

The Cardozo Electronic Law Bulletin

Una possibile teoria unitaria per il
risarcimento del danno non patrimoniale
alle persone giuridiche

Davide Gianti

We Are Family: A Queer Legal
Analysis of non Conjugal Relationships

Antonio Vercellone
Veronica Pecile

«Al di sopra della mischia»:

Diritto e degenerazioni del Politico

Emanuele Ariano

The Cardozo Electronic Law Bulletin

EDITOR IN CHIEF

Pier Giuseppe Monateri
(Università degli Studi di Torino; Sciences Po-Parigi)

MANAGING EDITORS

Cristina Costantini (Università degli Studi di Perugia)
Mauro Balestrieri (Università degli Studi di Torino)

SCIENTIFIC COMMITTEE

Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata)
Duncan Fairgrieve (British Institute of International and
Comparative Law)
Maria Rosaria Ferrarese (Università degli Studi di Cagliari)
Günter Frankenberg (Goethe-Universität)
Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli)
Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia)
Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia)
Ugo Mattei (Università degli Studi di Torino)
Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo)
Horatia Muir Watt (Sciences Po-Parigi)
Roberto Pardolesi (LUISS Guido Carli)
Giorgio Resta (Università di Roma Tre)
Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno)

REFEREES

Daniela Carpi (Università degli Studi di Verona)
Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno)
Francesco Di Ciommo (LUISS Guido Carli)
Rocco Favale (Università degli Studi di Camerino)
Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova)
Pablo Moreno Cruz (Universidad Externado de Colombia)
Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo)
Federico Pizzetti (Università degli Studi di Milano)
Alessandra Quarta (Università degli Studi di Torino)
Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Sciancalepore (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Varanese (Università degli Studi del Molise)
Arianna Vedaschi (Università Bocconi)
Andrea Zoppini (Università di Roma3)

Sito web: <https://www.ojs.unito.it/index.php/cardozo/index>

e-mail: celbulletin@gmail.com

©1995-2023 ISSN 1128-322X

CONTENTS

Vol. XXIX Issue 2 2023

- 1 DAVIDE GIANTI
**UNA POSSIBILE TEORIA UNITARIA
PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO NON
PATRIMONIALE ALLE PERSONE GIURIDICHE**
- 31 ANTONIO VERCELLONE
VERONICA PECILE
**WE ARE FAMILY:
A QUEER LEGAL ANALYSIS OF NON CONJUGAL
RELATIONSHIPS**
- 45 EMANUELE ARIANO
**«AL DI SOPRA DELLA MISCHIA»:
DIRITTO E DEGENERAZIONI DEL POLITICO**



DAVIDE GIANTI

UNA POSSIBILE TEORIA UNITARIA PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE ALLE PERSONE GIURIDICHE

Abstract: L'articolo si propone di analizzare in maniera critica quali siano i problemi che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato nel corso di una lunga elaborazione volta a estendere la tutela offerta dal risarcimento del danno non patrimoniale anche a quei pregiudizi che si manifestano a carico delle persone giuridiche ma che non si sostanziano immediatamente in un danno alla sfera reddituale. Lo scopo finale dell'analisi è quello di proporre una soluzione teorica unitaria per il dibattuto tema della risarcibilità del danno non patrimoniale nei confronti delle persone giuridiche soggetti passivi di un illecito aquiliano utilizzando la sottocategoria rappresentata dal danno esistenziale costituzionalmente qualificato.

Keywords: responsabilità civile, danno non patrimoniale, persone giuridiche, danno esistenziale costituzionalmente qualificato

TABLE OF CONTENTS: I problemi sul tavolo – 1.1 Il cammino verso una nuova concezione del danno non patrimoniale – 2. Fenomenologia delle teorie sulla risarcibilità del danno non patrimoniale alle persone giuridiche – 2.1 Lo strano caso del danno morale da irragionevole durata del processo – 2.2 Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione: patrimonialità o non patrimonialità? - 2.3 Il modello di danno non patrimoniale elaborato in materia di erronea segnalazione alla Centrale dei Rischi – 3. Un'ipotesi ricostruttiva unitaria per il danno non patrimoniale: la sottocategoria del danno esistenziale costituzionalmente qualificato



