia compensato da interventi statali a favore delle persone con disabilità, di prendere i provvedimenti appropriati volti a garantire la parità di trattamento delle persone con disabilità, sia aventi carattere ambientale (adeguamento mezzi di lavoro e strutture, sistemazione locali, *etc.*) sia di carattere organizzativo (ripartizione delle mansioni, ad esempio) sottoli-

---

<sup>1</sup> N. DAITA, *Disabilità e lavoro*, in C. LA MACCHIA (a cura di), Ediesse, Roma, 2009.

<sup>2</sup> Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 2 dicembre 2000.

<sup>3</sup> Art. 2 Direttiva del Consiglio n. 2000/78/CE.



neando come siffatte misure abbiano lo scopo di tener conto dei loro bisogni e siano quindi la conseguenza e non l'elemento costitutivo della nozione di *handicap*<sup>4</sup> ma qualora tali provvedimenti richiedano un onere finanziario sproporzionato, la mancata adozione di soluzioni ragionevoli è giustificata. Sempre in ambito internazionale, rileva la Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili, approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel dicembre 2006 e ratificata in Italia nel marzo 2009, con contestuale istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità<sup>5</sup>. Scopo della Convenzione è la garanzia dei diritti di uguaglianza e di inclusione sociale di tutti i cittadini con disabilità. Particolare attenzione merita l'articolo 27, rubricato «lavoro e occupazione», il quale pone le linee guida e le finalità che gli Stati Parti devono impegnarsi a rispettare per conseguire l'uguaglianza delle persone con disabilità all'interno del mercato del lavoro.

## 2. *Il «collocamento mirato»*

In Italia, il percorso dell'inserimento lavorativo delle persone con disabilità ha preso le mosse sin dagli albori del secolo scorso con particolare riferimento agli invalidi di guerra (l. n. 1312/1921) per arrivare agli anni Sessanta ad introdurre il c.d. «collocamento obbligatorio», riformato a partire dalla legge n. 196/1997 fino a culminare con la legge 12 marzo 1999 n. 68 «Norme per il diritto al lavoro dei disabili». Tale intervento nel panorama giuslavorista nazionale, abroga le precedenti disposizioni del rigido inserimento 'obbligato', ed introduce il c.d. «collocamento mirato», strumento diretto volto a promuovere l'inserimento e l'integrazione lavorativa delle persone con disabilità, assicurando il rispetto delle loro abilità e attitudini, volendo puntare maggiormente sulla qualità dell'inserimento lavorativo: ponendo, infatti, l'accento sulla valorizzazione delle capacità lavorative residue (globali e potenziali), lo scopo prioritario diventa la promozione de «l'inserimento lavorativo delle persone disabili attraverso servizi di sostegno e collocamento mirato»<sup>6</sup>, intendendo con collocamento mirato «quella serie di strumenti tecnici e di supporto che permettono di valutare ade-

---

<sup>4</sup> Punto 46, Sentenza *HK Danmark*, 11 aprile 2013, sulle cause riunite C-335/11 e C-337/11.

<sup>5</sup> L. 3 marzo 2009 n. 18, in G.U. n. 61 del 14 marzo 2009.

<sup>6</sup> Art. 1, co. 1, l. 68/99.

guatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione»<sup>7</sup>, ossia mediante l'inserimento della 'persona giusta al posto giusto', realizzato altresì mediante attività di riqualificazione professionale finanziate dalle Regioni.

I soggetti tutelati da questa disciplina sono gli invalidi fisici, psichici, sensoriali e intellettivi aventi una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%, i non vedenti, i sordomuti, gli invalidi militari e civili e gli invalidi di servizio di un certo grado: nei loro confronti sorge per i datori di lavoro, siano essi pubblici o privati, l'obbligo di procedere all'assunzione in relazione all'entità dimensionale dei lavoratori con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato occupati, con percentuali variabili dal 7% per chi occupa più di 50 dipendenti, due lavoratori con disabilità se gli occupati sono tra le 36 e le 50 unità ed uno solo qualora siano tra le 15 e le 36 unità, esonerato i datori di lavoro che occupano fino a 14 dipendenti; la tutela viene estesa anche a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità con connesso obbligo per i datori di lavoro di garantire la conservazione del posto di lavoro.

Per beneficiare dei servizi di inserimento lavorativo è necessario che le persone con disabilità in possesso dello stato di disoccupazione, che aspirino a una occupazione conforme alle proprie capacità lavorative, chiedano di essere iscritti nell'apposito elenco tenuto dagli uffici competenti del collocamento obbligatorio. Per ogni persona, i servizi annotano in una apposita scheda le capacità lavorative, le abilità, le competenze e le inclinazioni, nonché la natura e il grado della minorazione, analizzando le caratteristiche dei posti da assegnare ai lavoratori con disabilità, favorendo l'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Dopo l'iscrizione, si viene inseriti in una graduatoria unica sulla base del punteggio risultante dagli elementi e dai criteri stabiliti dalle regioni e dalle province.

Per adempiere all'obbligo di assunzione, viene data la possibilità ai datori di lavoro di procedere mediante richiesta nominativa ovvero tramite specifiche convenzioni con i Centri per l'impiego

---

<sup>7</sup> Art. 2, cit.

competenti; in assenza di richiesta specifica, è prevista la possibilità di procedere a chiamata numerica secondo l'ordine delle graduatorie, oppure, nel caso di mancata assunzione, si provvede direttamente all'avvio dei lavoratori rispettando la graduatoria nazionale e le specifiche qualifiche richieste. In alternativa alla richiesta nominativa, il legislatore ha anche previsto la possibilità di assunzione tramite convenzione, strumento con cui si favorisce l'inserimento lavorativo attraverso programmi specifici di integrazione della persona con disabilità e misure agevolative dei datori di lavoro che adottano tale strumento di assunzione. *In primis*, tramite i centri per l'impiego viene effettuata una selezione delle aziende e delle mansioni confacenti alla natura della disabilità dei lavoratori, per i quali sono previsti anche percorsi di specializzazione e di professionalizzazione: lo scopo è quello di effettuare un inserimento che faccia convergere le esigenze del lavoratore con quelle dell'azienda. Tramite la convenzione sono regolati i tempi e le modalità delle assunzioni, la possibilità di ricorrere a chiamata nominativa, di stipulare contratti a termine o di prevedere tirocini formativi e di orientamento, di pattuire periodi di prova più lunghi di quelli contrattuali e di prevedere deroghe ai limiti di età di durata dei contratti di apprendistato o di inserimento in caso di specifici progetti di inserimento mirato. Per il datore di lavoro la convenzione permette di ottenere delle agevolazioni di carattere economico tramite la fiscalizzazione di contributi un rimborso di spese per l'adeguamento della postazione di lavoro.

Le tipologie di convenzione con il Centro per l'impiego competente si dividono in: convenzioni miranti ad un programma occupazionale; convenzioni di integrazione lavorativa per l'avviamento di disabili che presentino particolari caratteristiche di difficoltà nell'inserimento nel ciclo lavorativo ordinario; convenzioni con cooperative sociali, consorzi, organizzazioni di volontariato; convenzioni con datori di lavoro privati finalizzate all'inserimento temporaneo di disabili presso questi soggetti cui il datore di lavoro si impegna ad affidare commesse di lavoro.

Con la legge di Riforma del Lavoro del 28 giugno 2012 sono state apportate delle modifiche alla normativa sul collocamento mirato<sup>8</sup>, sia nell'ambito degli esoneri parziali e delle esclusioni, sia riguardanti il computo della quota di riserva per le assunzioni obbligatorie, aumentando la base occupazionale (e quindi delle rela-

---

<sup>8</sup> Articolo 4, comma 27, della legge 28 giugno 2012, n. 92.

tive quote riservate), includendo nel computo tutti i lavoratori assunti con vincolo di subordinazione, a eccezione dei lavoratori assunti tramite collocamento obbligatorio, i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata fino a sei mesi, dei soci di cooperative di produzione e lavoro, dei dirigenti, dei contratti di inserimento, dei lavoratori somministrati presso l'utilizzatore, dei lavoratori assunti per attività all'estero, dei lavoratori a domicilio, dei lavoratori emersi ex l. n. 383/2001, degli apprendisti.

3. *Le politiche attive del lavoro per le persone con disabilità nel prima del principio di condizionalità: Jobs Act e disabili*

Nel 2014 il legislatore ha delegato il governo all'emanazione di «uno o più» decreti legislativi finalizzati al riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive<sup>9</sup>; decreti che, confluiti nella riforma del c.d. «Jobs Act» (d.lgs n. 150 e 151/2015) avente lo scopo di razionalizzazione e revisione delle procedure e degli adempimenti in tema di inserimento lavorativo delle persone con disabilità per favorirne l'inclusione sociale, l'inserimento e l'integrazione nel mercato del lavoro, avendo cura di valorizzare le competenze delle persone.

Nonostante ci fosse la generalizzata consapevolezza dei modesti esiti della l. n. 68/1999, gli interventi del legislatore si sono diretti a modifiche puntuali più che sistematiche della disciplina previgente: dall'ampliamento dei soggetti beneficiari del collocamento mirato anche ai soggetti dell'assegno ordinario di invalidità erogato dall'INPS, identificati dalla l. n. 222/1984 come coloro la cui capacità di lavoro sia ridotta a meno di un terzo; alla previsione di un responsabile dell'inserimento lavorativo, al quale sarà affidato il compito di predisporre progetti personalizzati per i disabili oltre che la risoluzione dei problemi eventualmente insorgenti legati alle condizioni di lavoro. Maggior interesse e rilevanza hanno però le novità circa le modalità di assunzione, sia con riferimento agli obblighi datoriali, sia relativamente alle tipologie di richieste. Oltre al venir meno del c.d. 'regime di gradualità' per i 'piccoli' datori di lavoro privati, occupanti meno di trentacinque dipendenti, e per i soggetti operanti secondo particolari finalità non 'concorrenziali' quali partiti politici, sindacati, associazioni; è stata generalizzata,

---

<sup>9</sup> Art. 1, co. 3, l. delega 10 dicembre 2014 n. 183.

almeno per i datori di lavoro privati e per gli enti pubblici economici, la richiesta nominativa quale modalità principale di assunzione, svincolandola dalle percentuali precedentemente previste, eventualmente preceduta dalla richiesta agli uffici competenti di effettuare la preselezione delle persone con disabilità iscritte nell'elenco.

Con l'introduzione nuovo comma 1-*bis* alla l. 68/1999 ad opera del d.lgs. in esame, i datori di lavoro che non ottemperino agli obblighi assuntivi nei termini e con le modalità prescritte dalla legge<sup>10</sup>, subiranno l'atto di avviamento lavorativo ad opera degli uffici competenti tramite l'individuazione del lavoratore tramite l'ordine di graduatoria per la mansione richiesta, o altrimenti concordata, o previa chiamata con avviso pubblico.

Con riferimento agli emolumenti previsti per i datori di lavoro sia nel caso di assunzione nominativa che a seguito della sottoscrizione di convenzioni ed indipendentemente dall'ottemperanza all'obbligo di assunzione, si passa dal 'contributo all'assunzione' da realizzarsi su base eventuale e a discrezione delle regioni e province autonome, al generale incentivo previsto dalla modifica normativa qui in commento, su base nazionale e con una durata non inferiore a trentasei mesi e con modalità di calcolo differenziate per i datori di lavoro che assumano a tempo indeterminato una persona con disabilità intellettiva o fisica non inferiore al 45%.

Il legislatore del 2015, però, nonostante abbia modificato sotto molti aspetti la l. n. 68/1999, ne ha conservata la struttura originaria riproponendo con convinzione il collocamento obbligatorio, pur sottolineandole una natura mirata: la stessa formazione infatti, aiuta la qualificazione del personale e riduce i costi inserimento cercando di avvicinare imprese e lavoratori con disabilità: purtroppo nella pratica, però, non riesce a governare il mercato né tantomeno indirizzarlo o condizionarlo. L'intervento pubblico è stato circoscritto all'area della funzione promozionale e di sostegno, collegata con le classiche politiche 'attive' dell'occupazione e le iniziative private, sempre in un'ottica di sussidiarietà stato-datori di lavoro, come un decentramento di competenza e funzioni, tramite la liberalizzazione di questo settore del mercato, affidato ora per lo più alla autonomia individuale, oltre a portare maggior respiro ai datori di lavoro, rende più flessibile l'occupazione, visto

---

<sup>10</sup> Ossia nel termine di sessanta giorni dall'insorgenza dell'obbligo di assunzione e attraverso le modalità di richiesta nominativa o stipula di una convenzione.

anche il contesto socio-economico nel quale ci si trova ad operare, offrendo alle Pubbliche Amministrazioni la possibilità di garantire un servizio, minimo ed efficiente, a costi contenuti.

La scarsa competitività delle Pubbliche Amministrazioni con le imprese è dovuta ad un eccessivo divario tra le due diverse motivazioni ad agire: nella selezione di collaboratori, ad esempio, le imprese cercano contributi essenzialmente personalizzati, coerenti con i loro bisogni, dovendo conseguire un vantaggio nei confronti dei loro competitori, spesso non del tutto coerentemente con i principi costituzionali egualitari; mentre dall'altra parte, le Pubbliche Amministrazioni non sono in grado di assicurare uno standard elevato di servizi, del tutto incomparabile a quello dei privati che possono godere di risorse finanziarie e tecnologiche, in proporzione, superiori e sicuramente maggiormente focalizzate al raggiungimento dei propri obiettivi: quando le imprese chiedono un dipendente da assumere che sia in grado di soddisfare necessità tecnico-operative sempre più complesse, sempre meno può fare un ente pubblico. Spesso infatti cerca di raggiungere una stringente cooperazione tra iniziative pubbliche e private sperando che così le ultime riescano a influenzare positivamente le prime: la concorrenza tra tutti gli operatori del mercato rende poco proficuo il dialogo; è pur vero che le imprese sono costrette a tenere rapporti con le istituzioni, rapporti in questo caso caratterizzati dal potere di imperio delle ultime che, invece di invogliare, allontanano la percezione dell'unità di intenti che dovrebbe muovere pubblico e privato soprattutto in tema di collocamento obbligatorio, dove però non può essere altrimenti: le imprese mosse dal profitto e dalla personalizzazione delle prestazioni taglierebbero fuori chiunque non rispetti i propri standard, mentre l'amministrazione con la sua imparzialità cerca la garanzia dei principi costituzionali in tema di eguaglianza dei lavoratori e libero accesso al mercato del lavoro, andando a supplire alle carenze dovute alle logiche stringenti del mercato. Il primo fattore di perplessità è generato dalla frammentarietà delle competenze, delegate su base regionale, con indicazione da parte delle stesse di un ufficio competente a livello provinciale, il tutto diretto poi dal Ministero del Lavoro a livello nazionale; l'eccessiva frammentarietà non porta a iniziative incisive, comprensibilmente anche per le diversità regionali per cui ove alcune sono in grado di offrire fondi e servizi più complessi e articolati, sia in termini quantitativi che qualitativi, supportati da ingenti interventi finanziari; altre regioni, invece, scarseggiano di mezzi fi-

nanziari e offrono servizi qualitativamente inferiori con inevitabili ripercussioni nel mondo del lavoro e nell'occupazione delle persone con disabilità, essendo idonee sono solamente a erogare servizi di base. Ulteriori perplessità suscita la posizione di imperio che assume l'amministrazione, allontanandola maggiormente dai lavoratori e dai datori di lavoro, una presenza massiccia delle istituzioni tramite le attribuzioni e l'esercizio di funzioni di imperio, infatti, hanno avuto sempre scarso successo e non si sono mai coniugate con efficaci politiche attive, semmai ponendo le premesse per una logica assistenziale, dando un duplice vantaggio al lavoratore, anche sul piano processuale, ma che non valorizza adeguatamente l'apporto degli stessi disabili beneficiari delle politiche attuate, considerandoli come meri soggetti passivi, destinatari, e non come soggetti attivi dell'operazione inclusiva.

#### 4. Conclusioni e sviluppi auspicabili

La situazione attuale, sia a livello internazionale che a livello nazionale, indica come, nonostante gli obiettivi fissati dai vari interventi legislativi di ogni ordine e grado, le persone con disabilità incontrino tutt'ora disparità, non solo retributive, e numerose limitazioni nell'accesso all'istruzione e alla formazione professionale; tendenza confermata dalla molteplicità di ricorsi e denunce per discriminazione in ambito lavorativo presentati agli organi giurisdizionali nazionali e non.

Nell'ambito dei frequenti interventi giurisdizionali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, è stata interpretata la nozione di *handicap* quale condizione derivante da una malattia che comporti «una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»<sup>11</sup>. A questo proposito, si deve ritenere che la nozione di '*handicap*' vada intesa nel senso che si riferisce a un ostacolo a svolgere un'attività professionale e non ad un'impossibilità di esercitare una simile attività.

---

<sup>11</sup> Punto 47, Sentenza *HK Danmark*, 11 aprile 2013, sulle cause riunite C-335/11 e C-337/11.

Anche nei confronti dell'Italia, nel 2013, la Commissione ha proposto ricorso alla Corte di Giustizia Europea sostenendo che il sistema italiano di promozione dell'integrazione lavorativa dei disabili non avesse recepito «completamente e correttamente» la direttiva 2000/78, essendo essenzialmente fondato su un insieme di incentivi, agevolazioni e iniziative poste a carico delle autorità pubbliche e riposando solo in minima parte su obblighi imposti ai datori di lavoro, non avendo loro imposto di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti efficaci e pratici in funzione delle esigenze e delle situazioni concrete a favore di tutti i disabili che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, al fine di consentire a tali persone di accedere a un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, contrariamente a quanto espresso dall'articolo 5 della direttiva, letto alla luce dei considerando 20 e 21, con il quale si introdurrebbe un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro, che non possono essere sostituiti da incentivi e aiuti forniti dalle autorità pubbliche<sup>12</sup>.

La Corte ha inizialmente rilevato come la l. n. 68/1999 non individui le soluzioni ragionevoli a favore dei disabili in relazione a tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro, con particolari carenze con riferimento all'operatività nei confronti di alcune categorie di disabili, all'effettività della tutela giudiziaria dei diritti garantiti e all'applicazione di tali disposizioni solamente a talune tipologie di imprese e datori di lavoro con ovvie ripercussioni sul raggiungimento degli obiettivi di promuovere, proteggere e garantire il pieno e uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità di cui al primo articolo della stessa direttiva. Ai fini di un corretto recepimento della stessa, infatti, le soluzioni adottate dovrebbero riguardare tutti i soggetti disabili, tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro e tutti i datori di lavoro.

Gli ultimi sviluppi normativi in materia dovrebbero venir considerati non come punto d'arrivo bensì come costante tensione verso effettiva, ma prima ancora formale, parità al di là delle disabilità, garantendo un percorso formativo professionalizzante e una piena inclusione lavorativa.

---

<sup>12</sup> Punto 53, *Commissione c. Italia*, 2013, causa C-312/11.



Numerosi sono gli esempi virtuosi dai quali si dovrebbero trarre preziosi spunti riflessivi: associazioni, scuole e università promuovono iniziative che vanno incentivate per il loro valore e per gli sforzi compiuti: tra tutte cito soprattutto lo sportello per i diritti delle persone disabili all'interno della Sapienza Università di Roma, con il quale ho intrattenuto un rapporto di collaborazione per l'a.a. 2015/2016, dandomi la possibilità di svolgere un tutorato alla pari, garantendo e aiutando il pieno diritto allo studio di chi si affaccia nel mondo universitario, con tutte le sue avversità e ostacoli, mostrando una forza di volontà e caparbia non facilmente riscontrabili in tutti gli studenti.



## STUDI DI DIRITTO PENALE



MARIA CARUSO\*

# I IL LAVORO PENITENZIARIO

*This paper tries to analyze the features of prison labor and its critical aspects, considering historical notes and statistics. Proposals for reform will also be considered.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve analisi storica. – 3. Diritto o obbligo? – 4. Profili critici. Qualche dato. – 5. Le prospettive di riforma del lavoro penitenziario: le proposte degli Stati generali dell'esecuzione penale e il 'contratto di risocializzazione e lavoro'.

## 1. *Introduzione*

Il lavoro penitenziario è un tema assai complesso e spesso poco affrontato sia a livello dottrinale sia a livello politico, nonostante esso costituisca lo strumento principale del trattamento rieducativo del condannato, così come previsto dall'art. 27, terzo comma della Costituzione «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Stando al dato legislativo, fondamentali per tracciare i contorni della materia sono gli art. 15 e 20 dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975 n. 354). Da tali norme risulta che il lavoro, allo stesso modo che nella società dei liberi, ha una preminenza assoluta e fondante, in accordo ai principi fondamentali della Costituzione. Il lavoro non solo conferisce dignità al detenuto, ma gli assicura una remunerazione utile per la sua vita e quella dei familiari oltre a fargli acquisire delle competenze lavo-

---

\* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Pasquale Bronzo.

rative spendibili una volta scontata la pena. In tal senso il lavoro assolve soprattutto una funzione di prevenzione speciale, dal momento che la possibilità di avere una fonte di sostentamento e di guadagno alternativa al delitto dovrebbe fungere da deterrente al compimento di ulteriori reati.

## 2. *Breve analisi storica*

Volendo tracciare brevemente lo sviluppo storico del lavoro carcerario, constatiamo che «il lavoro nel regime penitenziario nasce in funzione strettamente punitiva»<sup>1</sup> e mantiene tale caratteristica anche nel regolamento penitenziario del 1931 per il quale il lavoro carcerario era parte della pena costituendo una «mera modalità dell'espiazione»<sup>2</sup>. La funzione punitiva del lavoro carcerario è riscontrabile in pressoché tutti gli ordinamenti giuridici del XIX secolo e della prima metà del XX, tanto che alcune tracce si riscontrano anche in letteratura, famoso in tal senso «Arcipelago Gulag» di Aleksandr Solženicyn. Solo successivamente, si sviluppa e prevale un orientamento che riconosce dignità al lavoro penitenziario quale elemento trattamentale. In particolare, l'ordinamento penitenziario, ha fatto suo quel modello correzionalista istituzionalizzato dagli *Standards* del 1955 dell'ONU che era espressione di teorie welfaristiche che pretendevano di trasformare il carcere in una istituzione di controllo sociale, con la promessa di ridurre la recidiva e superare il problema della criminalità attraverso l'inserimento anche degli strati più poveri della popolazione come detenuti ed ex-detenuti. In questo modello lo Stato arriva a farsi completamente carico dei bisogni del condannato-lavoratore e lo protegge assicurando un impiego in carcere, occasioni di formazione e di crescita professionale, assicurazioni sociali a tutela dei rischi connessi al lavoro.

Per tale ragione, l'organizzazione del lavoro in carcere diviene prerogativa essenzialmente pubblica e si tende a ridurre al minimo la possibilità di intervento dei privati in carcere, ribaltando la precedente concezione liberale che, da Bentham in poi, aveva invece

---

<sup>1</sup> G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, V. GREVI (cura di), Bologna, 1981, pp. 143 ss.

<sup>2</sup> E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, V. GREVI (cura di), Bologna, 1981, pp. 158 ss.

esaltato, seppur con alterne fortune, il ruolo dell'impresa privata nello sviluppo dell'industria carceraria. I citati *Standards* del '55 infatti affermano all'art. 73 che «[p]referably institutional industries and farms should be operated directly by the administration and not by private contractors»<sup>3</sup>.

In riferimento alla nostra esperienza giuridica, è soltanto con l'ordinamento penitenziario del 1975 che, in Italia, il lavoro carcerario assume una diversa connotazione diventando un elemento del trattamento. L'art. 20, co. 2°, sottolinea anzitutto che questo non ha carattere afflittivo ed è remunerato. La non afflittività rimarca la decisa rottura con il passato, mentre il riferimento alla retribuzione, oltre che costituire un principio di giustizia, riconoscendo il diritto a venir compensati per l'attività prestata, comporta un importante e sottovalutato aspetto a livello psicologico, in quanto consente al detenuto il soddisfacimento dei propri bisogni. Fondamentale il quinto comma che prevede, al fine del reinserimento sociale, che l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario debbano rispecchiare quelli della società libera.

### 3. *Diritto o obbligo?*

Una delle più annose questioni circa il lavoro penitenziario è la sua qualificazione giuridica, quale obbligo o diritto del detenuto. Tale questione verrebbe risolta solo superficialmente stando al dato legislativo, in particolare dall'art. 20 che sancisce l'obbligatorietà del lavoro penitenziario. Il dibattito è nato soprattutto dopo l'entrata in vigore del vigente ordinamento penitenziario, in quanto precedentemente non vi erano dubbi circa l'obbligatorietà del lavoro penitenziario come emergeva sia dal Codice Rocco sia dal precedente regolamento penitenziario (r.d. n. 787/1931). La legge del 1975 invece per un verso sembra confermare l'obbligo del lavoro durante la detenzione, ma allo stesso tempo, in altre disposizioni, si contraddice laddove prevede che «ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro» (art. 15, co. 2). Da queste ultime disposizioni sembrerebbe più che un obbligo gravante sul detenuto, una sorta di direttiva rivolta più che altro all'amministrazione penitenziaria, la

<sup>3</sup> NAZIONI UNITE, *Minimum standard rules for treatment of prisoners*, 1955; v. di recente UN, *Standard Minimum Rules on the Treatment of Prisons*, 2015, c.d. *Mandela Rules*.

quale deve assicurare una *chance* di lavoro alla popolazione penitenziaria, con la conseguenza che in capo ai detenuti sarebbe configurabile un vero e proprio diritto a prestare un'attività lavorativa.

La configurazione giuridica della prestazione lavorativa del condannato è controversa. Vi è chi ritiene che il lavoro costituisca un obbligo tale da porsi in contrasto con il principio di non afflittività di cui al secondo comma dell'art. 20<sup>4</sup>, inoltre il fatto che si tratti di un obbligo inequivocabilmente sanzionato, seppur soltanto sotto il profilo disciplinare (art. 77 reg. esec.), confermerebbe la «natura affittivo-espriativa del lavoro carcerario»<sup>5</sup>. Secondo altri, invece, l'obbligatorietà del lavoro, sancita nel 3° co., discende dalla «speciale importanza che il lavoro assume nel quadro delle finalità di rieducazione assegnato alla pena»<sup>6</sup> ed è questa la chiave di lettura dell'obbligatorietà, che, inoltre, si giustifica in quanto parzialmente diretta sia verso il detenuto sia verso l'amministrazione.

Si osserva poi che, pur non potendo parlarsi di un vero e proprio diritto, dovrebbe comunque riconoscersi la sussistenza di uno specifico interesse allo svolgimento di attività lavorativa<sup>7</sup>, mentre c'è chi ritiene che dall'esame delle disposizioni vigenti emerga un vero e proprio diritto del detenuto<sup>8</sup>. Certo è che a questo 'diritto' non corrisponde un obbligo (*stricto sensu*) dell'amministrazione penitenziaria di fornire un lavoro, se è vero che questa ha la possibilità di sottrarsi a un simile obbligo nei casi di impossibilità. Quindi, si può concludere che non esista né un obbligo alla prestazione lavorativa a carico del detenuto né, dall'altra parte, un obbligo, gravante sull'amministrazione, di garantire opportunità lavorative a tutti i detenuti.

#### 4. *Profili critici. Qualche dato*

Tirando le somme, appare chiaro come l'art. 20 possa essere inteso, allo stato attuale, più che altro come un invito rivolto al-

<sup>4</sup> G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro Italiano*, 1971, pp. 64 ss.

<sup>5</sup> G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, cit., pp. 151 ss.

<sup>6</sup> E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, cit., pp. 163 ss.

<sup>7</sup> V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, V. GREVI (cura di), Bologna, 1981, pp. 34 ss.

<sup>8</sup> V. MUCARIA, *Lavoro dei detenuti e trattamento penitenziario*, in *Rassegna penale*, 1987, pp. 402 ss.



l'amministrazione penitenziaria a favorire il lavoro all'interno del carcere. Tuttavia, per diverse ragioni (principalmente relative all'organizzazione, al mantenimento e al costo del lavoro in carcere) spesso non è possibile offrire al detenuto la possibilità di svolgere una prestazione lavorativa. I fattori più critici sono rappresentati dall'organizzazione e il costo del lavoro in carcere. Infatti, la retribuzione (che, come ricordato, è obbligatoria) pesa in maniera significativa sui bilanci delle amministrazioni penitenziarie.

Al 30 giugno 2016 risultano circa 15.272 detenuti lavoratori di cui 12.903 alle dipendenze della amministrazione e soltanto 668 alle dipendenze di altri soggetti<sup>9</sup>. Al 30 giugno 2016, quindi, il solo il 28,24% delle 54.072 persone detenute in Italia svolge una prestazione lavorativa.

È ancora più significativo che la maggior parte di questi (circa l'85%) si occupino di lavori riconducibili alla gestione e funzionamento ordinario del carcere. Sono lavori poco qualificanti che non possono essere considerati tra quelli che offrono una preparazione professionale spendibile all'esterno e agevolano il reinserimento sociale. Oltre alla scarsa professionalizzazione, mette conto segnalare che queste mansioni vengono affidate secondo una 'velocissima' rotazione: ogni detenuto è tenuto, a turno, a svolgerle, cosicché il singolo detenuto è occupato per un periodo di tempo spesso molto limitato, anche solo di una settimana l'anno. La ragione di questa prassi si deve ricondurre proprio alle difficoltà economiche delle amministrazioni penitenziarie, che non hanno fondi sufficienti per garantire un lavoro a tutti i detenuti e, allora, preferiscono l'approccio 'perequativo' ora descritto.

5. *Le prospettive di riforma del lavoro penitenziario: le proposte degli Stati generali dell'esecuzione penale e il 'contratto di risocializzazione e lavoro'*

Il Ministro della Giustizia Orlando ha presentato il 19 maggio 2015, gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale. L'idea è stata quella di creare uno spazio tale da «portare concretamente a definire un nuovo modello di esecuzione penale e una migliore fisionomia del carcere, più dignitosa per chi vi lavora e per chi vi è ristretto»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. le notizie diffuse dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato, Sezione Statistica, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Allo scopo, sono stati creati 18 tavoli tematici di lavoro, composti da operatori penitenziari, magistrati, avvocati, docenti, esperti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo civile. Il tavolo numero otto ha avuto come obiettivo quello di occuparsi degli aspetti problematici legati alla tematica del lavoro e della formazione dei detenuti. In particolare, si è soffermato sull'individuazione delle misure necessarie a risolvere le criticità relative al numero dei detenuti lavoratori e alla competitività delle attività di produzione carceraria, così da accrescere l'offerta di lavoro.

Tante le proposte, alcune anche simbolicamente significative (sostituire nella legge, il termine 'obbligo di lavoro' con il termine 'opportunità', modificare il sistema retributivo, modificare la disciplina dei prelievi sulla retribuzione). Il punto più delicato però è rappresentato dalla scarsa offerta. In proposito, innovativa per il nostro sistema è la proposta di sostituire il binomio lavoro/retribuzione con quello di lavoro/libertà. Ovviamente tale misura, dovrebbe attenersi ad alcuni principi essenziali, quali la volontarietà, il mantenimento dei diritti previdenziali, la previsione di un limite massimo di giorni di lavoro commutabili in giorni di libertà, revocabilità e applicabilità condizionata dell'istituto, stringente controllo di giurisdizionalità. L'idea risponde alla considerazione che l'amministrazione penitenziaria, a causa soprattutto del costo del lavoro all'interno del carcere, non riesce a offrire concrete opportunità al detenuto, ed ha incontrato molta resistenza. Ma merita riflessione anche perché è possibile declinarla in diverse versioni: per esempio, mantenere una retribuzione minima, 'compensata' (rispetto ai livelli del lavoro libero) da uno sconto di pena, ove 'meritato' secondo le regole ordinarie del trattamento penitenziario.

Per superare le ragioni del mancato sviluppo del lavoro carcerario, un'altra proposta è quella di affidare la promozione e lo sviluppo del lavoro all'interno degli istituti penitenziari a un apposito organismo, dotato delle necessarie competenze come il CIRE, *Centre d'Iniciatives per a la Reinserció*, attivo in Catalogna. Un modello del genere consentirebbe di organizzare e connettere formazione e lavoro attraverso un personale dotato delle competenze – ora fisiologicamente mancanti nell'amministrazione penitenziaria – che servono a individuare le reali necessità formative del mercato, a procurare occasioni di lavoro per il carcere, a organizzare e so-

---

<sup>10</sup> Presentazione della giornata inaugurale Stati Generali, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

vrintendere alle lavorazioni e a sostenere il detenuto che torna in libertà nella ricerca di un'occupazione.

Di recente si è proposto un rimedio diverso al problema, ipotizzando addirittura la creazione di un nuovo tipo contrattuale<sup>11</sup>. La proposta prevede come strumento di risoluzione della complessa situazione lavorativa all'interno del carcere, l'utilizzo di un Contratto di risocializzazione e lavoro (C.r.l.). Si tratta di un contratto di lavoro subordinato prevalentemente finalizzato alla rieducazione e risocializzazione del detenuto o dell'internato, il cui oggetto è costituito dalla prestazione di lavoro o servizio erogata dal detenuto o dall'internato in favore dell'Amministrazione penitenziaria, ovvero del datore di lavoro pubblico o privato, all'interno o all'esterno delle strutture penitenziarie. Si distingue un contratto di risocializzazione e lavoro di tipo a), destinato a detenuti e internati da impiegare in attività intramuraria, a prescindere dal datore di lavoro, e il contratto di risocializzazione e lavoro di tipo b), destinato invece a detenuti e internati da impiegare in attività extramuraria, sempre prescindendo dal datore di lavoro.

La funzione rieducativa in questo tipo di contratto è prevalente rispetto alla prestazione lavorativa concretamente prestata, per cui una remunerazione sufficiente e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro effettivamente prestato sarebbe equitativamente stabilita in misura pari al 49% del trattamento economico previsto dai contratti collettivi. In sintesi, si prevede una riduzione consistente della remunerazione del lavoratore detenuto giustificata sulla base del trattamento rieducativo ricevuto. In tal modo, però, il detenuto 'paga' per ottenere la rieducazione che invece stando alla lettera della legge deve essergli assicurata dall'ordinamento penitenziario a norma dell'art. 1 della l. 26 luglio 1975 n. 354. Sarebbe pertanto più ragionevole e conforme ai principi, prevedere che la parte di retribuzione non riconosciuta al lavoratore detenuto fosse sostituita, – come si è accennato prima – da sconti di pena.

Ad ogni modo, si spera che tali proposte non rimangano lettera morta e che da esse derivino concrete misure di miglioramento di questo strumento trattamentale. Infatti, l'attività lavorativa, sia come attività da svolgere nel corso dell'espiazione della pena come mezzo di miglioramento personale, sia come occasione

---

<sup>11</sup> V. LAMONACA, *Dal lavoro penitenziario al contratto di risocializzazione e lavoro: un'ipotesi de iure condendo*, in *Rass. penit. e crim.*, 2, 2015, pp. 5 ss.

di formazione e professionalizzazione in vista del reinserimento in società, è essenziale per la rieducazione del detenuto, che – mette conto di ricordarlo – è il fine ultimo della misura carceraria: «le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27 Cost.).

DAMIANO FRANCESCO PUJIA - GIULIA SCOPPETTA\*

## II IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NEL 'DIALOGO' FRA LE CORTI

*Through an analysis on the subject of market abuses, this article focuses on some of the several problems concerning the process of integration of the constitutional order in the EU and in the EHRC systems, respectively. The article will focus on the differences in the interpretation of the rule of law in order to identify resistance zones along the path towards multilevel protection of rights.*

SOMMARIO: 1. Le fattispecie di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato. – 2. Il rinvio alla CGUE. – 3. Il concetto di *idem* e il principio di stretta legalità nel rapporto con la Corte EDU. – 4. Conclusioni.

### 1. *Le fattispecie di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*

La legge n. 62/2005 ha attuato nel nostro ordinamento la direttiva 2003/6/CE, riguardante gli abusi di mercato<sup>1</sup>. Essa ha introdotto, nella parte V del Testo unico dell'intermediazione finanziaria, un autonomo Titolo I *bis*, intitolato «abuso di informazioni pri-

---

\* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati il prof. A. Fiorella e la prof.ssa E. Olivito. Il par. 1 si deve a Damiano Francesco Pujia, il § 2 a Giulia Scoppetta, i §§ 3 e 4 sono frutto di elaborazione comune.

<sup>1</sup> Già la l. n. 157/1991, attuando la direttiva 89/592/CEE, introduceva nuove fattispecie penali riguardanti lo 'sfruttamento di informazioni riservate' e la diffusione di notizie false ed il compimento di operazioni simulate su valori mobiliari (artt. 2-4).

vilegiate e manipolazione del mercato». Questi fatti vengono preveduti non solo come reati, ma anche come illeciti amministrativi dello stesso tenore e con identica rubrica<sup>2</sup>. La soluzione adottata sembra trovare giustificazione nella stessa direttiva e conferma nel successivo reg. UE n. 596/2014, che si applica a partire dal 3 luglio 2016. Lo stesso termine è stato previsto per l'attuazione della direttiva MAD II. Va segnalato che il regolamento, all'art. 30, dispone che gli Stati membri provvedano affinché le autorità competenti abbiano potere di adottare, in aggiunta alle sanzioni penali, anche delle misure amministrative adeguate per almeno alcune delle condotte descritte; nel caso in cui queste ultime siano già punite come reato, previa dettagliata comunicazione delle norme penali di diritto interno, si prevede che gli Stati abbiano la mera facoltà di non imporre ulteriori sanzioni di natura amministrativa<sup>3</sup>. Interessante notare come l'art. 31 indichi criteri commisurativi della sanzione di ispirazione penalistica, «marcatamente personali» e proporzionali «al grado di responsabilità dell'autore». La l. delega n. 114/2015 stabilisce i principi di attuazione del regolamento e della direttiva 2014, tra i quali spicca la revisione dei minimi delle sanzioni amministrative e l'esclusione del «cumulo di sanzioni penali e amministrative per uno stesso fatto illecito», anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>4</sup>.

Le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 184 e 185 T.U.F. si contraddistinguono per la particolare severità del regime sanzionatorio<sup>5</sup>. L'incriminazione di un fatto deve basarsi su un giudizio di disvalore, un disvalore composito, costituito dalle tre componenti del disvalore di evento, di condotta e di elemento psicologico. Sanzioni tanto afflittive, che restringono la libertà personale, diritto garantito ai sensi dell'art. 13 Cost., devono giustificarsi, nell'ottica del bilanciamento dei beni, alla luce della esigenza di protezione di

---

<sup>2</sup> Per i reati v. artt. 184 e 185 T.U.F.; per gli illeciti amministrativi artt. 187-bis e 187-ter.