1. I problemi sul tavolo

L'analisi che si andrà a svolgere prende le mosse dall'identificazione dei problemi che dottrina e giurisprudenza si sono progressivamente trovate ad affrontare in relazione alle richieste di risarcimento del danno nei confronti delle persone giuridiche e alla ricostruzione critica delle soluzioni giuridiche identificate nel corso di una teorizzazione dogmatica e giurisprudenziale volta a riconoscere una tutela sempre maggiore anche a quei pregiudizi a carico delle persone giuridiche che non si sostanziano immediatamente in un danno alla sfera reddituale del soggetto giuridico considerato.

Poiché le soluzioni di volta in volta identificate hanno coinvolto e si sono intrecciate con le alterne qualificazioni di che cosa sia il danno non patrimoniale, sarà necessario inquadrare sommariamente la serie di profondi mutamenti che hanno interessato questa complessa categoria e che ovviamente si sono fortemente riverberati nei confronti dei tentativi di apprestare una tutela idonea ai vari interessi delle persone giuridiche che progressivamente sono venuti emergendo come meritevoli di tutela.

Nel corso dei decenni si sono infatti sviluppati alcuni precisi ambiti di giurisprudenza sul tema. Ai fini della presente analisi saranno di particolare interesse le soluzioni attinenti a fattispecie lesive dell'immagine della persona giuridica, a fattispecie riguardanti i risarcimenti ex legge Pinto e a fattispecie riguardanti l'errata segnalazione alla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia circa le posizioni di sofferenza dei debitori. Le soluzioni individuate, come si vedrà, sono state caratterizzate da profonde oscillazioni teoriche animate però dal comune filo conduttore di apprestare idonea tutela ad una serie di posizioni che evidentemente la coscienza giuridica e sociale hanno ritenuto sempre più meritevoli di un adeguato ristoro in caso di illecita compromissione.

Dato che lo scopo finale del presente lavoro è tuttavia quello di cercare di risolvere unitariamente dal punto di vista teorico il dibattuto tema della risarcibilità del danno non patrimoniale nei confronti delle persone giuridiche soggetti passivi di un illecito aquiliano, bisogna preliminarmente svolgere alcuni rilievi di carattere dottrinale che permettano di inquadrare adeguatamente questo tema all'interno del complesso sistema risarcitorio della responsabilità civile. Per comprendere appieno come si sia giunti alle più recenti pronunce sul tema, che hanno sancito definitivamente la risarcibilità anche per le persone giuridiche di tutta una serie di pregiudizi non direttamente collegati alla sfera reddituale, bisogna pertanto, in



primo luogo, ricostruire chiaramente i confini del danno risarcibile oggi riconosciuti ed in particolare di quello non patrimoniale.

A monte di ogni altra considerazione è opportuno rilevare come, nell'esperienza di stampo civilistico, la locuzione "danno non patrimoniale" abbia sempre rappresentato un'espressione in qualche modo atecnica e per certi versi persino ambigua.¹ In una prospettiva giuridica più moderna, la riparazione monetaria del danno non patrimoniale altro non sarebbe che l'esito di una sorta di "catarsi" giuridica in forza della quale la pena privata non rappresenterebbe più una sanzione di stampo penalistico-afflittivo quanto piuttosto una sanzione afflittivo-retributiva prevista all'interno del sistema di diritto civile².

Tenendo a mente in quale prospettiva dogmatica ancora si muovesse il legislatore del 1942, si può dunque ben capire perché questi si sia premurato, all'art. 2059 c.c., di limitare la risarcibilità del danno non patrimoniale solo a quelle ipotesi ove, a prevedere questa quasi "pena privata" del risarcimento, fosse la legge stessa, cercando così quasi di ricalcare il principio di riserva di legge vigente in materia di sanzioni penali e conseguentemente limitare le istanze pretestuose ed orientandosi verso una tipizzazione sistematica delle ipotesi di risarcibilità di questa voce di danno.

Tuttavia, si può notare come dall'originaria dizione del codice sia quasi immediatamente sorto un problema fondamentale. Infatti, sin da subito, negli interpreti è sorta la domanda se, con questa previsione, il legislatore avesse inteso alludere a qualsiasi tipo di danno non patrimoniale o soltanto a quella categoria rappresentata dal danno morale transeunte da turbamento psicologico scaturente dall'illecito che gli interpreti già ben conoscevano.

Proprio l'intenzione di limitare la risarcibilità di questo genere di pregiudizi sembrava in verità essere l'esigenza maggiormente sentita dalla dottrina e dalla giurisprudenza del tempo della codificazione; eppure, le cose erano destinate ad andare molto diversamente.

1.1 Il cammino verso una nuova concezione del danno non patrimoniale

È noto come la successiva evoluzione verificatasi nel campo della responsabilità

¹ Già per i giureconsulti romani valeva il noto brocardo "*luat in corpore quod luere non potest in bonis*", a tenore del quale tutti quei pregiudizi che, per caratteristiche loro proprie, non erano risarcibili, potevano trovare una adeguata riparazione solo con la sanzione detentiva del soggetto danneggiante, la quale rappresentava una vera e propria compensazione della sofferenza patita dal danneggiato.

² Cfr. Cass., 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 952.



civile sia stata contrassegnata dai nuovi atteggiamenti assunti dalla giurisprudenza i quali hanno portato prima all'entrata in crisi dell'originario sistema dicotomico del danno previsto dal codice e poi ad una nuova sistemazione dogmatica del danno risarcibile in chiave bipolare elaborata prima nelle due sentenze gemelle della Suprema Corte di cassazione del 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828 e nell'interpretazione costituzionalmente orientata che – analogamente alla Corte di cassazione – la Corte costituzionale ha dato del danno non patrimoniale (sent. n. 233 dell'11 luglio 2003) e poi ribadita e portata a compimento con le pronunce della Cassazione a sezioni unite dell' 11 novembre 2008.

La prima tappa giurisprudenziale di tale complesso itinerario è stata incentrata sulla figura del danno biologico. Nella sistematica codicistica originaria, l'individuo poteva invocare la tutela giuridica della propria salute solo ove il proprio patrimonio avesse subito un pregiudizio patrimoniale e dunque l'ipotesi tipica era rappresentata dalla diminuzione della capacità di produrre reddito a causa di una lesione fisica invalidante.

Questo impianto di tutela, tuttavia, escludeva quei soggetti privi di un reddito lavorativo e veniva così a creare una ingiustificata disparità di trattamento. Il sistema così descritto, in altri termini, costringeva ad una esclusione di tutela giuridica che, non solo si poneva in palese contrasto con i dettami della Carta Costituzionale (artt. 2, 3, Cost.), ma finiva anche con il rendere del tutto inoperante l'art. 32 Cost. in tema di tutela della salute. Intorno alla metà degli anni '70, sulla spinta delle critiche rivolte dalla dottrina alle previsioni codicistiche, parte della giurisprudenza cercò, con una serie di tentativi, di superare l'impasse cui conduceva la richiamata dicotomia.

In tal senso, la sentenza del Tribunale di Genova 25 maggio 1974 rappresentò, anche sotto il profilo storico, il primo passo verso una impostazione metodologica volta a spostare l'asse dell'attenzione dal criterio patrimoniale al criterio della "ingiustizia" del danno. Un passo ulteriore fu rappresentato dalle sentenze n. 87 e 88 del 1979 con le quali la Corte Costituzionale individuò nell'art. 32 Cost. la norma che assicura la effettività della tutela della salute quale diritto fondamentale, primario, assoluto e pienamente operante anche nei rapporti tra privati. La medesima Corte precisava così che il diritto alla salute, in virtù anche del suo carattere privatistico, è direttamente tutelato dalla Costituzione e, nel caso di sua violazione, il soggetto può chiedere ed ottenere il giusto risarcimento, in forza del collegamento tra l'art. 32 Cost. e l'art. 2059 c.c.