<sup>3</sup> Per un succinto quadro sulla normativa europea in materia di abusi di mercato v. Conclusioni dell'avv. Gen. Campos Sánchez-Bordona nella C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, punti 41 ss.

<sup>4</sup> Per una più ampia analisi della disciplina v. M. MASUCCI, *Gli abusi di mercato. Tutela dell'investitore e profilassi 'morale' dell'economia nelle nuove policy d'intervento penale*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, pp. 291-370.

<sup>5</sup> L'art. 184 T.U.F. prevede la pena della reclusione da 1 a 6 anni con la multa da euro ventimila a euro 3.000.000; l'art. 185 T.U.F. prevede la pena della reclusione da 1 a 6 anni con la multa da euro 20.000 a euro 5.000.000.

beni giuridici di altrettanta rilevanza, di rango cioè almeno implicitamente costituzionale. Una corretta individuazione dell'oggettività giuridica deve basarsi su questa irrinunciabile premessa. Invero, nella materia in esame, problematica è proprio tale individuazione. Non sembra possano essere dirimenti, a tal proposito, i principi espressi dal reg. UE n. 596/2014. Il considerando 2 suggerisce all'interprete di identificare l'oggetto della tutela nell'efficienza, integrità e trasparenza del mercato finanziario integrato e nella 'fiducia del pubblico nei mercati', 'fattori di crescita e di benessere economico'. Sennonché, non sembra conciliarsi con i principi fondamentali del diritto penale l'eccessiva astrattezza di tali interessi giuridici. Essi potranno al più svolgere il ruolo di beni strumentali<sup>6</sup>, ma non potranno mai assurgere al rango di bene finale. Analizzando i contenuti dell'offesa, la dottrina più accorta<sup>7</sup> ha allora individuato il bene giuridico nel patrimonio, inteso come 'corretta e informata gestione' dello stesso. La capacità concreta di plurisoggettività passiva dei fatti in esame (non plurioffensività, essendo unitario l'oggetto di tutela), attraverso la lesione strumentale di altri beni giuridici, giustifica allora la gravità della risposta punitiva.

Va sottolineato che la tutela apprestata nel T.U.F. è indirizzata a una *species* del *genus* mercato: non qualsiasi abuso nel mercato è penalmente rilevante, ma solo quello che, secondo la descrizione del legislatore, si rivolge al mercato regolamentato. L'intervento penale si giustifica come *extrema ratio* in considerazione del fatto che già sussistono per operatori e investitori dettagliate regole a presidio della correttezza delle operazioni finanziarie. La corretta e regolata circolazione degli strumenti finanziari rafforza la fiducia degli investitori, incoraggiati a incrementare la propria attività, che determina la crescita della ricchezza collettiva. Solo in questi limiti, dunque, si giustifica un intervento penale marcatamente più severo rispetto ai tradizionali delitti contro il patrimonio presenti nel Titolo XIII del codice penale. Una lettura sistematica della disciplina giuridico-penale consente di escludere l'idea di un diritto

---

<sup>6</sup> Sulla distinzione fra 'beni strumentali' e 'beni finali', alla luce della teoria della seriazione dei beni giuridici, si vedano le fondamentali riflessioni di A. FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 797 ss.

<sup>7</sup> MASUCCI, *Gli abusi di mercato*, pp. 304-307; A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario (prospettive de iure condendo)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 350.

penale meramente sanzionatorio. Idea che in verità si manifesta nelle ispirazioni del diritto eurounitario in materia finanziaria.

Come detto, l'abuso di informazioni privilegiate è previsto sia come reato (art. 184 TUF) sia come illecito amministrativo (art. 187-ter TUF). La descrizione del fatto, nei due articoli, risulta omogenea. Vi è dunque continuità oggettiva tra le fattispecie. La clausola di apertura dell'art. 187-bis fa «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato». Essa sembrerebbe non precludere l'applicazione cumulativa della sanzione penale e della sanzione amministrativa. Difatti, essa ha fondato la tesi, monolitica in giurisprudenza<sup>8</sup>, secondo cui chiara sarebbe l'intenzione del legislatore di prevedere un doppio binario sanzionatorio. Ciò ha posto il problema della violazione del *ne bis in idem*, alla luce dell'interpretazione data dalla Corte EDU, che ha qualificato la sanzione di cui all'art. 187-bis come «sostanzialmente penale», in quanto elevatamente afflittiva<sup>9</sup>.

Appare però possibile a chi scrive una ricostruzione alternativa. La formula è pleonastica: è naturale che le sanzioni penali derivano da reato ed è superfluo sottolineare che esse sono salve «quando il fatto costituisce reato». Ragionando *a contrario*, in assenza di un reato, piuttosto non esisterebbero sanzioni penali. Una lettura costituzionalmente orientata consentirebbe di superare il problema, nel rispetto anzitutto del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), ancor prima che dei parametri convenzionali. La clausola può essere qualificata come clausola di esclusione, con il significato seguente: «quando il fatto costituisce reato, si applicano solo le sanzioni penali». Tale interpretazione sarebbe inoltre conforme al criterio di specialità che regola i rapporti fra illecito amministrativo e illecito penale espresso dall'art. 9 della l. n. 689/1981<sup>10</sup>. Se è vero però che sussiste continuità oggettiva fra le fattispecie, in quali ipotesi può ritenersi che il fatto integri esclusivamente il reato?

L'art. 184 T.U.F. disciplina una fattispecie delittuosa (le pene previste sono quelle della reclusione e della multa). Sul punto è utile osservare come il criterio di imputazione soggettiva dei de-

<sup>8</sup> V., *ex plurimis*, Cass., sez. trib. civ., ord. n. 20675/16.

<sup>9</sup> V. Corte EDU, 2014, G.S. c. *Italia*. Di ciò si tratterà più diffusamente *infra*, §§ 2 e 3. I criteri attraverso cui la Corte EDU valuta la natura delle sanzioni furono individuati dalla stessa nel caso *Engel c. Paesi Bassi*, 1976.

<sup>10</sup> MASUCCI, *Gli abusi di mercato*, p. 323.



litti, salvo diversa espressa previsione del legislatore, sia il dolo (art. 42, co. 2 c.p.). Diversamente, l'illecito amministrativo è sanzionato tanto a titolo di dolo, quanto a titolo di colpa (art. 3, l. n. 689/1981). Ne consegue che si applicherà soltanto l'art. 184, se il fatto risulti commesso con dolo, mentre troverà applicazione l'art. 187-*bis* se il comportamento risulterà sorretto da un coefficiente psichico colposo. Il contrasto con il principio del *ne bis in idem* sarebbe superato e si impedirebbe un trattamento immotivatamente deteriore per l'individuo. Residuerrebbero comunque profili di illegittimità costituzionale. La sanzione di cui all'art. 187-*bis* è molto elevata, equivalente alla pena pecuniaria che si accompagna alla reclusione nel rispettivo delitto<sup>11</sup>: può ritenersi in contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità che tale risposta sanzionatoria consegua a un fatto colposo, quindi meno offensivo.

Le considerazioni fin qui svolte valgono anche per il rapporto fra l'art. 185 e art. 187-*ter*. Per un'analisi delle fattispecie di manipolazione di mercato, ancor prima di utilizzare il criterio di distinzione fondato sul diverso elemento psicologico fin qui esposto, è possibile rilevare una differenziazione già sul piano materiale. L'art. 185 sanziona condotte manipolative «concretamente idonee» a provocare una «sensibile alterazione del prezzo». La fattispecie costituisce delitto di pericolo concreto, per espressa previsione, tale da risultare conforme al principio di offensività. Come affermato da autorevole dottrina<sup>12</sup>, anche nei reati di pericolo l'interprete non può prescindere dall'individuazione di un evento, elemento strutturale del fatto tipico: sarà questo un evento pericoloso, non dannoso. La parte generale del codice penale impone una ricostruzione siffatta: l'art. 40, co. 1, c.p. richiede per l'accertamento del nesso di causalità «l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato»; l'art. 43, ai fini dell'accertamento del dolo, presuppone che «l'evento» sia «preveduto e voluto» dall'agente «come conseguenza della sua azione od omissione». Ciò è necessario per una precisa valutazione della meritevolezza di pena.

L'art. 187-*ter* sanziona a titolo di illecito amministrativo chiunque «diffonde notizie, voci, informazioni false o fuorvianti che fornicano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti» circa strumenti finanziari. Pur con maggiori specificazioni riguardanti i mezzi attraverso cui la condotta è posta in essere,

---

<sup>11</sup> V. nota n. 4.

<sup>12</sup> FIORELLA, *Reato*, cit., pp. 789-791.

questa può dirsi omogenea a quella descritta nell'art. 185. In merito all'evento giova, invece, individuare l'assenza di un riferimento all'idoneità concreta del comportamento a provocare una sensibile alterazione del prezzo. Le notizie, una volta diffuse, si pongono anzitutto allo stadio di 'susceptibilità' (intesa come capacità) a fornire false indicazioni; sviluppando, in via ipotetica, il ragionamento, può ricavarsi che, ove il decorso causale non dovesse arrestarsi, le predette notizie forniranno effettivamente tali indicazioni. Correttamente il legislatore, nel rispetto del principio di offensività, ha evitato di qualificare questo fatto come reato, vista la sua astratta, meglio presunta, pericolosità. Stante la differenziazione sul piano materiale tra i due comportamenti, il problema di *bis in idem* può essere risolto alla luce di un criterio discretivo che abbia riguardo al grado di intensità dell'offesa sul piano oggettivo: se la condotta si arresta con la verifica di un «effetto pericoloso» di mera suscettibilità rispetto al pericolo astratto, si applicherà l'art. 187-ter. Ancora, superata tale soglia, addivenendo all'evento pericoloso astratto di comunicazione di indicazioni fuorvianti, continuerà ad applicarsi l'art. 187-ter. Se però si producesse l'effetto, più rilevante, di concreta idoneità a provocare una sensibile alterazione del prezzo, ossia un pericolo concreto, si applicherebbe l'art. 185 (è difficile immaginare una condotta che sia allo stesso tempo concretamente e astrattamente pericolosa). Le fattispecie si pongono in un rapporto di esclusione reciproca.

Sorge, nondimeno, un ulteriore problema di sproporzione della sanzione amministrativa, ora anche sul piano oggettivo: può infatti ritenersi conforme all'art. 3 Cost. che a un illecito di pericolo astratto consegua una sanzione pecuniaria della stessa entità di quella prevista per un delitto di pericolo concreto?

## 2. *Il rinvio alla CGUE*

AmMESSO che si possano correggere in via interpretativa le contraddizioni insite nella nuova disciplina in materia di abusi di mercato, lo spettro del *bis in idem* aleggia sulle norme in esame anche se guardate attraverso il prisma del diritto dell'Unione europea. Ciò rende queste fattispecie un punto di faglia tra i tre circuiti di legalità (rappresentati dall'ordinamento interno, da quello euro-unitario, nonché da quello facente capo alla CEDU), quindi un luogo di osservazione privilegiato per l'analisi dei rapporti fra ordinamenti. Pochi mesi dopo la pronuncia di inammissibilità da

parte della Corte costituzionale<sup>13</sup> su un rinvio proveniente dalla sezione tributaria civile della Corte di cassazione<sup>14</sup>, il medesimo giudice<sup>15</sup> chiama la Corte di giustizia dell'Unione europea ad affrontare nuovamente la delicata e controversa questione della compatibilità tra il principio del *ne bis in idem* e la disciplina interna di attuazione del diritto derivato dell'Unione in materia di abusi di mercato. Il giudice *a quo* formula due questioni pregiudiziali di interpretazione, chiedendo se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente a oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile» e se il principio eurounitario del *ne bis in idem* «in base all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretato alla luce dell'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale» sia suscettibile di applicazione diretta.

La formulazione della prima questione risulta analoga a quella posta nel celebre caso *Fransson*<sup>16</sup> da un tribunale di primo grado svedese, il quale chiedeva se fosse compatibile con il diritto europeo, alla luce dell'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU, una normativa nazionale che prevedesse la possibilità di celebrare un procedimento penale avente per oggetto una condotta già sanzionata con l'infrazione di una sovrattassa nell'ambito di un precedente procedimento amministrativo. In quell'occasione, la Corte di Lussemburgo rispose che l'art. 50 CDFUE non osta a una combinazione di una sanzione penale con una sanzione di diversa natura qualora quest'ultima non sia anch'essa di natura sostanzialmente penale. Ciò significa che il diritto dell'Unione osta a un cumulo di sanzioni per uno stesso fatto solo nel caso in cui esse siano entrambe sostanzialmente penali. La valutazione della natura penale della seconda sanzione però spetta al giudice del rinvio, che dovrà accertarla sulla base dei tre criteri (criteri *Engel*) che, traendo ispirazione dall'orientamento della Corte EDU, la Corte di giustizia ha

---

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 102/2016.

<sup>14</sup> Cass., sez. trib. civ., ord. n. 950/2015.

<sup>15</sup> Cass., sez. trib. civ., ord. n. 20675/2016.

<sup>16</sup> Corte di giustizia, C-617/10, *Akerberg Fransson*, 26 gennaio 2013.

elaborato nella sua giurisprudenza: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e la natura, nonché il grado di severità della sanzione. In effetti, come già detto, gli interventi del legislatore europeo in materia di abusi di mercato<sup>17</sup> sembrano andare in una direzione coerente con la prospettiva dell'ammissibilità del doppio binario sanzionatorio. Ragionevolmente, a meno che non ricorrano le condizioni per un mutamento di giurisprudenza della CGUE, si può prevedere che, anche in questo caso, la Corte devolgerà sempre al giudice nazionale il compito di verificare quale sia la natura sostanziale della sanzione amministrativa<sup>18</sup>; nel caso in cui questi dovesse accertare la natura penale della misura emergerebbe l'esigenza di valutare se le disposizioni del regolamento e della direttiva siano idonee a spiegare effetti diretti<sup>19</sup> o se l'unica conseguenza dell'inadempimento dello Stato membro possa essere la responsabilità civile dello stesso nei confronti dell'UE. È un dato di fatto che l'Italia non ha adempiuto agli obblighi di comunicazione contenuti nel regolamento, pertanto ci si potrebbe chiedere se, nel caso in cui si disapplicasse la norma interna che prevede le sanzioni amministrative, ci si possa limitare a irrogare la sanzione penale o si debba applicare anche la sanzione amministrativa nella misura del minimo previsto dal regolamento. La seconda soluzione, che pure parrebbe plausibile alla luce del fatto che il legislatore europeo pone una presunzione di insufficienza della sola sanzione penale, creerebbe un serio problema sul piano nazionale rispetto al principio di legalità, in particolare rispetto alla riserva di legge. Ad ogni modo, percorrendo la via della disapplicazione, verrebbe a profilarsi una pericolosa situazione di incertezza, che difficilmente potrebbe dirsi compatibile con i principi del diritto penale italiano.

La seconda questione sollevata dalla Cassazione pone un quesito di carattere più generale, inerente al tormentato rapporto tra

<sup>17</sup> Vedi *supra*, par. 1.

<sup>18</sup> È ragionevole in ogni caso attendersi che, anche in seguito alla sentenza della Corte EDU del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, la Corte di giustizia completerà e approfondirà la propria giurisprudenza in materia. V. conclusioni dell'Avv. Gen. Campos Sánchez-Bordona in relazione alle cause C-217/15 e C-350/15, *Orsi e Baldetti*, punti 1-3 e nella causa C-524/15, *Menci*, punti 73, 76 e 126.

<sup>19</sup> Per 'effetto diretto' la dottrina intende la capacità concreta dell'atto di «produrre posizioni soggettive perfette», conseguente a una compiutezza dispositiva. Il concetto si ritiene distinto da quello di 'diretta applicabilità', capacità astratta tipica dei regolamenti di produrre effetti giuridici senza bisogno di atti di attuazione. V. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2016, pp. 106 ss.

CDFUE e CEDU. Sempre nella sentenza *Fransson* la Corte di giustizia ha avuto modo di fornire delle indicazioni sugli artt. 51, parr. 1 e 52, par. 3 CDFUE, contenenti alcune delle norme che regolano l'ambito di applicazione della Carta stessa. Appare scorretto postulare l'automaticità di un'equivalenza tra le garanzie sancite dalla Carta di Nizza e i corrispondenti diritti tutelati dalla CEDU<sup>20</sup>: fino a che l'UE non aderirà alla Convenzione, quest'ultima non potrà essere considerata come «un atto giuridico formalmente integrato nel diritto dell'Unione»<sup>21</sup> e in ogni caso «il diritto dell'Unione non [...] determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»<sup>22</sup>. Il fatto che la Corte di giustizia, come nel caso dei criteri recepiti dalla sentenza *Engel*<sup>23</sup>, possa trarre ispirazione dalla giurisprudenza della Corte EDU non esclude che l'interpretazione di diritti garantiti sia dalla CDFUE sia dalla Convenzione mantenga una propria autonomia in diritto europeo. Se così non fosse si aprirebbe un *vulnus* nel cuore dello stesso ordinamento sovranazionale: se l'ultima parola sui diritti e sulle libertà fondamentali che fungono da parametri di legittimità degli atti dell'UE spettasse a una Corte appartenente a un ordinamento esterno, risulterebbe drammaticamente compromesso il meccanismo del rinvio pregiudiziale e, con esso, l'uniformità, l'efficacia e il primato del diritto europeo<sup>24</sup>. L'autonomia dell'ordinamento europeo e il principio della primazia del diritto dell'Unione, che deve essere garantito dalla Corte di Lussemburgo, ostano ontologicamente alla configurazione di una relazione osmotica tra ordinamenti che porti la giurisprudenza della Corte EDU a imporre un'interpretazione delle norme dell'ordinamento sovranazionale. La 'chiave di volta' del sistema è il rinvio pregiudiziale e anche i giudici nazionali, nel momento in cui applicano e interpretano il diritto dell'Unione, operano come organi di quest'ultima. Pertanto si ritiene che la seconda questione sollevata con l'ordi-

---

<sup>20</sup> V. i punti 72, 80, 82, 87 ss. delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Villalòn.

<sup>21</sup> V. il punto 109 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Villalòn e *Fransson*, par. 44. In tal senso v. anche Corte di giustizia, C-217/15 e C-350/15, 4 aprile 2017, *Orsi e Baldetti* e conclusioni dell'avv. Gen. Campos Sánchez-Bordona nella C-524/15, *Menci*, punti 74 ss.

<sup>22</sup> Sentenza *Fransson*, § 49.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, C-489/10, *Bonda*, 5 giugno 2012.

<sup>24</sup> V. Corte di giustizia, 18 dicembre 2014, parere 2/2013, in particolare par. 189 ss. In Corte di giustizia, C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*, §§ 56 ss.

nanza n. 20675/16 possa essere risolta sulla base delle interpretazioni che la Corte di giustizia ha fornito sull'art. 267 TFUE<sup>25</sup>. Se il meccanismo è questo, risulta chiaro come non sia compatibile con il sistema del diritto europeo la diretta applicabilità<sup>26</sup> del principio del *ne bis in idem* «interpretato alla luce dell'art. 4, Prot. n. 7 CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU», in quanto, in base al diritto europeo, la sola interpretazione vincolante per il giudice *a quo* è quella della Corte di giustizia, che è libera di recepire o meno le soluzioni interpretative dettate dalla Corte EDU<sup>27</sup>.

Si potrebbe sostenere che in questo caso si sia fatto un uso improprio del rinvio pregiudiziale, mediante la proposizione di una questione sulla diretta applicabilità non dell'art. 50 della Carta di Nizza bensì, indirettamente, sull'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte EDU, questione su cui la Corte di giustizia non ha il compito di pronunciarsi. Analoga era stata la richiesta che, nell'ambito dello stesso giudizio, la sezione tributaria della Cassazione aveva già rivolto alla Corte costituzionale: il parametro invocato era l'art. 117 co. 1 Cost. integrato dagli artt. 2 e 4, Prot. n. 7 della CEDU, per come illuminato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Con la sent. n. 102 del 2016 la Consulta ha dichiarato la questione inammissibile in quanto «formulata in maniera dubitativa e perplessa» nella parte della motivazione concernente proprio i rapporti fra gli ordinamenti, in particolare fra Convenzione e diritto europeo<sup>28</sup>. La Corte afferma che il giudice *a quo* deve fugare i propri dubbi a riguardo, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale; il che, nonostante si fossero già rilevati diversi profili di inammissibilità della questione, potrebbe far sorgere l'impressione che il giudice delle leggi italiano, dopo l'ordinanza n. 103 del 2009, torni a farsi scherno della doppia pregiudizialità, gravando i giudici *a quibus* di una sorta di onere di rinviare preventivamente alla CGUE<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> V. Corte di giustizia, C-283/81, 6 ottobre 1982, *CILFIT*; Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, *PFE.*; Corte di giustizia, C-314/85, 22 ottobre 1987, *Fotofrost*.

<sup>26</sup> Sulla diretta applicabilità del diritto euorunitario v., *ex plurimis*, Corte di giustizia, C-26/62, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*; C-148/78, 5 aprile 1979, *Ratti*.

<sup>27</sup> Nelle recenti Conclusioni della causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.* (punti 83-86) l'avv. Gen. Campos Sánchez-Bordona, pur affermando la diretta efficacia dell'art. 50 CDFUE in quanto norma chiara, precisa e incondizionata, ribadisce senz'altro l'autonomia del principio del *ne bis in idem* in diritto europeo.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. 102 del 2016, considerato in diritto, § 6.3.

<sup>29</sup> Sempre in tema di *ne bis in idem* v. Corte cost., sentt. nn. 193/2016, 43/2017, 68/2017.

Ponendo tale condizione, essa evita lo scontro diretto con la CGUE; il rischio che però si cela dietro questo posizionamento è quello di sollecitare i giudici comuni a rivolgersi preventivamente ad una Corte appartenente a un ordinamento esterno per la soluzione di questioni costituzionalmente rilevanti, ridimensionando così il giudizio di costituzionalità a una fase di controllo successiva e solo eventuale in cui la Corte si limiterebbe a prendere atto di decisioni assunte altrove. Nell'ordinanza di rinvio alla CGUE, seguita alla pronuncia della Corte, la sezione tributaria non manca di menzionare, con una nota di dissenso, la sent. n. 102, ed è interessante notare come le questioni sollevate con il rinvio siano state formulate in modo che una risposta affermativa produrrebbe, sul giudizio in corso, gli stessi effetti che avrebbe prodotto l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale dichiarata inammissibile. In questa dinamica rischia di risultare penalizzata proprio la Corte costituzionale e, se è vero che questa e la Corte di giustizia si trovano in una posizione sostanzialmente analoga rispetto alla CEDU poiché entrambe hanno interesse a limitare il potenziale espansivo del diritto convenzionale, è pur vero che la CGUE giudica sulla base dell'ordinamento europeo e le sue decisioni non potranno mai sostituirsi ad un giudizio di legittimità costituzionale. I giudici comuni dal canto loro, al fine di garantire un costante innalzamento del livello della tutela dei diritti soggettivi, tendono sempre più spesso a far riferimento alla CEDU. Allo stesso modo in cui il rinvio pregiudiziale non può costituire uno strumento per ammantare il diritto convenzionale della forza normativa propria del diritto dell'UE, il giudizio di legittimità costituzionale non può essere utilizzato come mezzo funzionale all'applicazione della CEDU, né come surrogato di un non ancora esistente rinvio alla Corte EDU. Se così non fosse si priverebbe la Corte costituzionale del potere di decidere sul bilanciamento tra diritti, doveri e principi conformemente a Costituzione e si finirebbe con lo svuotare la Carta del suo valore fondamentale.

C'è da chiedersi se un'eventuale apertura all'applicazione diretta della CEDU non potrebbe arrivare a modificare sostanzialmente il contenuto dei diritti e dei principi posti alla base dell'ordinamento italiano. Nel caso emblematico del *ne bis in idem* in particolare, si pone la questione se l'applicazione automatica dei criteri *Engel* possa valere ad incidere sul principio di legalità per come puntualmente enucleato dalla Costituzione.

### 3. *Il concetto di idem e il principio di stretta legalità nel rapporto con la Corte EDU*

Per chiarire il discorso bisogna ora dare coerente sviluppo ai richiami di cui sopra alla giurisprudenza della Corte EDU. La violazione del divieto di *bis in idem*, ai sensi dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, ha comportato la condanna dello Stato italiano nella recente sentenza *Grande Stevens*. Con essa la Corte ha qualificato come 'sostanzialmente penale' la sanzione amministrativa di cui all'art. 187-ter, affermando dunque che il doppio binario sanzionatorio consiste in una duplice punizione per lo stesso fatto.

La questione si fa allora spinosissima se si focalizza l'attenzione sul preciso significato da attribuire al concetto di *idem factum*. Sussiste una certa omogeneità di valutazione circa l'esigenza di dare rilievo ad una nozione naturalistica del fatto, al di là del mero raffronto delle fattispecie astratte. Tuttavia profonde differenze fra il nostro ordinamento e l'interpretazione convenzionale si riscontrano sul piano della considerazione dell'*evento*. La sent. n. 200/2016 della Corte costituzionale<sup>30</sup> sottolinea attentamente questa divergenza, mettendo per di più in risalto l'oscillante orientamento della Corte di Strasburgo sul punto. La stessa sentenza *Zolotukhin v. Russia*<sup>31</sup> mette in luce la non unitarietà degli indirizzi emergenti da precedenti decisioni in materia. L'attenzione dei giudici di detta Corte si incentra sulla particolare '*conduct*' dell'imputato, richiamando gli eventi del caso in esame a fini meramente ricognitivi: il fatto si condensa nella condotta dell'agente, su questa si misura l'offesa. E non è un caso. Il difficile compito di cui è investita la Corte europea dei diritti dell'uomo è quello di interpretare la Convenzione nel tentativo di addivenire ad una armonizzazione dei diversi, a volte contrastanti, sistemi normativi dei vari ordinamenti che ad essa aderiscono: sistemi che hanno tradizioni giuridico-penali spesso lontane, ispirate, in taluni casi, da principi non omogenei, confinati entro limiti certi dalle rispettive Carte costituzionali. Nel nostro diritto penale, invece, il principio di concreta offensività, desumibile da norme di rango costituzionale (art. 25, co. 2; art. 27, co. 1), segna la soglia di rilevanza penale del fatto, condensandosi nell'elemento dell'evento, inteso in senso storico-naturalistico, necessario punto di partenza per la ricostruzione

<sup>30</sup> V. sent. 200/2016, punto 5 del considerato in diritto.

<sup>31</sup> Corte EDU, 2009, *Zolotukhin v. Russia*.



della tipicità. Un nocciolo naturalistico, 'reale', alla base della valutazione del legislatore, è logicamente necessario<sup>32</sup>: mai potrebbe darsi una valutazione su un oggetto inesistente, in quanto transitivamente sarebbe inesistente la valutazione stessa. Il fatto non può che considerarsi, quindi, nelle componenti di evento, condotta e nesso causale.

Altro aspetto che può destare perplessità è il concetto di 'sanzione sostanzialmente penale'. Tradizionalmente, nel nostro sistema giuridico, ci si è attenuti ad un criterio formale (nei limiti segnati dal principio di offensività) per la selezione dei fatti penalmente rilevanti. Al contrario, l'adozione di un criterio sostanzialistico rischierebbe di creare una situazione di incertezza sulla portata del disvalore del fatto, così sarebbe se si affidasse l'identificazione dell'illecito penale non più al *nomen iuris* della sanzione, ma al grado di afflittività di questa. Il canone di legalità formale del reato e della pena svolge una funzione di garanzia a vantaggio dei consociati e l'adozione di una concezione sostanziale della sanzione comporterebbe indubbiamente un problema di riconoscibilità del reato, in contrasto con il principio di colpevolezza. Lo stesso principio di legalità è interpretato diversamente nei due ordinamenti. La Corte EDU individua come caratteri essenziali di detto principio la *accessibility* (accessibilità al contenuto della norma) e la *foreseeability* (previsione da parte dell'agente del comportamento riprovato dall'ordinamento). Sul piano del diritto interno, in realtà, la stretta legalità, di cui all'art. 25, co. 2, Cost., si manifesta anzitutto come riserva di legge in materia penale, per poi articolarsi nei suoi corollari di determinatezza della fattispecie e tassatività della sua interpretazione. L'accessibilità alla norma e la previsione dell'agente della condotta punibile sono piuttosto da ricondurre al paradigma dell'art. 5 c.p.<sup>33</sup>. Dunque, i criteri utilizzati dalla Corte EDU meglio si conciliano con il paradigma del principio di colpevolezza. Ciò dimostra l'elasticità con cui la Corte europea si avvale del principio di legalità, spesso distorcendolo, addirittura trascurandolo, pur in favore della tutela di eminenti diritti della persona umana, come quello rappresentato dal *ne bis in idem*.

---

<sup>32</sup> La dottrina non è concorde sul punto. Prevale in realtà la distinzione tradizionale fra reati di evento e 'reati di pura condotta'. Nel testo si segue esplicitamente la posizione espressa in FIORELLA, *Reato*, cit., p. 789.

<sup>33</sup> V. Corte Costituzionale, sent. n. 364/1988.

#### 4. Conclusioni

Emerge, in ultima analisi, un'incompatibilità dal confronto dei tre circuiti di legalità. L'interprete è chiamato a decidere quale sia la fonte che deve prevalere, alla luce della complessiva struttura dell'ordinamento di riferimento che, per il giudice nazionale, non può che essere l'ordinamento costituzionale. E ciò non soltanto in ossequio al principio di sussidiarietà, ma anche e soprattutto alla luce della circostanza che è sul fondamento delle norme della Costituzione che gli altri ordinamenti si innestano nel corpo del sistema giuridico statale, unico ordinamento originario, autosufficiente e capace di autodeterminarsi.

Non si può ignorare come la dimensione casistica della giurisprudenza della Corte EDU e il meccanismo della disapplicazione in diritto europeo si prestino a creare situazioni di incertezza e disuguaglianze. Inoltre il principio della riserva di legge, 'corollario' del principio di legalità, è ciò che ancora indissolubilmente il diritto penale alla forma democratica dello Stato costituzionale di diritto, che continua a trovare la propria ragion d'essere nella relazione di rappresentanza che lo lega ai cittadini. Vero è che l'art. 2 Cost. fa riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo, tuttavia, anche tenendo conto della vocazione internazionalista della Costituzione, è pur sempre la Repubblica che li 'riconosce e garantisce', identificandone i contenuti e temperandoli anche con i doveri contemplati dalla Carta. Per questi motivi, in ogni caso, dovrebbe essere la Corte costituzionale ad avere l'ultima parola nel caso di contrasti interpretativi su questioni che possano incidere sull'identità stessa dell'ordinamento, pervenendo all'attivazione dei c.d. controlimiti<sup>34</sup>. Ed è arduo sostenere che il principio di legalità enunciato dall'art. 25 co. 2 non costituisca un controlimite. Rispetto alla CEDU vale la pena ricordare che, trovando essa fondamento nell'art. 117 co. 1, è tenuta a rispettare interamente la Costituzione.

Ora, la passiva recezione in giurisprudenza della sentenza *Grande Stevens* e della nozione convenzionale di *idem* sembra ispi-

<sup>34</sup> Il tema è oggi particolarmente dibattuto in dottrina, tanto più dopo i recenti sviluppi del caso Taricco. Tra i molti contributi si segnalano M. LUCIANI, *Il brusco risveglio, i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC* n. 2/2016. Diversamente, A. RUGGERI, *Rapporti tra corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti' mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC* n. 1/2011; G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, 2012, Bologna, pp. 552 ss. V. anche F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017.

rata da logiche per la verità pilatesche, con il sacrificio del principio di stretta legalità. Ciò non vuol dire che non sia censurabile la qualificazione giuridica dell'illecito da parte del legislatore, sul piano dell'ordinamento interno. Già trenta anni fa attenta dottrina<sup>35</sup> esprimeva l'esigenza di contrastare la c.d. 'truffa delle etichette' che travestiva (e, oggi, traveste) «come amministrative sanzioni che, per la loro natura e pesantezza, andrebbero piuttosto configurate come penali in senso stretto»<sup>36</sup>. Se è vero, ripercorrendo quelle riflessioni, che 'la previsione di una pena e quindi di un reato costituisce *extrema ratio* dell'ordinamento giuridico', allora l'illecito penale «dovrebbe essere caratterizzato da un contenuto complessivo di disvalore più elevato. Al minor contenuto di disvalore dell'illecito amministrativo dovrebbe poi corrispondere una minor gravità della sanzione rispetto a quella penale in senso stretto». La distinzione fra illeciti si attesta allora sul piano della offensività, in quanto per l'illecito amministrativo non andrà accertata la verifica dell'evento. In conclusione, se illecito amministrativo deve essere, minore deve essere la sanzione. Una sanzione irragionevolmente afflittiva potrà sì essere oggetto di questioni di legittimità costituzionale, ma aventi come parametri innanzitutto gli artt. 13, 25, 27, co. 1 e 2 Cost.

<sup>35</sup> FIORELLA, *Reato*, cit., pp. 813 ss.

<sup>36</sup> FIORELLA, *Reato*, op. cit., p. 814.



FRANCESCO MARIA VINCENTELLI\*

## IL «TAGEBUCH» DI BERNHARD WINDSCHEID

*The following article contains the first translation of the diary kept by the famous German jurist Bernhard Windscheid during his youth. Private aspects of Windscheid's personality are revealed through the diary entries he wrote as a student and young scholar.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Incipit e Zweite Juristische Examen*. – 3. Riflessioni varie. – 4. Il definitivo ritorno a Düsseldorf e la chiusura del diario.

### 1. *Introduzione*

Il «*Bernhard Windscheids Tagebuch aus den Jahren 1837 bis 1843*», riportato da Lesener<sup>1</sup> nello «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Romanistische Abteilung*» del 1966, costituisce probabilmente la fonte più affascinante sulla vita di Bernhard Windscheid<sup>2</sup>, raccontandoci il lato più privato della personalità dell'autore.

---

\* Studente laureato in Diritto Civile, Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Brutti.

<sup>1</sup> Il quale in una nota introduttiva ringrazia una nipote del giurista, Frau Margerete Trier (nonché moglie del prof. Jost Trier, ordinario di filologia tedesca presso l'università di Münster), per la disponibilità alla pubblicazione di parte del manoscritto.

<sup>2</sup> Si ritiene opportuna una breve indicazione biografica. Bernhard Joseph Hubert Windscheid nacque a Düsseldorf il 26 luglio 1817 da padre Ferdinand e madre Marie Franzisca Friedrike (nata Servaes). Il primo ebbe un'educazione delle più solide, studiando a Heidelberg e a Parigi, e riuscendo a ricoprire il ruolo di *Regierung-Referendär* e di *Ober-Zollinspektor*. La seconda veniva da una famiglia di medici e avvocati e della sua dedizione alle attività domestica si legge (F. KLEIN, *Bernhard Windscheid, Leben und Werk*, Berlin, 2014, p. 47, citando lo *Stammbuch Windscheids* p. 22): «*die vielen Geburten (dreizehn zwischen 1812 und 1837) und die häusliche Arbeit haben sie vor der Zeit aufgerieben*». A Düsseldorf Bernhard frequen-

Il presente contributo contiene la prima traduzione del diario che il giurista ha tenuto nell'arco della sua gioventù. A proposito, e nonostante l'univoca considerazione di Bernhard Windscheid come il più influente giurista tedesco del suo tempo, si rammenta come tra le traduzioni delle sue opere è riconosciuta solo quella celebre commentata del «*Lehrbuch des Pandektenrechts*» a opera di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa.

Il diario di cui si propone la traduzione ci è pervenuto attraverso la pubblicazione di passi del manoscritto<sup>3</sup>, a opera di Lesener e in forma di articolo, all'interno dello «*Zeitschrift*».

Per ragioni di completezza è bene riportare l'opinione di uno dei maggiori studiosi della vita di Bernhard Windscheid, Friedrich Klein<sup>4</sup>, il quale muove dei dubbi sull'attribuzione al giurista del diario in questione. Gli argomenti di Klein non sono certo dei più solidi, essendo questi fondati sui due seguenti appunti che si rin-

---

terà il ginnasio cittadino dove avrà in qualità di professore di filosofia Immanuel Hermann Fichte, figlio del grande Johann Gottlieb Fichte. Dopo gli studi scolastici conclusi nel 1834, si iscrisse agli studi universitari di Linguistica a Berlino, dirottando verso la facoltà di Giurisprudenza sotto influsso delle lezioni di Savigny (al tempo ancora professore a Berlino). La laurea venne conseguita nel 1836 e nel 1837 passò lo *Zweite Juristische Staatsprüfung*, conseguendo nel 1838 la *Promotion* a Bonn con tesi «*De valida mulierum intercessione*». Ottenne la *Habilitation* nel 1840 a Bonn, dove, sette anni più tardi, venne chiamato quale Professore straordinario. Windscheid insegnerà a Basilea dal 1847 e a Greifswald dal 1852. Dal 1857 venne chiamato alla cattedra di Monaco di Baviera e nel 1871 quale successore di Karl Adolf von Vangerow presso l'università di Heidelberg. Nel 1874 iniziò la sua ultima attività lavorativa all'università di Lipsia (di cui sarà nominato rettore nell'anno accademico 1884/1885), periodo che vide un'interruzione dal 1880 al 1883 in vista della sua collaborazione ai lavori nella commissione per il progetto di codice civile. Fino a poco prima della sua morte egli rimase tanto in salute da poter continuare a tenere lezioni fino all'estate 1892; egli morì il 26 ottobre dello stesso anno.

<sup>3</sup> Per quanto sia stato compito di chi scrive reperire notizie riguardo alla collocazione del manoscritto per una eventuale consultazione, non vi sono ulteriori informazioni sulle sue attuali sorti.