La successiva produzione giurisprudenziale tuttavia vide l'affermarsi di una tesi parzialmente diversa, secondo cui la menomazione dell'integrità psicofisica della persona costituisce un danno ingiusto di natura patrimoniale, in quanto colpisce un valore essenziale che fa parte integrante di quel complesso di beni di esclusiva e diretta pertinenza del danneggiato.³

Lo snodo fondamentale della giurisprudenza è rappresentato però dalla storica sentenza n. 134 del 1986 dove la Corte costituzionale ribadì la legittimità dell'art. 2059 c.c.

Secondo la Corte risulta corretto, in virtù della discrezionalità del legislatore, delimitare il risarcimento del danno non patrimoniale alle sole ipotesi in cui il fatto costituisca reato. Al tempo stesso, però, la Corte Costituzionale nega che una simile scelta del legislatore possa pregiudicare la risarcibilità stessa del danno biologico, dal momento che tale risarcibilità non va tanto ricercata nell'art. 2059 c.c., bensì nell'ambito dell'art. 2043 c.c.. Alla poderosa opera di ricostruzione dogmatica da parte di dottrina e giurisprudenza che ne seguì, si accompagnò anche l'attività del legislatore che, nella normativa successiva al codice, continuò ad ampliare i casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato (art. 185 c.p.), in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 L. n. 117/88 in materia di risarcimento anche dei danni non patrimoniali derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, sostituito dall'art. 152, comma 12, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 comma 9, l. n. 675/96 in tema di impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, d.lgs n. 286/98 in materia di adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 l. n. 89/2001 per mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

Ad un punto fermo nella sistemazione dogmatica delle categorie del danno risarcibile, come è noto, si è giunti solo nel 2003⁴ quando sul punto si è espressa la giurisprudenza di legittimità con un cambio di paradigma interpretativo che ha generato fiumi di inchiostro.⁵

³ Emblematica in tal senso è la sentenza Cass., 11 febbraio 1985, n. 1130 e per un'applicazione in punto di danno biologico cfr. la sentenza n. 3675/81 della Corte di cassazione.

⁴ Cass. 31 maggio 2003, n. 8827-8828, in *Danno e resp.*, 2003, pag. 816 ss.

⁵ Per un'altra panoramica della letteratura scientifica sul punto si consiglia CRICENTI G., *Il danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 2006, pagg. 61 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno ingiusto, dall'ermeneutica bipolare alla teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2003, pagg. 218 ss.; FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, Giuffrè, 2004; NAVARETTA E., *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, Giuffrè, 2004; PONZANELLI G., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova,



La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non più condivisibile la tradizionale lettura restrittiva dell'articolo 2059 c.c. in relazione all'articolo 185 c.p., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo consistente nella sofferenza contingente, nel turbamento dell'animo transeunte determinato da fatto illecito integrante reato. La Cassazione ha osservato che nel vigente assetto ordinamentale, nel quale assume posizione preminente la Costituzione, l'articolo 2 della medesima riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e dunque il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, in grado di coprire ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona costituzionalmente protetto. La Corte ha precisato che si deve quindi ritenere ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di "danno non patrimoniale", inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona e non più solo come danno morale soggettivo.

Al giudice della legittimità non è sembrato proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo poiché, ha osservato, ciò che rileva, ai fini dell'ammissione al risarcimento in riferimento all'articolo 2059 c.c., è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguono pregiudizi non suscettivi di valutazione economica. Inoltre, la riserva di legge, originariamente esplicitata dall' art. 185 c.p. e dall'art. 89 c.p.c. in punto di ammissibilità del risarcimento, è stata resa inoperante nel caso di lesione concernente i valori della persona costituzionalmente garantiti. Dal quadro ridisegnato emerge che al risarcimento del danno patrimoniale, sempre ancorato al paradigma dell'art. 2043 c.c., si accompagna il risarcimento del danno non patrimoniale, che trova tutela più ampia ed articolata nell'art. 2059 c.c., il quale non va più restrittivamente interpretato ed applicato in via esclusiva ai casi tradizionali del danno morale soggettivo, ma deve assicurare la riparazione delle ipotesi legali espresse di danno non patrimoniale risarcibile (art. 89 c.p.c., art. 2 l. n. 117/1988, art. 29 l. n. 675/1996, sostituito dall'art. 152 d.lgs. 196/2003 art. 44 d.lgs. n. 286/1998, art. 2 l. n. 89/2001), e delle lesioni che, incidendo sui valori della persona costituzionalmente garantiti, non possono non costituire figure di danno risarcibile a prescindere dall'eventualità che investano anche risvolti penalistici. Nello stesso periodo, la sempre presente sensibilità nei confronti dei pregiudizi che