<sup>4</sup> F. KLEIN, *Bernhard Windscheid, Leben und Werk*, Berlin, 2014, p. 77, nota 280: «(...) *Das von Hans Lesener veröffentlichte „Windscheid Tagebuch“ [ZRG (RA) 83 (1966) S. 382-396] dürfte dagegen, wie Datums- und Textvergleiche ergeben, nicht von Bernhard, sondern von seinem vier Jahre älteren Bruder Franz Windscheid stammen, so dass es zwar über das Klima in der Familie Windscheid viel, über die Psyche Bernhard Windscheids jedoch nichts aussagen kann. Ausweislich der typographischen Abschrift des Tagebuchs im Familiennachlass Windscheid ist unter dem 08.6.1838 von einem „Bernhard“ neben dem Autor die Rede, und unter dem 29.3.1838 spricht der Autor von sich „als dem Ältesten“*». È stato premura di chi scrive, nel periodo di ricerca presso l'università di Heidelberg, cercare di mettersi in contatto con il dott. Klein per poter discutere della questione. Nonostante i più vari tentativi, non è stato possibile contattare l'autore, giudice nella regione di Baden-Württemberg, non prestando egli alcuna durevole collaborazione in alcuna università.

vengono nel diario. In un primo compare la scritta «Bernhard» accanto all'intestazione dell'autore, specificazione la cui superfluità ha destato perplessità in Klein; nella seconda annotazione contestata, l'autore, a proposito della sua famiglia, parlerebbe di sé come del maggiore dei figli. Su quest'ultimo punto sarebbe dunque da concentrarsi, giacché per Klein sarebbe stato piuttosto il fratello Franz<sup>5</sup> l'autore del diario. In risposta a simile perplessità, si avrà modo di notare come i riferimenti fatti alla famiglia nel «*Tagebuch*» siano sempre speculari alla situazione personale dell'autore. L'indicazione quale maggiore dei fratelli potrebbe facilmente spiegarsi allora con il fatto che il fratello maggiore<sup>6</sup>, si trovava già fuori di casa in una situazione di indipendenza dal nucleo familiare cui Bernhard ancora dipendeva. Era Bernhard infatti il figlio verso il quale ci si aspettava un sostegno, e di tale aspettativa l'autore soffrì profondamente il peso.

Infine, che l'autore del diario sia Bernhard lo dimostrerebbero le coincidenze con le date (la testimonianza dello *zweite Juristische Examen* su cui tutte le fonti sono concordi nell'attestare il 1837 quale anno di conseguimento) e con le attività (quella ad esempio presso il *Landesgericht* di Württemberg).

## 2. Incipit e Zweite Juristische Examen

Con queste parole, datate 6 marzo 1837, Windscheid spiega il suo proposito.

«Mi sono proposto di portare avanti un diario, e di quando in quando, se non giorno per giorno, di mettere per iscritto osservazioni su mie attività o pensieri. Sono giunto a questo proposito dopo la visione del mio diario di Berlino; e poiché sono davvero dell'opinione che condizioni e pensieri, se messi per iscritto, si lasciano apprezzare in maniera ben più calma e imparziale, come quando essi vengono presi in considerazione in modo vago e con spirito cercante, e quelle riflessioni ed esperienze grigie e tristi per-

---

<sup>5</sup> Franz Windscheid era il maggiore dei fratelli, di quattro anni più grande di Bernhard. Egli fu avvocato ma morì relativamente giovane (all'età di trentadue anni, il 4 marzo 1845). La morte del fratello colpì profondamente Bernhard, tanto che essa fu una delle cause del suo viaggio in Italia.

<sup>6</sup> Bernhard era il terzo di undici fratelli. Dopo Franz, nacque Marie. Neanche su di lei si poteva evidentemente pretendere una responsabilità verso la sussistenza della propria famiglia, visto anche che la stessa andò in sposa a Gustav Meinertz nel 1834.

dono meglio quella nota angosciosa, se per questa via ci si è liberati di esse (...)»<sup>7</sup>.

Sebbene egli non metterà per iscritto osservazioni giorno per giorno, dalle annotazioni che scrive si riusciranno comunque a dedurre diversi aspetti della sua personalità. Si faccia caso per esempio al seguente appunto, scritto il 2 marzo 1837 da un Windscheid non ancora ventenne.

«Resta tuttavia il fatto che io sono infelice, o almeno credo di esserlo, cosa che alla fine vien fuori dal fatto che, per quanto possa apparire sorridente, alla mia età sono infelice nelle mie relazioni, di cui forse solo in futuro farò esperienza, e ciò significa essere infelici. E mi trovo proprio in una situazione del più alto avvillimento, indifferenza e spossatezza. Niente mi tange, nulla mi lascia un'impressione, tutto mi è indifferente. Da ciò segue, che io comprendo davvero bene la mia condizione, da cui mi sono dato molto sforzo per strapparmi, e la testardaggine e assurdità delle stesse, tanto che sono arrabbiato con me stesso (...)»<sup>8</sup>.

Stando al Lesener, questa condizione è data dal rapporto spiacevole e teso con i genitori e in particolare con il padre, il quale gli avrebbe trasmesso la predisposizione alla malinconia; ma anche da un amore infelice, quello per Mathilde Schem, conosciuta a Düsseldorf. Lo stesso giorno scrisse anche: «Non ero nella situazione di potermi sposare presto; rispettavo troppo lei e me stesso per un vuoto *flirt*, per giunta troppo pericoloso. Perciò presi la conclusione di abbandonarla (...) di non cercarla più, di non parlarle più, di ballare meno con lei e di non pensare più a lei. (...) Come posso essere così debole, per non riuscire a superare un tale sentimento? Sono spesso davvero infelice, insoddisfatto di me, disprezzando me stesso per via della mia tenerezza di cuore e poca virilità»<sup>9</sup>.

Sul rapporto fra i due, non si rinvencono altre annotazioni. Sulle vicende familiari e sul rapporto con i genitori è invece riportato un appunto del 2 aprile 1837, che introduce la narrazione di episodi di una difficile situazione di armonia familiare.

«L'altro ieri mattina a tavola mia madre mi ha rimproverato di essere sempre silenzioso. Ciò ha aiutato, e ho superato in massima parte il mio malumore. Rimane difficile essere di buon umore, se uno vede malinconici gli altri (proprio ora il figlio più gio-

<sup>7</sup> H. LESENER in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Romanistische Abteilung*, 1966, p. 385 (T.d.A.).

<sup>8</sup> LESENER, *op. cit.*

<sup>9</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 386.



vane è di nuovo malato, e per quanto mia madre ne soffra, non dice nulla) e se si oppongono ancora certe altre noie; io ci voglio provare. Ho visto però che non riesco a farmi, non so sembrare felice, quando sono triste. Avevo sognato, che se mi fossi sforzato a pensarci, avrei voluto portare il mio dolore per me solo; gli altri non avrebbero sopportato nulla. Non sono ancora arrivato a tanto. Di nuovo una esperienza umiliante. Credevo anche che non mi sarebbe servita compassione; anche di questo ho fatto esperienza contraria... Voglio vedere se, chiudendo in me dolori di corpo e anima, riporto questi nell'arte<sup>10</sup> [produzione artistica, N.d.A.]».

Che abbia chiuso o no in sé le sue sofferenze, il giurista è riuscito a non renderne influenzate le sue produzioni. Di seguito altre testimonianze della sua insofferenza domestica.

«Ogniquale volta io entro in casa a Düsseldorf, si addensa su di me una nuvola; malumore e insoddisfazione sembrano regnare in tutta la casa; tutti soffrono sotto al capriccio del padre. Raramente siamo allegri e mai ci gustiamo la pace» (12 giugno 1837). «Mio padre è il più delle volte irritato o irritabile... Come lo compatisco, quando vedo rotta la sua forza, sebbene mi duole che egli come uomo si lasci così tanto coinvolgere e non ritengo abbastanza virile il suo attuale atteggiamento. Farei meglio io, se la sfortuna mi dovesse colpire? Questo non lo so; lo spero proprio; perlomeno è mio più solido proposito quello di provarci... Se mi lasciassi vincere, nessuno mi compatirebbe più. Tutto però soffre, se il capo della famiglia sottostà al dolore, se lui davanti agli altri si lamenta. E su cosa non si lamenta mio padre? Su quante cose si lamenta, cose che non dovrebbero neanche toccare un uomo? Ad ogni modo lui ha molto da sopportare; ma per ora riposa la sua forza di sopportarle... La maledizione ci incontra tutti, tutti, nessuno di noi è mai felice, mai soddisfatto... Ma quanto può soffrire allora mio padre, se egli, capo della famiglia, si lamenta continuamente? Che effetti ha questo su mia madre, sui figli? E se per questo vengono veramente i mali, come la malattia del nostro fratello più giovane? Su questa malattia potrà mai calmarsi mio padre, se teme sempre il peggio? Un uomo nel fiore degli anni che pensa sempre di essere vecchio e debole; si tira via lontano dai suoi amici, quasi da ogni contesto sociale; la società stessa non gli rivolge più la parola, egli non riesce più a ritrovarsi nelle persone. Cosa deriva da ciò? Che succede quando giungerà la vera vecchiaia?» (30 giugno 1837).

---

<sup>10</sup> LESENER, *op. cit.*

«Quanto viene piegato da questo tutto il mio animo, già non allegro di natura! Come è possibile rallegrare sé e gli altri se è da questi che proviene l'irritazione...? Purtroppo ho ricevuto direttamente da mio padre i lati ombrosi, senza diventare partecipe dei lati positivi. Posso essere invece contento, quando vedo gli altri contenti. Sono molto più di buonumore lontano da casa...<sup>11</sup>» (30 giugno 1837).

Da quanto riportato traspare con una certa evidenza lo strugimento di un giovane di appena diciannove anni, il quale si fece sempre più risoluto sul proposito di trasferirsi e vivere lontano dal clima sopra descritto. Egli era pronto ad andare a vivere da suo zio a Elberfeld, la qual cosa «ha dei lati positivi e negativi. L'infelice rapporto con mio padre è un punto fondamentale, che ha determinato così velocemente la mia decisione o piuttosto la mia resa<sup>12</sup>». Si tratterebbe dunque di una «resa», il che permette di intuire il legame che ciononostante stringeva Bernhard alla sua famiglia. A Elberfeld il giovane si trova in un ambiente decisamente più sereno e di questo egli si contenta: «Qui vivo tranquillo e soddisfatto, e mi è permesso sollevare la testa in casa; qui si stimola talvolta il divertimento e lo scherzo e non ci poniamo alcun problema non necessario<sup>13</sup>» (12 giugno 1837). Così Windscheid si concedeva al piacere delle passeggiate, alle serate al *Kaffeehaus* e visitava il Casinò i sabati sera.

Windscheid racconta un particolare episodio accaduto dopo una passeggiata a Barmen: «sulla via del ritorno è uscito il sole rompendo il cielo fino ad allora nuvoloso così dorando le alture e la valle; l'aria divenne dolce e ristoratrice; era diventata primavera. Forte premeva la bellezza della natura nel mio cuore; ho esclamato Dio, quanto grande, quanto buono sei Tu, quanto bella la Tua terra. Non dovresti essere buono e amichevole anche verso di me, restituendomi pace e quiete?... La bellezza della natura ha un effetto calmante su di me; la pace mi sovrasta e inspiro la speranza nel mio petto...<sup>14</sup>» (27 febbraio 1838).

<sup>11</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 387.

<sup>12</sup> LESENER, *op. cit.*

<sup>13</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 388.

<sup>14</sup> LESENER, *op. cit.* Ci si trova del resto quasi al termine del grande periodo del Romanticismo tedesco e gran parte dei testi base della cultura romantica devono essere passati anche per la libreria di Windscheid. La forza enfatica di questa descrizione, l'idea che ne traspare della Natura che in tutte le sue forme si manifesta come simbolo di un processo unitario la cui chiave si trova nello spirito, rappresentano quanto affermava Oken sulla filosofia della natura quale «*Wissenschaft von der ewigen Verwandlung Gottes in die Welt*».

Anche a Elberfeld, egli continua a pensare a Mathilde, eppure in questa fase «il dolore è sparito» e ai suoi occhi lei è ora «una figura bella e serena», «una lontana amica», il cui ricordo rimane a lui caro e riempie ancora il suo cuore solo «con ricordi tristi ma dolci»<sup>15</sup>.

Mentre nel periodo di Düsseldorf non ha mai confidato i suoi risultati professionali, in questo periodo invece egli si concede diverse digressioni sulla sua attività presso il *Landgericht* nonché sul suo studio in vista della preparazione dell'esame orale dello *Zweite Juristische Examen*<sup>16</sup>. Non può non osservarsi l'approccio dello studioso, la sua costante insoddisfazione rispetto al lavoro svolto e infine l'attesa e le paure per un risultato tanto sperato.

«Spero di lavorare e studiare ancora di più qui e procedere più velocemente. La mia posizione presso il *Landgericht* è piacevole...lavoro con diligenza e sono tuttavia ancora insoddisfatto con me stesso, in quanto non faccio ancora qualcosa in più. A breve spero di ricevere i risultati dello *Zweite Juristische Examen*. Ho sostenuto l'esame scritto il 20 maggio e l'ho concluso l'8 giugno. Devo lavorare ancora duramente per l'esame orale. Mi sono presentato più volte dal giudice di pace, e attraverso questo e attraverso altri lavori ho guadagnato qualche tallero<sup>17</sup>» (12 giugno 1837). «Lavoro molto; ma è necessario, perché ce ne vuole molto di lavoro per l'esame. Ho una certa paura dell'esame. Il mio elaborato scritto è stato consegnato da tempo. Simons ritiene che dovrebbe essere soddisfacente» (3 luglio 1837). «Giovedì scorso sono andato la mattina presto a Solingen, per assistere ad un interrogatorio di testimoni, il quale è durato tutto il giorno... Non appena sono tornato la sera, ho trovato una lettera da Colonia, con la quale mi venivano nominati i miei esaminatori. Ho allora scritto a questi per stabilire un appuntamento, ma non ho ancora ricevuto risposta. Nell'ultimo periodo ho lavorato efficientemente, dalla mattina pre-

<sup>15</sup> Per concludere con la figura di Mathilde Scham, si riporta un episodio riportato in una nota con data 9 settembre 1837 che manifesta come il suo amore per Mathilde si sia estinto. «L. se ne è uscito per caso, dicendo che Mathilde è stupida. Questa parola buttata così ha avuto uno straordinario influsso su di me. Il mio amore si è estinto nello stesso istante, e anche ora sono del tutto guarito. Sono di nuovo libero, e voglio rimanere libero d'ora in avanti» (9 settembre 1837).

<sup>16</sup> Ora noto perlopiù con il nome di *Zweite Juristische Prüfung* (secondo esame giuridico), è un esame – successivo al completamento del corso di laurea e dell'*Erste Juristische Prüfung* – la cui votazione finale tutt'oggi determina le possibilità di accesso alle tradizionali professioni forensi.

<sup>17</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 389.

sto alla sera tardi, cosicché non sono uscito quasi per nulla. Devo assolutamente riuscire a farcela, e spero che andrà<sup>18</sup>» (30 luglio 1837). «Guardo con desiderio al giorno, in cui avrò fatto l'esame. Allora vorrei anche rivedere Düsseldorf. Ripeto da qualche tempo diritto romano con Kellner per la sua e la mia propria utilità. La mia vita è in effetti alquanto priva di gioia, e però non sono del tutto insoddisfatto; l'esame è uno scopo a cui io ambisco con fatica<sup>19</sup>» (30 luglio 1837).

Finalmente, il 14 di agosto Windscheid superò, a poche settimane dal compimento dei 20 anni, senza grandi difficoltà lo *Zweite Juristische Examen*. Due giorni dopo descriverà il momento nel suo «*Tagebuch*», facendolo seguire da una schematica lista sul viaggio a Colonia con indicazioni perlopiù turistiche. «Ieri sera sono tornato da Colonia – ho superato felicemente il secondo esame. Ho avuto molta fortuna e sono riuscito a farlo velocemente. Alla fine di maggio ricevetti la mia relazione scritta, a metà luglio avevano nominato gli esaminatori e a metà di questo mese ho finito. Ho lavorato terribilmente nell'ultimo periodo, gli ultimi 14 giorni oltre 12 ore al giorno e ancora più. Non mi sono concesso un attimo di riposo, perfino con Kellner; se anche a mia propria utilità, ripetendo il diritto romano. Ho davvero studiato molto e spero, che questo periodo pieno di lavoro mi sarà molto utile. Domenica a mezzogiorno sono partito per Colonia: Mainzerhof. – Fischer da Berlino – domenica. Visite. Nel duomo, messa musicale. Lunedì 14 agosto esame, che mi è sembrato molto facile. Come si può essere bocciati a Colonia dove si vede il Reno e il duomo? Oh è meravigliosamente bello presso il Reno, beato chi ci può vivere. Trovo la pace interiore sul Reno, come l'ho avuta in Renania e le altre località sul Reno. Da Heister, la sera. Lunedì, sul belvedere / *Marienbildchen*. Oggi ho concluso ancora un lavoro; domani voglio andare a Düsseldorf. – Sto procedendo a grandi passi; sempre avanti!<sup>20</sup>» (16 agosto 1837).

In occasione di una visita ai genitori e fratelli a Düsseldorf egli ritroverà la casa più serena e allegra sebbene in essa continui a non sentirsi così a suo agio. Tornato a Elberfeld, egli scriverà: «Ora mi sono ritrovato. Com'è la vita? Uno deve cavarsela, e con ciò un po' di disprezzo diventa utile allo scopo. Elberfeld è in sé e per sé un terribile nido. Oh bella Düsseldorf!<sup>21</sup>».

<sup>18</sup> LESENER, *op. cit.*

<sup>19</sup> LESENER, *op. cit.*

<sup>20</sup> LESENER, *op. cit.*, pp. 389-390.

<sup>21</sup> LESENER, *op. cit.*

A questo punto si inserisce la nota forse più enigmatica, che vede la descrizione di un momento interrotta bruscamente da un'ombra di malinconia che sembra assalire il giovane. L'allusione è a una tale Lisette di cui l'autore riconosce il suo amore fuggendo al contempo un sentimento che lo condurrebbe fuori da una strada che egli è soddisfatto di aver tracciato e che intende continuare a percorrere. L'abnegazione al proprio lavoro e al senso del dovere stesso raggiunge a questo punto dei toni estremi (si noti come egli parli di «sciocchezze»). Infine la narrazione si sposta su una brava notturna compiuta dall'autore e da alcuni amici. «Lisette Hopmann. – il 14 sera un tè da noi..., giocato, cantato, danzato, molto allegramente. La gente sostiene che io mi sia innamorato di lei. Riflessioni e pensieri prima di addormentarmi: Cosa sei tu? Niente. Sbagliato e storto, ingenuo. Cos'hai? Proprio nulla. Cos'hai tu da attendere? Nulla. Vuoi di nuovo fare sciocchezze, proprio ora che sei diventato libero? Non è ridicolo? Dovrebbe ricominciare il vecchio gioco, nel quale tu hai fatto così tante sciocchezze? Maledetti sentimentalismi! Come se uno potesse rallegrarsi della compagnia di una ragazza, solo a patto di non guardarla, senza innamorarsi di lei! Mi sto preparando di nuovo a ciò... È da portare avanti? No, questo è sicuro: la voglio evitare dove possibile, non la voglio considerare più degli altri, non voglio essere diverso nei suoi confronti come sono verso chiunque. Così almeno non le farò nulla chiaro. Di nuovo che cosa ridicola!... Almeno questo è certo; non dovrebbero venir fatte sciocchezze. ... Inoltre da un paio di giorni sono nel più malinconico degli stati d'animo. Domenica sera passata a Barmen, da Behrens, Höfel, van Hees, dagli ultimi bevendo altre due bottiglie di vino, abbattendo sulla via del ritorno una lanterna; estremamente lunatico e litigioso. Questa brutta condizione deve di nuovo cessare; io non riesco neanche a lavorare. Presto andrà meglio» (19 settembre 1837). L'autore si sorprende e si pente di quanto scritto la notte precedente. «Sto leggendo quello che ho scritto stanotte. La parola "stupido" così spesso ricorrente calza a pennello. Devo ridere di me stesso. Inoltre mi propongo, di non scrivere più di ciò; se tornassi a scriverne, sarebbero sempre sciocchezze, e farei sempre postille su sciocchezze. Questo fare per forza nuovi commenti. Che persona vecchia, ragionevole e fredda sono?»<sup>22</sup> (29 settembre 1837).