Cedam, 2004; DONATIA, "danno non patrimoniale e solidarietà", Padova, Cedam, 2004; MONATERI P.G., *Il nuovo danno non patrimoniale. La nuova tassonomia del danno alla persona*, in BESSONE M., *Trattato di diritto privato*, vol. X, Torino, 2005.



i soggetti possono venire a patire a seguito dell'illecito, aveva reso sempre più pressante la necessità di risarcire ipotesi di pregiudizio non patrimoniale che, non potendo essere sussunte né all'interno danno morale soggettivo né di quello biologico, risultavano soffocate all'interno del nuovo orizzonte offerto dall'art. 2059 c.c. In risposta a tale esigenza, si andò così delineando una nuova categoria di danno (c.d. "danno esistenziale"), volta a ricomprendere tutte quelle ipotesi di compromissione della sfera realizzativa della persona umana, che aveva ricevuto esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte già nel 2000⁶, e poi altresì da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 233/2003, che individuava, accanto ai pregiudizi di carattere morale e biologico, l'esistenza di un "*danno, spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diversi da quello all'integrità psichica e fisica della persona*"⁷.

La nuova sistemazione, come noto, viene ribadita con le pronunce a sezioni unite della Cassazione del 2008⁸, dove si precisa che il criterio di orientamento per il danno non patrimoniale è situato nella rilettura del requisito dell'ingiustizia in base al diritto leso. Dalla compromissione di questi discende un danno che, valutando il diritto considerato alla luce della Costituzione, si provvede poi a risarcire.

Da quanto detto deriva che il danno non patrimoniale costituisce oggi una categoria ampia, nella quale trovano collocazione tutte le ipotesi di lesione di valori inerenti alla persona, ovvero sia il danno morale soggettivo (che si concreta nella *perturbatio* dell'animo della vittima), sia il danno biologico in senso stretto (o danno all'integrità fisica e psichica, nosograficamente accertabile e coperto dalla garanzia dell'art. 32 Cost.), sia il c.d. "danno esistenziale" (danno conseguente alla lesione di altri beni non patrimoniali di rango costituzionale la cui compromissione ecceda la normale tollerabilità). È vero che secondo la Suprema Corte le varie sottocategorie del danno non patrimoniale oggi hanno valenza meramente

⁶ Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, pag. 187 ss., con nota di D'ADDA A., *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, pag. 923 ss., con nota di ZIVIZ P., *Continua il cammino del danno esistenziale*; in *Danno e responsabilità*, 2000, pag. 835 ss., con nota di MONATERI P.G., *Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale* e di PONZANELLI G., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*.

⁷ Corte costituzionale 11 luglio 2003, n.233.

⁸ Cass., sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, presidente Carbone, relatore Preden, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, pagg. 38 ss., con note di MONATERI P.G., NAVARETTA E., POLETTI D., ZIVIZ P.; in *Danno e responsabilità*, 2009, pagg. 19 ss., con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A.



descrittiva delle tipologie di danno risarcibile; tuttavia, è innegabile che esse risultino fondamentali per individuare con precisione il tipo di lesione meritevole di tutela e in particolare la sottocategoria del danno esistenziale costituzionalmente orientato possa essere di grande utilità nei casi di illeciti subiti da persone giuridiche.

2. Fenomenologia delle teorie sulla risarcibilità del danno non patrimoniale alle persone giuridiche

Le questioni legate alla necessità di trovare un solido fondamento teorico per la risarcibilità del danno non patrimoniale alle persone giuridiche hanno rappresentato un rompicapo per lungo tempo e solo valorizzando la natura polifunzionale dell'illecito aquiliano si può forse giungere ad una soluzione efficace.