---

<sup>22</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 391. Se queste sono le premesse, Windscheid non può comunque fare a meno di frequentarla. I due sono presenti agli stessi eventi e in-

### 3. *Riflessioni varie*

Le annotazioni riportate da Lesener dell'anno 1838 non presentano stati d'animo molto dissimili<sup>23</sup>. Un convincimento che guida il giovane riguardo ad una possibile relazione, a cui fa da presupposto l'idea di un marito *bread-winner* e che manifesta, se ce ne fosse stato bisogno il suo estremo senso del dovere e la sua radicata moralità. Le preoccupazioni, il continuo sentimento di insoddisfazione e inadeguatezza del suo stato presente continuano a leggersi anche negli appunti che seguono. «Non so ancora stare al mondo in maniera indipendente; dipendo ancora troppo dai rapporti esterni, genitori, parenti, e così via. Ho già osservato quanto mi vedrei strano da fidanzato. Non potrei unire la manchevolezza di un'altra persona ancora alla mia, non sapendo ancora che tipo di persona il destino mi riserva. Dovrò aspettare ancora a lungo, per lo meno finché il pane non sia sufficiente a nutrire qualcun altro oltre me stesso. In quattro anni potrò senz'altro sposarmi. Cosa posso chiederle allora? Nulla...» (31 gennaio 1838). «La mancanza di proprietà, la preoccupazione del procurarsi il pane uccidono l'amore. L'uomo il quale collega al suo destino quello di una persona amata, non deve a questa solo amore portare, ma deve provvedere anche ad una esistenza senza preoccupazioni... Non sto da solo, i miei genitori e fratelli si aspettano molto da me, mi fanno delle pretese; loro sono i primi» (15 maggio 1838). «Una cosa che mi tormenta; che io diventi storto, che io possa avere una parte deforme. Ci penso continuamente; sta sempre di fronte a me, se ci penso; e credo che se mi dovesse colpire, non sarei più degno di avvicinarmi a lei<sup>24</sup>» (21 ottobre 1838).

Quando Windscheid torna per qualche tempo a Düsseldorf<sup>25</sup>, trova il suo umore migliorato. Egli si è sentito infatti debitore

---

contri in società e, avendo stretto amicizia con il fratello di lei, passerebbe troppo all'occhio un suo atteggiamento di rottura nei suoi confronti. Ancora il lettore può valutare l'onestà e il senso del dovere e di rettitudine nel suo essere combattuto, in quanto «[...] la giusta comprensione dei rapporti visti da fuori rendono impossibile ogni spiegazione, l'attenzione che ho per lei e che insieme mi allontana, così girando con lei in un gioco leggero, l'alta idea che ho dell'amore [...]» (21 ottobre 1837).

<sup>23</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 392. Del 9 febbraio 1838 sono le parole: «Sono triste e di malumore, nel lavoro stesso non trovo più alcuna gioia. Non ci trovo alcun conforto [...]».

<sup>24</sup> LESENER, *op. cit.*, pp. 391-392.

<sup>25</sup> LESENER, *op. cit.* «Venerdì scorso 8 giorni fa sono andato... a Düsseldorf. All'inizio ero sempre più di malumore; il mio umore è poi però migliorato. Ho rico-

verso le persone a lui vicine. Interessante come la celebrazione di una comunione pasquale abbia fatto nuovamente suscitare in lui nuova linfa di speranza nella vicinanza con Dio. «Sono rassegnato. Ho rinunciato a tutto. Ho chiuso con me stesso; la ferita sanguina ancora; ma io la voglio sopportare, la devo sopportare... sabato scorso ho tenuto la mia comunione pasquale. La riconciliazione con Dio mi ha dato ancora più speranza in lui, che mi riempia con ancora più forza, di quanta ne posseggio. Se io potessi rimanere onesto e sincero. Che Dio conceda questo; io certo non voglio essere nient'altro» (15 maggio 1838). La sua preghiera si rivolge alla conservazione di una rettitudine sopra cui egli evidentemente non valuta né richiede altro. Lo stesso dimostra come egli consideri onestà e sincerità quali sentimenti già propri.

Per Lesener un'allusione alla sua tesi «*De valida mulierum intercessione*» si potrebbe desumere da una nota del 25 febbraio 1838: «Cosa mi rimane? Mi rimangono i libri e la conoscenza. Ma per chi, per cosa lavoro? Il lavoro non mi rende alcuna felicità...». Similmente, con riguardo alla sua attività di giudice di pace: «Non posso più lavorare; io sono indolente e negligente e faccio solo quello che proprio devo fare. Lo stesso ora, dove rappresento l'ufficio di giudice di pace! Anche nei miei rapporti in casa esercito la più dannosa influenza, la mia malinconia deve essere spiacevole; la giusta percezione è distorta. Devo andare avanti...<sup>26</sup>» (2 luglio 1838). Dalle parole riportate si respira anche un senso di colpa per l'influenza che la propria malinconia poteva infondere su chi lo circondava.

#### 4. *Il definitivo ritorno a Düsseldorf e la chiusura del diario*

Egli chiede ai suoi genitori come accoglierebbero il suo rientro: «Il 15 luglio sono tornato a Düsseldorf; non riesco più a stare

---

nosciuto di essere debitore alle persone che mi sono vicine, di dover apparire gentile e cortese. Sono andato dal dottore; egli mi ha dato la speranza, che il mio difetto corporale non dovrebbe peggiorare. Questo ha contribuito un bel po' al mio rasserenamento [...] (13 marzo 1838)». Egli riconosce dei segni di insoddisfazione, dimostrando un atteggiamento propositivo e speranzoso. «Basta, voglio restare fedele al mio proposito e racchiudere la speranza nel profondo del mio cuore... Che io sia guarito dalla mia difficile malattia; non c'è ancora alcuna vita forte e fresca in me; io sono ancora indifferente, non prendo mai parte a nulla, senza voglia di lavorare (13 marzo 1838)». Se con «*schwere Krankheit*» alluda al suo difetto corporale o al suo continuo malumore non è chiaro, giacché egli spesso parla di quest'ultimo con la più consapevole preoccupazione.

<sup>26</sup> LESENER, *op. cit.*, p. 393.

qui [a Elberfeld N.d.A]; dovrei prendere una decisione; dovrei parlare con mia madre. Prima ho riflettuto attentamente; con la riflessione mi convinco della decisione di tornare. Quanto è stato duro per me parlare con mia madre; solo venerdì ci sono riuscito; le ho detto tutto. E subito mi sono sentito più leggero; lei ha approvato la mia decisione; mio padre mi aveva già preceduto, egli aveva appoggiato l'idea di tornare... È stato più facile per me; ora ho preso una decisione. Non so se mi porterà cose buone o cattive; ho fatto il mio, ci ho pensato profondamente<sup>27</sup>» (5 agosto 1838).

Infine compare una nota dell'11 ottobre 1838, con la quale Bernhard Windscheid, già a Düsseldorf, probabilmente intendeva chiudere il proprio «*Tagebuch*»: «Ora sono di nuovo qui. Ho chiuso con il passato; sono tranquillo, contento. Non ho ancora del tutto ordinato il presente. Sono ancora sospeso qua e là. La mia vita non è ancora di nuovo sistemata. Porto con me molte delle mie prospettive negative per il futuro; non ho più alcun piano stabilito e lascio che qualcosa accada<sup>28</sup>».

Nel contributo di Hans Lesener nel «*Romanistische Abteilung*» dello «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*», viene riportata per esteso una nota conclusiva del diario, la quale è datata 8 gennaio 1843, dunque più di quattro anni dopo l'ultimo appunto citato dal manoscritto. Con tale nota Windscheid pone, questa volta definitivamente, fine al suo «*Tagebuch*».

«Domenica 8 gennaio 1843. Torno dalla caffetteria; mi sentivo corporalmente debole e ho bevuto più *Rhenus* del solito; e così mi sono sovvenuti pensieri curiosamente belli sulla mia condizione mentale e sulla mia vita; li sviluppavo più da vicino, li seguivo e tornavo a casa, per realizzare una immagine di me per i tempi a venire. Da lungo tempo il mio equilibrio è turbato; non sono tranquillo, non sono soddisfatto di me e del mio ambiente, mi manca qualcosa. Una grossa sonnolenza si è impadronita di me, un lasciarsi andare, un lasciar stare gli altri, un comportamento passivo. La mia scienza mi dà gioia, riempie il mio tempo, ma non ho mai abbastanza da fare; il fatto di non avere sufficienti cose da fare, di non fare progressi più velocemente, mi infastidisce. Nei miei affari sono troppo obiettivo; prendo troppo poco personalmente, l'interna partecipazione alle cose, se queste non hanno la mia completa convinzione per esse; mi manca il calore, l'ardore,

<sup>27</sup> LESENER, *op. cit.*

<sup>28</sup> LESENER, *op. cit.*



poiché riconosco le debolezze delle cose stesse, tanto che ci rinuncio. L'errore alla base, se ce n'è uno, la caratteristica fondamentale, che attraversa la mia vita, è una davvero rigida, cocciuta onestà e sincerità; io mi do così come sono, come penso; raramente penso valga lo sforzo di fingere, raramente ci riesco. Questo, legato ad una visione seria della vita, con una grande rassegnazione, con una specie di durezza, mi rende nella vita esteriore poco amabile, ripugnante, sgradevole; e posso anche essere di nuovo amabile, se mi intendo bene con qualcuno; se gli voglio bene, allora posso essere sereno, scherzoso, disinteressato e indulgente. Sono una palla da gioco sotto la forza dell'attrazione e della repulsione; tutte le persone mi piacciono o non mi piacciono dall'inizio; le ultime hanno una presunzione contro di loro; devono fornire la prova contraria. Molti, con i quali faccio affari, fanno così; devo stare più vicino a loro, affinché i rapporti, piacevoli o necessari, portino con sé tale prova contraria. Dai bambini, dove questo non è il caso, mi separa sempre una grande crepa, che però viene riempita sempre piacevolmente. E sono di nuovo estremamente giusto e ragionevole; io temo continuamente di offendere e ripugnare. Stimolo nell'avversario, ciò che in lui è stimabile. Il mio modo di agire con l'esterno e di esprimermi sta abitualmente in contraddizione con questo mio sentimento interiore di equità e giustizia; lavoro con disprezzo, mi esprimo duramente; la mia giustizia ed equità viene modificata troppo attraverso la forza dell'attrazione e della repulsione; torno alla giustizia solo una volta che mi costruisco un modello, modello che non ho però adoperato corrispondentemente nel rapporto con l'esterno. Arrivo subito a costruire un giudizio, e tratto chi non amo come non fosse presente; così che la mia avversione è sempre più di natura negativa che positiva. Scruto le persone più spesso, come se avessi qualcosa contro di loro; ciò è legato ai miei problemi di vista. Ho bisogno però di persone, e una volta che mi sono affezionato a qualcuno, lo tengo stretto; non così stretto tuttavia, che le stesse piccolezze non hanno potuto sciogliere i legami. Mi sento offeso, se non posso più pretendere da chi amo lo stesso amore, così lascio stare con dolore, rassegnazione, di nuovo con un certo senso di indifferenza e fiacchezza. Questa debolezza attraversa tutta la mia vita; non posso dare impulso; costruire, guidare. Parlare e fare diversamente rispetto a questi sentimenti, convertire essi ai miei pensieri, di questo non sono in grado; chi non condivide questo, mi allontana, e io lo lascio andare. Percepisco in modo forte e profondo; avrei davvero la forza di parlare, di agire.

Ma rimane in me verso tutto una timidezza, riguardo a ciò che non ho ancora detto, fatto o portato avanti, di cui non ho fatto esperienza, è una pigrizia spirituale di appropriarsi di ciò che è ancora estraneo e sconosciuto. Nei miei affari sapevo cosa dover fare, vi ero costretto, ed è andata; sono tranquillo e sicuro, sono diventato sicuro, almeno in alcuni casi. Allo stesso modo potrei diventare sicuro anche in altre cose. Alcune volte manca però il bisogno, altre volte manca l'interesse stesso. Guardo il mondo con indifferenza, mi mancano soddisfazione e tranquillità. Non mi compiaccio più dove prima mi compiacevo; la vita di osteria mi disgusta; quotidianamente divento limitato, filisteo; non c'è alcuna socievolezza... (?)<sup>29</sup> è diventato un filisteo e noioso, e per lo più chiuso agli indirizzi dall'alto, Viktor, mio unico amico non c'è. Avrei un gran desiderio di vita familiare e credo, che questa costituirà il completamento. Mi devo sposare, non ho però soldi per ciò e non ho nessuna che desidero sposare... Sta nei rapporti esterni o interiori? Questo lo capirò forse solo più tardi. Ora ancora non lo so. Il mio errore principale è la mancanza di un senso di leggerezza, e soprattutto la mancanza di forza. C'è solo debolezza e rassegnazione in me, la quale non mi lascia del tutto infelice, ma non mi rende neppure felice<sup>30</sup>».

Il riferimento alla sincerità e onestà, qualità che quello stesso giovane pregava di conservare, ora sono spacciate di cocciutaggine. La nota finale costituisce davvero un'immagine capace di sintetizzare la personalità del giurista e di confermare che le sue caratteristiche sono rimaste le medesime anche a distanza di anni. Ad aggiungersi c'è ora una nota di stanchezza e rassegnazione: la debolezza rispetto all'interna partecipazione delle cose propria di chi teme di intuirne il reale valore.

---

<sup>29</sup> L'interrogativo è del Lesener, che deve aver incontrato difficoltà nel comprendere la grafia del manoscritto.

<sup>30</sup> LESENER, *op. cit.*, pp. 394-395.

LUCREZIA CARUSO\*

## LA MOLTITUDINE IN UN UNICO CORPO

*Beauty and happiness do not have an intrinsic value. Their value changes with time. The first concept means to enjoy something as it is, while the second term indicates a reaction to human finitude. We need myths. Even the notion of city is alien to jurisprudence, but, like a person, it possesses a vocation and a destiny, and thus has the right to exist.*

SOMMARIO: 1. Uno squarcio sul visibile. – 2. 'Il corpo del reato'. – 3. E se un marziano. – 4. Zenobia. – 5. Felici i felici. – 6. Non parlare con gli estranei.

### 1. *Uno squarcio sul visibile*

«Nessuno sfugge a questa oppressione di tutti su tutti, che decide del percorso morfologico, dello stato dei luoghi del corpo, sempre pronto ad essere investito da nuove ideologie, la gravidanza delle quali è tanto più grande quanto si intende sottrarvisi, resistervi, o controllarle»<sup>1</sup>.

Disciplina, dunque. Violare e contenere il corpo, dandogli spazi, tempi e modi limitati entro cui potersi esprimere. Sorvegliare e punire, scriveva Foucault<sup>2</sup>. Il desiderio di apparire gradevoli alla vista e la necessità di essere 'assimilati' nella società sono legati alla natura stessa del vivere sociale. Così come il bisogno di

---

\* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo.

<sup>1</sup> F. PLUCHARD, *Manifeste de l'Art Corporelle*, in Catalogo Gal. Stader, gennaio 1975, ora in *L'art au corps exposé de Man Ray à nos jours*, Musées de Marseille, 1996, p. 474.

<sup>2</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1975.

giustificazioni. Nel tardo Ottocento, la cancellazione di quei tratti somatici, indicatori della propria appartenenza ad una minoranza, resero l'invisibilità allo sguardo pubblico un obiettivo per sentirsi cittadini rispettabili. Gli ebrei, ad esempio, ricorrevano alla rino-plastica per eliminare quel segno stigmatizzante che gli impediva di competere alla pari degli altri nel mondo del lavoro. Insomma, cancellare la differenza e 'dimenticare' il proprio corpo, fonte di infelicità<sup>3</sup>. Dopo la seconda guerra mondiale, questo assunto venne sovvertito: l'integrazione sociale doveva avvenire attraverso l'accettazione della differenza e non attraverso la sua cancellazione. Oggi, modificare il corpo non risponde più alla volontà di essere visibili o 'uguali' agli altri. Si tratta piuttosto di un «edonismo calcolato»<sup>4</sup>. Lo sguardo esterno, introiettato, ci controlla e ci sanziona. È una crisi dell'identità del corpo. È un ferirsi per offrirsi, come dimostrano le opere di Gina Pane<sup>5</sup> e prima di lei quelle di Lucio Fontana. Entrambi, con i propri gesti volitivi, hanno sconfessato tutte le rappresentazioni del corpo e dello spazio per «distruggere una finzione e recuperare una verità»<sup>6</sup>.

## 2. *'Il corpo del reato'*

«Con la nostra opera non ci proponiamo di far rivivere il colorito sano, le membra tenere, i capelli belli a vedersi e ogni altra attrattiva di bellezza [...], ma restituiamo, ripariamo e ridoniamo l'integrità a quegli organi, che la natura aveva fornito e il caso tolto, non perché dilettono gli occhi, ma perché siano di aiuto veramente efficace e non illusorio [...]. Quantunque venga restituita la bellezza primitiva della faccia, non è tuttavia questo il fine, la meta del medico, né si tratta di una bellezza apparente, ma di una bellezza vera e autentica [...]. Dunque, collocheremo questa chirurgia nella medicina curativa»<sup>7</sup>.

Era il 1597. E così scriveva il medico bolognese Gaspare Tagliacozzi, anticipando dilemmi con cui ancora si misurano coloro che praticano la chirurgia estetica.

<sup>3</sup> R. GHIGI, *Per piacere. Storia culturale della chirurgia estetica*, Bologna, 2008.

<sup>4</sup> R. GHIGI, *op. cit.*, p. 148.

<sup>5</sup> Figura di primo piano della Body Art degli anni settanta. Realizzò una serie di performance in cui si feriva con una lametta per liberarsi dalla prigione estetica dove, in particolare le donne, sono costrette a vivere.

<sup>6</sup> G.C. ARGAN, *L'arte moderna*, Firenze, 2000, p. 583.

<sup>7</sup> G. TAGLIACOZZI, *De curtorum chirurgia insitionem*, ediz. con testo a fronte curata da W. Vallieri, Venezia, 1597, p. 123.

È lecito trasformare un corpo sano in un corpo adeguato alle esigenze sociali? Si chiedevano e ancora si chiedono i medici. In passato gli interventi rivolti al solo miglioramento estetico erano condannati dalla morale, perché non ritenuti indispensabili alla salute. La giurisprudenza, a sua volta, non solo riteneva nulli tali contratti sul presupposto della loro contrarietà al buon costume, ma degradò a *pratiques de vivisection sans utilité pour elle* gli esperimenti condotti su una paziente, ammettendo la nullità della convenzione stipulata per illiceità della causa<sup>8</sup>. Dopo la prima guerra mondiale, dove fu necessario perfezionare le tecniche della plastica, il confine tra necessità e capriccio si spostò sensibilmente. Oggi la chirurgia estetica è considerata una pratica curativa per effetto della dilatazione del concetto di salute sancito dall'OMS<sup>9</sup>, che privilegia il benessere psico-fisico e sociale rispetto all'assenza di malattia<sup>10</sup>. «L'uomo è più di una semplice somma di organi fisici; l'uomo è una persona, adesso, un essere la cui dimensione biologica (fusasi con quella psicologica e sociale) merita di essere valutata appieno»<sup>11</sup>. Mai come in questo momento storico, piacere agli altri è diventato un valore primario, tanto da coincidere con il concetto di salute<sup>12</sup>. Un'ossessione, l'unica che ci permette il riconoscimento sociale. «Oggi [...] o sei bello, oppure, almeno, risparmiaci la tua bruttezza»<sup>13</sup>.

Attestato che la società contemporanea vive di estetica, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sul contenuto della prestazione del medico estetico. Mentre la prima ritiene che il medico possa convenire solo un'obbligazione di risultato, perché obbedisce ad un criterio più rigoroso per valutare l'operato del chirurgo estetico, la seconda ha osservato che sia possibile assumere una semplice obbligazione di mezzi ovvero una di risultato. L'obbligazione di mezzi non solleva il chirurgo estetico dalla responsabilità di non aver raggiunto il risultato sperato dal paziente: «è pos-

<sup>8</sup> Trib. Lyon, 27 giugno 1913, in *Gaz. Pal.*, II, 1913.

<sup>9</sup> L'OMS definisce la salute come «*a state of complete physical, mental and social well, being and not merely the absence of disease or infirmity*».

<sup>10</sup> G. RICCI - P. FEDELI, *La chirurgia estetica tra percezione sociale e modello etico-deontologico*, in *Difesa sociale*, vol. LXXXIII, n. 2, 2004.

<sup>11</sup> N. POSTERARO, *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente tra garanzia effettiva e pericoloso sviluppo della tecnologia*, in *Medicina e Morale*, 2015/3, p. 4.

<sup>12</sup> I. GUIDANTONI, *Chirurgia estetica e culto della bellezza nella società contemporanea*, in *Medicina e Morale*, 1, 59, 1995.

<sup>13</sup> Y. MICHAUD, *L'arte allo stato gassoso*, Roma, 2007.

sibile soddisfare le giuste pretese dei clienti insoddisfatti anche configurando una obbligazione di mezzi<sup>14</sup>, vuoi con il ricorso alla violazione dei doveri informativi a cui il sanitario è tenuto, vuoi richiamando un errore nella diagnosi e decisione di procedere ad un certo tipo di intervento»<sup>15</sup>. Tali questioni hanno evidenziato il ruolo fondamentale del consenso informato<sup>16</sup>, che permette, in particolare modo al paziente, di affermare il proprio essere storico e il proprio indistruttibile diritto all'esistenza. Uno strumento per conservare tale diritto è la città, perché permette di «superare tutte le possibili crisi cui la storia umana e la civiltà umana vanno sottoposte nel corso dei secoli»<sup>17</sup>.

### 3. *E se un marziano*

«Sai cosa penso? Che questo aeroporto in fondo non è brutto, anzi, visto così dall'alto. Uno sale qua sopra e potrebbe anche pensare che la natura vince sempre, che è ancora più forte dell'uomo, e invece non è così. In fondo tutte le cose, anche le peggiori, una volta fatte poi si trovano una logica, una giustificazione per il solo fatto di esistere. Fanno ste case schifose con le finestre in alluminio i muri di mattoni, i balconcini, la gente ci va ad abitare e ci mette le tendine, i gerani, la televisione... dopo un po' tutto fa parte del paesaggio. Cioè, esiste. Nessuno si ricorda più di com'era prima. Non ci vuole niente a distruggere la bellezza.

– Ho capito e allora?

– E allora, invece della lotta politica, la coscienza di classe, tutte le manifestazioni e ste fissarie, bisognerebbe ricordare alla gente cos'è la bellezza, aiutare a riconoscerla, a difenderla. È importante la bellezza. Da quella scende giù tutto il resto»<sup>18</sup>.

La bellezza non ha definizione. È opinione diffusa che è bello ciò che stimola il nostro desiderio. Invece, la Bellezza, ci insegna

<sup>14</sup> Esempio il caso del Trib. Trieste 3472/1994, che pur escludendo la configurabilità nel caso di specie di una obbligazione di risultato, riconosce la responsabilità del chirurgo per un errore di diagnosi.

<sup>15</sup> A. BARALE, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 4/2005; cfr. G. CASSANO, *Casi di errori in chirurgia estetica e risarcimento del danno*, Rimini, 2016.

<sup>16</sup> Si rimanda a: Cass. civ. 8 agosto 1985, n. 4394; Cass. civ. 15 gennaio 1997, n. 364.

<sup>17</sup> G. LA PIRA, *Le città non possono morire*, discorso tenuto all'Assemblea dei Comuni di Europa nell'ottobre del 1954.

<sup>18</sup> Tratto dal film di M.T. GIORDANA, *I cento passi*, 2000.

Eco, è diversa dal desiderio. «Noi parliamo di Bellezza quando godiamo qualcosa per quello che è, indipendentemente dal fatto che lo possediamo».

Modelli diversi di Bellezza coesistono anche nello stesso luogo e nella stessa epoca. Immaginiamo lo stupore di un marziano che scopre un quadro di Picasso e la descrizione di una bella donna in un romanzo d'amore dello stesso periodo. «Non capirebbe il rapporto tra le due concezioni di Bellezza»<sup>19</sup>.

L'assenza di una definizione non deve disorientarci. L'infinitudine della bellezza non è più spaventosa della nostra finitudine, della nostra sola capacità di vedere i dettagli e di rinnegare le nostre estensioni, che esistono e debbono per questo essere riconosciute e difese.

La città è una bellissima invenzione. La sua bellezza non si esplicita nelle forme, ma nelle sue proporzioni, nella sua umanità. Sì, perché la città è un fatto fisico e non virtuale. Ma la città moderna è fatta anche di grigia periferia, molto lontana dalla concezione estetica degli antichi, quando la città doveva essere l'attuazione di una teoria: rispecchiare nell'ordine urbano la perfetta ragione politica. Lo spirito di questa concezione è ben rappresentato dalla «Città ideale»<sup>20</sup>, attribuita a Luciano Laurana.

La periferia ha la sola colpa di essere stata costruita senza affetto, e questo la rende fragile. Ma anche nella periferia c'è una bellezza, una bellezza umana. È un luogo di energia, una «fabbrica dei desideri». Renzo Piano, a cui si deve quest'ultima espressione, propone di cancellare la parola periferia perché non esiste. Si tratta solo di una distanza psicologica, ma nella realtà è la città che sarà. Anche nell'inferno bisogna «cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio»<sup>21</sup>. C'è dunque la possibilità di fare della periferia una città felice. Forse, il vero pericolo è quello di trasformare tutti i luoghi in periferia.

«Non è l'idea di città che cambia, semmai cambia la gente, il suo modo di vivere, di essere, di comunicare»<sup>22</sup>.

La città ci somiglia.

<sup>19</sup> U. Eco, *Storia della bellezza*, Milano, 2014.

<sup>20</sup> La tavola (m. 0,60x2), conservata alla Galleria Nazionale delle Marche di Urbino, è stata anche attribuita a Piero della Francesca o alla sua cerchia, ad un anonimo pittore fiorentino, a Francesco Di Giorgio Martini, a Giuliano da Sangallo.

<sup>21</sup> I. CALVINO, *Le città invisibili*, Torino, 1972.

<sup>22</sup> R. PIANO, *La responsabilità dell'architetto. Conversazione con Renzo Cassigoli*, Firenze, 2014.

#### 4. *Zenobia*

«È inutile stabilire se Zenobia sia da classificare tra le città felici o tra quelle infelici. Non è in queste due specie che ha senso dividere le città, ma in altre due: quelle che continuano attraverso gli anni e le mutazioni a dare la loro forma ai desideri e quelle in cui i desideri o riescono a cancellare la città o ne sono cancellati»<sup>23</sup>.

La nozione di città è estranea alla scienza del diritto. Chi tenta di fissare la nozione di città, deve accontentarsi di definizioni minime<sup>24</sup>. Questo vale maggiormente per il giurista, che si è interrogato sulla nozione di città d'arte<sup>25</sup> allo scopo di poter affinare la sua tutela. È impensabile identificare la città d'arte con un nucleo urbano a vocazione turistica perché vi rientrerebbero situazioni generiche ed eterogenee. Per lo stesso motivo non è possibile, in Italia (dove è stato registrato il 30% del patrimonio culturale mondiale), che tale nozione sia identificativa di una città ricca di arte. Il tentativo reiterato di colmare la lacuna indica l'insoddisfazione verso nozioni simili, come quella di centro storico, il quale appartiene ad ogni nucleo urbano. In tal senso, il centro storico va tutelato perché conserva la memoria storica del luogo, quindi la sua identità. Oggi, probabilmente, soffermarsi su queste distinzioni non ha senso, in quanto la tutela apprestata non è parcellizzata ma globale. A tal proposito, è merito della sentenza n. 151/1986 aver, per la prima volta, difeso il paesaggio nella sua globalità in analogia con l'istanza di preservare l'intera città anziché singoli quartieri o monumenti e di aver subordinato qualsiasi altro interesse alla primarietà del valore estetico-culturale, come previsto dall'art. 9 Cost. In questo articolo infatti, «il termine paesaggio non indica solo quelle cose immobili che secondo una locuzione riassuntiva impiegata nella legislazione sociale antecedente all'entrata in vigore della costituzione vengono denominate "bellezze naturali", ma indica la forma del Paese nella sua interezza»<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> I. CALVINO, *Le città invisibili*, Torino, 1972.

<sup>24</sup> Sul tema si rimanda a: M. ANIS - M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2015; M.B. MIRRI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Viterbo, 2011; M.B. MIRRI, *La cultura del bello. Le ragioni della tutela*, Roma, 2000.

<sup>25</sup> Sulla mancanza di una definizione giuridica del termine cfr. M. SERNINI, *Il confine inesistente della città: un caso di saggezza del legislatore*, in *Arch. Studi urb. Reg.*, 1987, n. 30.

<sup>26</sup> A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Firenze, 1969.



La città d'arte ha una funzione culturale, in quanto memoria del passato e strumento di sviluppo individuale per chi ne viene a contatto. Essa allora non si esaurisce nella somma dei beni culturali che contiene al suo interno, ma è essa stessa un bene culturale nuovo ed ulteriore. In quanto tale è un *unicum* indivisibile. Ciò permette di concludere che essa non è riproducibile, pena la perdita di 'aura', cioè la perdita di quella «quintessenza di tutto ciò che, fin dall'origine di essa, può venir tramandato, dalla sua durata materiale alla sua virtù di testimonianza storica»<sup>27</sup>.

## 5. *Felici i felici*<sup>28</sup>

«La letteratura sulla felicità è immensa, a iniziare da Epicuro, e forse prima, ma a lume di buon senso, mi pare che nessuno di noi sappia dire che cos'è la felicità. Se si intende uno stato permanente, l'idea di una persona che è felice tutta la vita, senza dubbi, dolori, crisi, questa vita sembra corrispondere a quella di un idiota»<sup>29</sup>.

L'aspirazione alla felicità appare da quando l'uomo prende coscienza della sua condizione e dei suoi limiti. La sua finitudine lo ha indotto a immaginare una vita felice. «Privo di mezzi per realizzarla, l'ha posta in un altrove fuori dalla sua portata; non un altrove geografico, [...] ma cronologico, un passato favoloso: in un'altra epoca, in un tempo remoto, l'uomo era felice»<sup>30</sup>. È merito della Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America (1776) aver trasformato l'inseguimento del mito in un diritto innato, correlato e non presupposto al diritto naturale alla libertà<sup>31</sup>. Esso, in verità, è apparso già nel 1755, quando il popolo della Corsica, dopo essersi ribellato al dominio genovese, dichiarò nella sua Costituzione di voler costruire la 'felicità della Nazione'.

Anche in Europa si vuole la felicità. Non perseguirla, ma ottenerla. Il termine compare nel preambolo<sup>32</sup> della *Déclaration des*

<sup>27</sup> W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino, 2000.

<sup>28</sup> Tratto dal romanzo di Y. REZA, *Felici i felici*, Milano, 2013.

<sup>29</sup> U. ECO, *Il diritto alla felicità, La bustina di Minerva*, (L'Espresso, 12 maggio 2014).

<sup>30</sup> G. MINOIS, *La ricerca della felicità. Dall'età dell'oro ai giorni nostri*, Bari, 2010.

<sup>31</sup> Nel preambolo della Dichiarazione di indipendenza si legge: «Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti; che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono dotati dal loro creatore di alcuni diritti inalienabili, che tra questi sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità».

<sup>32</sup> «[...] i reclami dei cittadini [...] si orientino sempre al mantenimento della Costituzione e alla felicità di tutti».

*Droits et de l'Homme et du Citoyen* del 1789 come diritto naturale e programmatico, in grado di censurare l'infelice *Ancien Régime*. Nella Costituzione del 1793, a causa dell'influenza giacobina, i diritti elencati non sono più quelli dell'uomo ma quelli della società, per cui si preferisce parlare di «felicità comune» (art. 1)<sup>33</sup>. La felicità sparisce nella Dichiarazione del 1795, per non riproporsi mai più.

L'America, terra di opportunità, è un mito che continua. Alcuni intellettuali europei del XX secolo sono andati di persona a verificare se i felici erano davvero felici. Inaspettatamente incontrarono uomini liberi ma tristi, perché schiacciati dal culto dei beni che la società dei consumi alimenta e non sempre appaga. «Basare tutto sull'offerta, quindi, è un estremo inganno, perché ci blocca nella soddisfazione dell'eterno presente [...], qualcosa che può dare felicità a me e solo a me, oggi e probabilmente solo per oggi»<sup>34</sup>. I costituenti americani avrebbero dovuto perciò sottolineare come dovere la riduzione della felicità, perché l'infelicità è innegabile ed è la stessa per tutti: è il dolore nelle viscere, il tradimento, la morte. È la follia di Medea che uccide i figli per vendicarsi dell'abbandono dell'amato<sup>35</sup>.

Disincanto, ma d'altronde si può essere ancora felici dopo la seconda guerra mondiale? E dopo la Shoah? E dopo i vari genocidi? Cesare Pavese scrive: «Il vostro peggior nemico è il credere in un tempo pre-storico felice, in un Eden, un'età dell'oro»<sup>36</sup>.

La felicità perfetta non è realizzabile. Lo spiega bene Beckett: «Siamo contenti. E che facciamo, ora che siamo contenti? Aspettiamo Godot»<sup>37</sup>.

## 6. *Non parlare con gli estranei*<sup>38</sup>

«Se alzi un muro, pensa a ciò che resta fuori»<sup>39</sup>.

La bellezza consente di godere qualcosa così com'è. È una condizione oggettiva, capace, pertanto, di integrare l'uomo con la

<sup>33</sup> A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità*, Bari, 2008; cfr. F. DE LUISE - G. FARINETTI, *Storia della felicità*, Torino, 2001.

<sup>34</sup> D. PANOSSETTI, *Apocalittico sarà lei. Intervista ad Umberto Eco, (Doppiozero)*, 14 ottobre 2014.

<sup>35</sup> D. PANOSSETTI, *art. cit.*

<sup>36</sup> G. MINOIS, *La ricerca della felicità. Dall'età dell'oro ai giorni nostri*, Bari, 2010.

<sup>37</sup> S. BECKETT, *Aspettando Godot*, Torino, 1970.

<sup>38</sup> Titolo tratto da: Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari-Roma, 2000.

<sup>39</sup> I. CALVINO, *Il barone rampante*, Milano, 1993.

natura. La felicità invece, è una reazione alla finitudine, una condizione interiore che isola l'uomo inappagato. Le due forme di comportamento, nella loro contraddizione dialettica, riflettono la difficoltà del rapporto tra l'individuo e la collettività.

Scavarsi una nicchia e difenderla perché separa e rassicura, ci obbliga a convivere solo con la nostra parzialità. Se proprio devono esserci contatti, che siano minimi, superficiali e momentanei. Poi ognuno per sé. Ed è un rifiuto; anche della città come estensione. Ci troviamo dunque di fronte ad un bivio: «o si vive del rapporto con gli altri e l'io si scioglie in una relatività senza fine, ed è la vita, o l'io si assolutizza e taglia ogni relazione con ciò che è altro, ed è la morte»<sup>40</sup>.

A noi la scelta.

---

<sup>40</sup> ARGAN, *L'arte moderna*, cit., p. 11.



ALESSANDRA MATTOSCIO\*

## ROME MODEL EUROPEAN UNION 2016

*This article presents a pilot project involving a group of students who attended the course of EU Law at La Sapienza University. This project included a simulation of EU bodies – namely the Council of the European Union and the European Council – and it allowed the students to confront with practical applications of the notions and EU norms learned in class while experiencing the intricacies of negotiating a common position on current topics on the EU agenda.*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Preparation. – 3. Understanding the differences. – 4. Conclusions.

### 1. *Introduction*

Rome Model European Union (RoMEU) 2016 was a pilot project that our teacher in EU Law, Professor Alberta Fabbriotti, presented as an opportunity for a selected group of forty students. The only conditions required to take part in it were the attendance to the lessons of EU Law and the enrolment in the second year of the Law Degree Course. Despite little knowledge and experience with these simulations for some students, many decided to participate, myself included. The project consisted in ten hours of preparation and three days of simulations, organised by a non-profit association called MUN Academy. The entire project was in English, which presented many of us with the first real challenge. Never-

---

\* Student currently enrolled in Law Degree Course, writing on behalf of a selected group of students who contributed to this article equally. Their names are: Olha Natsynets, Ida Nicotera, Antonio Persico, Antoaneta Shikerova, Beatrice Ricci, Chiara Elisa Turno, Maria Elena Ursitti, Riccardo Quagliarella, Simone Scala, Davide Francesco Selzer, Raffaele Sero and Federico Thofern.

theless, all participants believed that having some classes taught in English could only be beneficial, especially to acquire some specific knowledge of EU terminology.

The possibility to get involved in this way and moreover the possibility to take confidence with English is certainly one of the most concrete opportunity that La Sapienza can offer to us, in fact a simulation is a microcosm in which we can project the theory and the notions, that we learned from our textbooks everyday, and we can try to make them concrete and real. A simulation allows us to be active protagonists of the experience.

Forty students applied to participate and all received a position within the Council of the European Union or the European Council, which were the two simulations available.

More specifically, the Council of the European Union convened in its composition as Foreign Affairs Council (FAC). The two topics, one per Council, were either the situation concerning migration or the exit of the United Kingdom from the European Union. In other words, each of us was assigned to represent a Member State of the Union to discuss and present proposals on those two topics. MUN Academy provided us with study guides containing practical information on the two topics, indications on how to proceed with our research and also a code of behaviour with special focus on how to speak and address the other Member States during Council sessions.

Dr Eleonora Caparrotti, one of Professor Fabbriotti's assistants, was crucial for cooperation between the students, the Faculty and MUN Academy. Many students attending RoMEU 2016 had never participated in anything similar and did not know what to expect. However, there were high expectations and anticipation towards this new experience. Some students, like me, had already collected a similar experience in high school and so they knew the emotions that a simulation involves. For these the possibility to relive these emotions in the university was a very interesting discovery.

## 2. *Preparation*

Our first task was to write a position paper that presented the official position of the government we were going to represent. Thus, we searched for official sources and official statements by

those governments we were assigned. This task confronted us with very specific challenges because it entailed that we could not simply express our thoughts and opinions but had to seek tangible proof of what 'our' government's position was. In most cases, we had to discard our own opinions on such matters and adopt a new position with which we partially or fully did not agree. In the end, this exercise helped us to objectify the issue at hand by widening our perspectives: we had to realise we were facing a much broader and complex reality than 'just' our point of view.

Our preparation also included ten hours of class on how to face this challenge. Mr Riccardo Mazzucchelli, president of MUN Academy, introduced us to the differences in negotiating bilaterally or multilaterally, as well as he specified the exact mandate of the two Councils. Those ten hours were crucial to understand the work we were going to face during the simulation, providing us with the basic tools we needed to discuss, negotiate and debate the aforementioned topics.

### 3. *Understanding the differences*

After our preparation and submitting our position papers for review before the simulation began, we all met at the Department of Law for our three days of session. The Council of the European Union met each morning; the European Council in the afternoon. We started with a round of opening speeches, in which each of us presented our government's position publicly to the other Member States. After this relevant and formal moment, negotiations began and turned out to be very heated.

The first day ran rather smoothly but we soon realised that finding some common ground to draft a single document was going to take more than what we expected. In fact, we all worked in drafting a small report with several proposals emerging from various Member States and we expected no major obstacles. It turned out we were extremely wrong.

Firstly, Mr Riccardo Mazzucchelli, who also chaired all sessions, pointed out that there were neither references to EU treaties nor any other legal document; hence, we had to research legal justification and basis for our proposal, which was not easy. Secondly, we discovered – to our great surprise – that there was no consensus in the room and we had to work very hard to reach it.

Despite working for three days in a row, we managed to find common ground only on some items and we decided to leave some of the most delicate matters out for now, due to lack of time.

So, representing the position of a Member State of EU we were not only faced with differing opinions, but we learned to know how to address to others in a similar context and to seek a common solution among a lot of contrasting positions. This climate of comparison, in my opinion, is a good way to soak up the main ingredient of a simulation: the dialogue and a morally correct behaviour. Therefore a simulation is the place in which we can face a formal context, from clothing to mode of debate. This context could be our future, but we rarely have the occasion that it is our present.

#### 4. *Conclusions*

This experience was quite unique and provided us all with a different perspective on how to approach at subjects. In fact, despite some frustration for not reaching an agreement on many aspects of our topics, we all learned a great deal from this experience and we would like to repeat this experience during our time at university. Attending RoMEU 2016 made us feel closer to the topics we are studying and – most importantly – empowered us: we learned how to use what we are studying in a real context while providing us with a clearer understanding of the dynamics of a legal system of a new kind in the area of international law<sup>1</sup> like the European Union. RoMEU 2016 was an important experience and it enriched our cultural baggage, in fact opportunities of this kind are fundamental for a Law Degree Course. A simulation is the productive meeting between theory and practice, the perfect balance between the desire to get involved and a depth study of matter. RoMEU was a successful experiment and so we hope that it will be the challenge of tomorrow.

---

<sup>1</sup> Sentence of Court of Justice of 5 February 1963, case C 26/62 *Van Gend & Loos*.



ELENA EMILIANI\*

## NOTIZIARIO A.A. 2016-2017

### PARTE I

*Questo Notiziario, nella forma di un riepilogo, vuole essere un semplice riferimento: innanzitutto per gli studenti, affinché possano, seppur a posteriori, cogliere la natura dialettica delle attività scientifiche della Facoltà che si coagulano con quelle didattiche. Un riferimento, infine, per chiunque con questa natura si sia già rapportato, affinché Seminari, Convegni e Lezioni qui riportati possano permettere di ricondurre gli interessati agli eventuali atti e resoconti pubblicati. Il Notiziario seguirà l'articolazione semestrale dei numeri dei Quaderni, rendendo dunque disponibile in questa prima parte Seminari, Convegni e Lezioni svolti nei primi sei mesi dell'a.a. 2016-2017.*

3 Novembre 2016, *L'ordinamento penitenziario tra norme e realtà*. Lezione-seminario tenuta da Riccardo Avena nell'ambito del corso di Diritto penitenziario del prof. Pasquale Bronzo.

3 Novembre 2016, *Incontro con Francesco Cascini*, Autore del libro 'Storia di un giudice', tenutosi nell'ambito del corso di Diritto processuale penale del prof. Glauco Giostra.

7 Novembre 2016, *Giudici e legislatori*. Incontro-dibattito sul tema tenutosi in occasione della pubblicazione del n. 2/2016 della Rivista di 'Diritto Pubblico' e nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico. Presiede: Paolo Ridola. Intervengono: G. Alpa - G. Canzio - P. Grossi - F. Sorrentino - M. Villone.

9 Novembre 2016, *Canadian Agricultural Public Policy: Trade, Climate Change and Risk*. Seminario sul tema tenuto dal prof. Alan Ker, University of Guelph-Toronto.

14 Novembre 2016, *Commercio e investimenti esteri: scenari attuali e nuove prospettive*. Workshop sul tema. Saluti: P. Ridola -

---

\* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza.

L. Avitabile. Introducono: C. Imbriani - F. Reganati. Relazioni: B. Quintieri - D. Castellani - G. Giovannetti - N. Boccella & A. Rinaldi - A. Lanza - L. Piscitello.

14 Novembre 2016, *'Orientarsi' sulle norme*. Seminario sul tema facente parte del ciclo di Seminari di Filosofia del diritto e tenuto dalla prof.ssa Luisa Avitabile a partire da un testo di B. Romano. Intervengono: V. De Felice - M. Innocenzi - B. Leucadito - D. Nardi - L. Orsogna.

15 Novembre 2016, *Diritto e dialogo*. Seminario sul tema facente parte del ciclo di Seminari di Filosofia del diritto e tenuto dal prof. Gianpaolo Bartoli.

16 Novembre 2016, *Il linguaggio del diritto nel caso particolare, tra nomos e logos*. Seminario sul tema facente parte del ciclo di Seminari di Filosofia del diritto e tenuto dal dott. Ciro Palumbo.

17 Novembre 2016, *L'origine del linguaggio, a partire da Jean-Jacques Rousseau*. Seminario sul tema facente parte del ciclo di Seminari di Filosofia del diritto e tenuto dal prof. Roberto Righi.

17 Novembre 2016, *Spes contra spem (Liberi dentro)*. Proiezione dell'omonimo film e intervento del regista Ambrogio Crespi svoltosi nell'ambito del Corso di Diritto penitenziario del prof. Pasquale Bronzo.

18 Novembre 2016, *Significato e prassi del come-fare-per nel sistema democratico. Costituzione da un punto di vista filosofico*. Seminario sul tema facente parte del ciclo di Seminari di Filosofia del diritto e tenuto dai dottori Giovanna Petrocco e Antonio Sini-scalchi.

18 Novembre 2016, *Amministrazione digitale. Le modifiche al CAD (d.lgs. n. 179/2016)*. Seminario sul tema organizzato nell'ambito del Master in Diritto dell'informatica e Teoria e tecnica della normazione. Introduce: I. Sigismondi. Interviene: D. Limone.

25 Novembre 2016, *Ecocide: the fifth crime against peace*. Incontro di studio sul tema organizzato nell'ambito del XI modulo 'La tutela penale dell'ambiente' del Master Universitario di II livello in Diritto dell'ambiente. Saluti: A. Lalli. Presiede e conclude: F. Satta. Intervengono: M. Crook - C. Manduchi - E. Scotti - M. Trapani.

29 Novembre 2016, *Tempo Interpretazione Costituzione* (Editoriale Scientifica, 2016). Discussione, alla presenza dell'Autore, sull'omonimo volume del prof. Andrea Longo. Saluti: P. Ridola. Introduce: F. Modugno. Ne discutono: P. Carnevale - M. Luciani - C. Pinelli.

30 Novembre 2016, *Diritti e libertà*. Seminario sul tema. Introducono: L. Avitabile - B. Romano - P. Marconi. Intervengono: G. Bartoli - C. Palumbo - G. Petrocco - A. Siniscalchi. Partecipano: V. De Felice - M. Innocenzi - B. Leucadito - D. Nardi - L. Orsogna. Conclude: R. Righi.

1 e 2 Dicembre 2016, *Diritto e religioni. Declinazioni della giuridicità nel contesto di una società multiculturale e multireligiosa*. Convegno sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto romano, Teoria degli ordinamenti e Diritto privato del mercato. Saluti: P. Ridola - L. Avitabile. Presiedono: G. Lo Castro - R. Bertolino. Intervengono: S. Berlingò - O. Condorelli - M. Ricca - A. Bettetini - P. Lillo - B. Serra - I. Zuanazzi - R.M. Domianello - M.J. Roca Fernández - R. Mazzola.

15 Dicembre 2016, *Contratto sociale e promessa di giustizia*. Seminario pubblico sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato in Diritto romano, Teoria degli ordinamenti e Diritto privato del mercato - *Curriculum* Teoria degli ordinamenti (Filosofia del diritto). Intervengono: M. Innocenzi - B. Leucadito - L. Orsogna - D. Nardi - V. De Felice - R. Traettino - A. Siniscalchi. Concludono: G. Petrocco - C. Ariano.

15 Dicembre 2016, *La riforma costituzionale ('strutturale') del sistema della giustizia della Repubblica d'Albania. Riflessioni e confronti con il sistema italiano*. Convegno sul tema organizzato in collaborazione con l'Università Tiranes. Saluti: A. Biagini - P. Ridola - F. Xhafaj - K. Chaouki - E. Agaçi - A. Hoxha - G. Spangher. Presiedono: G. Pratola - F. Lanchester - A. Carteny. Ne discutono: A. Hoxha - G. Spangher - H. Ligor - G. Pratola - E. Merkuri - C. Cupelli - J. Qeleshi - M. Gambardella - O. Muçollari - A. Lalli - A. Vorpsi - S. Benvenuti - E. Puto - V. Comi. Conclude: E. Bozheku.

10 Gennaio 2017, *Master di II livello in 'Corruzione e sistema istituzionale'*. Presentazione del Master, istituito a partire dall'a.a. 2016-2017 e organizzato dalla Sapienza Università di Roma in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) la discussione sul volume curato dal prof. Marco D'Alberty, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Rubbettino, 2016. Combinatamente e in aderenza al tema a ciò verrà Introduce e coordina: E. del Prato. Presentazione del Master: E. Gaudio - R. Cantone. Intervengono: V. Cerulli Irelli - F. Merloni - F.P. Tronca - A. Pajno.

2 Febbraio 2017, *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*. Dibattito, organizzato col patrocinio dell'Associazione Giovani AMMinistrativisti (Agamm), tra giovani stu-

diosi sulle trasformazioni in corso sul tema. Introduce: V. Cerulli Irelli - M. Allena - M. Calabrò - A. Carbone - F. D'Angelo - F. Freni - G. Mari - A. Moliterni - M.C. Romano - M. Trimarchi - E. Zampetti. Conclude: F. Francario.

3 Febbraio 2017, *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri* (Editoriale Scientifica, 2016). Presentazione del libro organizzata nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico. Saluti: C. Pinelli. Presiede: F. Modugno. Ne discutono: A.S. Agrò - A.A. Cervati - M. D'Alberti - P. Ridola.

8 Febbraio 2017, *European lawyer graduation*. Cerimonia di conferimento dei diplomi conseguiti nel 2016 dagli studenti del percorso di formazione della European Law School e in collaborazione con le università partner Humboldt Universität zu Berlin, King's College London, Université Paris II Panthéon-Assas e University of Amsterdam. Saluti: E. Gaudio - P. Ridola - E. del Prato - L. Avitabile. Introduce: L. Moscati. Lectio Magistralis: G. Alpa. Intervengono: S. Grundmann - J. Phillips - A. Le Divellec - M. Zieck - F. Bremenkamp - N. Badenhoop.

10 Febbraio 2017, *La nuova Cassazione civile*. Incontro di studio organizzato dalla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali della 'Sapienza' Università di Roma avente ad oggetto la riforma prevista nel decreto legge 31 agosto 2016, n. 168 e convertito con modificazioni in legge 25 ottobre 2016, n. 197, «recante misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa» (Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 254 del 29.10.2016). Saluti: E. Gaudio - P. Ridola. Introduce: A. Di Porto. Ne discutono: C. Allorio - A. Canzio - C. Consolo - R. Fuzio - N. Irti - M. Massella Ducci Teri - A. Nappi - A. Panzarola - R. Rordorf - R. Vaccarella.

10 Febbraio 2017, *Elementi di diritto cinese*. Prima lezione del ciclo di quattro lezioni tenute sul tema dalla prof.ssa Huang Meiling, della Zhongnan University of Economics and Law, nella qualità di *visiting professor*.

17 Febbraio 2017, *Elementi di diritto cinese*. Seconda lezione del ciclo di quattro lezioni tenute sul tema dalla prof.ssa Huang Meiling, della Zhongnan University of Economics and Law, nella qualità di *visiting professor*.

24 Febbraio 2017, *Elementi di diritto cinese*. Terza lezione del ciclo di quattro lezioni tenute sul tema dalla prof.ssa Huang Mei-

ling, della Zhongnan University of Economics and Law, nella qualità di *visiting professor*.

2 Marzo 2017, *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*. Presentazione dell'omonimo volume edito curato dal prof. Giorgio Spangher, raccogliente i risultati della ricerca PRIN 2012 'I danni da attività giudiziaria penale' cui hanno partecipato Sapienza Università di Roma, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Foggia e Libera Università Jean Monnet di Bari. Introduce: R. Aprati. Ne discutono: G. Lattanzi - L. Violante - L. Ferrarella - M. Luciani - V. Spigarelli - V.Z. Zencovich.

3 Marzo 2017, *Elementi di diritto cinese*. Ultima lezione del ciclo di quattro lezioni tenute sul tema dalla prof.ssa Huang Meiling, della Zhongnan University of Economics and Law, nella qualità di *visiting professor*.

15 Marzo 2017, *Alla ricerca del «derivato»*. Incontro di studio sul tema articolato nella riflessione, alla presenza dell'Autore, sull'omonimo libro di Carlo Angelici (Giuffrè, Milano, 2016) e organizzato nell'ambito del Corso in Diritto dei Mercati e degli Intermediari Finanziari e delle attività del Dottorato di ricerca in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea e internazionale. Saluti: P. Ridola - E. Gaudio. Presiede e conclude: F. d'Alessandro. Introduce: G. Scognamiglio. Intervengono: M. Libertini - G. Terranova.

17 Marzo 2017, *La prova civile. A proposito del volume (ultra-centenario) di Francesco Carnelutti*. Incontro di studi sul tema organizzato nell'ambito del Dottorato in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea e internazionale. Saluti: P. Ridola. Introduce: E. del Prato. Ne discutono: A. Briguglio - C. Consolo - G. Ricci.

17 Marzo 2017, *Inaugurazione dell'anno accademico 2016/2017 del Master Universitario di II livello in Diritto dell'informatica*. Saluti: P. Ridola - L. Avitabile - E. del Prato - B. Romano - G. Alpa. Lezione: M.E. De Tullio.

20 Marzo 2017, *The History of American Class Action*. Lezione inaugurale del corso in History of European Law tenuta da Bert L. Huang, *professor of Law* presso la Columbia Law School e organizzata nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa e di Procedura civile e del Diritto internazionale. Introduce: L. Moscati.

21 Marzo 2017, *Punitive Damages in the United States*. Lezione tenuta da Bert L. Huang, *professor of Law* presso la Columbia Law School, diretta a comporre il corso di Diritto civile nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa e di Procedura civile e del diritto internazionale, sezione Realtà e radici del Diritto privato europeo. Introduce: G. Alpa.

30 Marzo 2017, *Norme giuridiche e libertà in Dostoevskij*. Seminario sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto romano, Teoria degli ordinamenti, Diritto privato del mercato - *Curriculum* Teoria degli ordinamenti. Saluti: P. Ridola - L. Avitabile. Interviene: Tat'jana Kasatkina, dell'Università di Mosca.

30 Marzo 2017, *Contrasto alla criminalità organizzata e conseguenti restrizioni alla privacy: processo penale italiano e spagnolo a confronto*. Seminario sul tema tenuto dalla prof.ssa Isabel Villar Fuentes, dell'Università di Cadice, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico. Intervengono: A. Gaito - P. Bruno - N. La Rocca - A. Testaguzza.

31 Marzo 2017, *The European Model Company Act (EMCA)*. Cerimonia ufficiale, in occasione del 60° anniversario della stipula dei Trattati istitutivi delle Comunità europee, della pubblicazione della *final draft* del progetto EMCA, a fronte di quella già presentata - seppur come non ancora definitiva - a Vienna nel 2015. Partecipanti alla cerimonia i componenti del Gruppo EMCA, studiosi di diritto societario provenienti dai 27 Stati membri dell'Unione Europea diretti a favorire una più intensa armonizzazione del diritto delle società di capitali in ambito europeo elaborando un progetto di *Model Law* nel campo del diritto societario e ispirandosi al *Model Business Corporation Act* statunitense. Saluti: E. Gaudio - P. Ridola - E. del Prato. Intervengono: P. Kruger Andersen - M. Sinkevičius - P.H. Conac - T. Baums - P. Giudici - P. Kruger Andersen. Conclude: G. Scognamiglio.

31 Marzo 2017, *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Seminario sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico e in occasione della presentazione, alla presenza dell'Autore, dell'omonimo volume a cura di Nino Longobardi, Giappichelli, 2016. Presiede e introduce: V. Cerrulli Irelli. Ne discutono: F. Luciani - B.G. Mattarella - M. D'Alberti - A. Police - G. Napolitano.

6 Aprile 2017, *Legalità globale e interpretazione giuridica*. Lezione tenuta dal prof. Pio Marconi, Emerito di Sociologia del diritto, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto romano, Teoria degli Ordinamenti, Diritto privato del mercato - *Curriculum Teoria degli ordinamenti*. Introduce: L. Avitabile.

6 Aprile 2017, *Presentazione del numero 4 dei Quaderni. Annuncio Call for Papers. Presentazione della 'Clinica Legale'*. Tavola rotonda di presentazione del numero 4 dei Sapienza Legal Papers - *Quaderni degli Alunni della Facoltà di Giurisprudenza*, articolatasi nell'annuncio di una *Call for Papers* di contributi aventi ad oggetto, in occasione della ricorrenza del 60° anniversario dalla firma dei Trattati di Roma, studi di Diritto dell'Unione Europea e nella presentazione dell'iniziativa della 'Clinica legale' promossa dal Dipartimento di Scienze Giuridiche. Saluti: P. Ridola - L. Avitabile - E. del Prato. Intervengono: G. Montella - P. Bronzo - G. Scarchillo. Annuncio *Call for Papers*: A. Fabbri. Presentazione 'Clinica Legale': E. del Prato. Modera: la Redazione.

7 Aprile 2017, *Principi e problemi generali dell'attività di diritto pubblico*. Seminario sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca di Diritto Pubblico e in occasione della presentazione del volume 'L'azione amministrativa', a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016. Presiede e introduce: C. Pinelli. Ne discutono: M. Luciani - V. Cerulli Irelli - C. Malinconico - F. Satta - F.G. Scoca.

10 Aprile 2017, *Sviluppi della giustizia costituzionale in Europa*. Lezione sul tema tenuta dal prof. Rainer Arnold, dell'Università di Regensburg, e organizzata nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico.

21 Aprile 2017, *Principles and tools for drafting effective legislation*. Special lecture sul tema tenuta dalla prof.ssa Maria Mousmouti, dell'Institute of Advanced Legal Studies, nell'ambito del secondo modulo del Master su 'Regulation and Competition in the Current Phase of Globalization' (coordinato dal prof. Marco D'Alberty) e in collaborazione con la LUISS 'Guido Carli'.