In un sistema che, come si è visto, andava progressivamente sviluppando la distinzione tra danno morale soggettivo e danno non patrimoniale in senso ampio come venuta oggi a chiarirsi oggi, si intuisce facilmente come la dottrina e la giurisprudenza abbiano elaborato nel corso del tempo vari tipi di soluzioni al problema di quale danno sia in concreto risarcibile alla persona giuridica oltre a quello più strettamente patrimoniale riguardo al quale non si sono mai registrate particolari difficoltà. Prima di entrare nell'analisi più specifica delle singole figure risarcitorie è bene dunque sintetizzare brevemente le ricostruzioni teoriche venutesi a sviluppare e che si vedrà ricorrere come delle costanti nella presente analisi.

Nell'originaria concezione che equiparava il danno non patrimoniale al danno morale soggettivo e dunque finiva per ridurlo al patimento provocato nel soggetto dagli stati di ansia e sofferenza, risultava alquanto difficile configurare un pregiudizio non patrimoniale in capo a un soggetto non coincidente con una persona fisica. L'opinione dominante, dunque, riteneva il danno di natura non patrimoniale come non configurabile per le persone giuridiche sulla base del rilievo che il c.d. danno morale soggettivo può essere concretamente patito dal solo essere umano come persona fisica in quanto non si può trascendere dalla caratteristica peculiare della corporeità del soggetto⁹.

Per superare questa apparentemente insormontabile difficoltà si sono così

⁹ In dottrina l'orientamento è sostenuto autorevolmente da SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in *Rivista di diritto civile*, 1957, I, p. 326 ss.



elaborate progressivamente delle teorie ricostruttive fondate sullo strumento della *fictio iuris*.

La prima soluzione teorica, molto risalente nel tempo, è ben rappresentata da una sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila¹⁰ la quale aveva ritenuto che, con riferimento al caso del Comune di Longarone, distrutto da una frana provocata dal crollo delle strutture dell'ENEL, fossero concepibili anche per la persona giuridica le sensazioni dolorose ed i patemi d'animo. Questi, infatti, verrebbero percepiti concretamente dagli organi dell'ente collettivo stesso e dunque da persone fisiche. Tali sofferenze, in questo modo, sarebbero riferibili allo stesso ente rappresentato e si tradurrebbero in un mutamento in peggio della normale attività della persona giuridica¹¹.

Un secondo orientamento adottato per risolvere il problema ha coinvolto invece da vicino la nozione stessa di persona giuridica e, facendo leva sulla teoria c.d. riduzionistica per cui l'ente si riassume e contemporaneamente si dissolve nelle persone fisiche che lo compongono, è arrivata alla conclusione secondo la quale il danno prodottosi con l'illecito ha le caratteristiche del danno morale ma non è patito dall'ente in sé, quanto piuttosto dai singoli membri che lo compongono¹².

Quest'ultima teoria venne duramente criticata dalla dottrina e rigettata dalla giurisprudenza prima della Corte costituzionale con la sentenza n. 1979 del 1988 e poi da quella della stessa Corte di cassazione chiamata a pronunciarsi definitivamente sul famoso caso c.d. Lockheed¹³ di inizio anni Novanta. In tale circostanza, la Suprema Corte raggiunse lo stesso risultato dei giudici di merito, sia per quanto attiene all'accertamento dell'*an*, sia per quanto concerne il *quantum* della pretesa risarcitoria avanzata ma sulla base di un iter motivazionale largamente differente. Facendo propri gli approdi dell'elaborazione teorica più avanzata del periodo, la Cassazione infatti sancì, in anticipo sui tempi, come il danno non patrimoniale rappresenti in realtà una macrocategoria che non si risolve nel danno morale soggettivo ma ricomprende ogni conseguenza dannosa non suscettibile di una immediata valutazione economica.

¹⁰ Corte d'Appello dell'Aquila, 3 ottobre 1970, in *Foro.it.*, 197, II, 198.

¹¹ Si veda in dottrina ASCARELLI T., *Saggi di diritto commerciale*, I, Milano, Giuffrè, 1955; DE CUPIS, *Danno (dir. vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1962, XI, 624 ss.

¹² In giurisprudenza è la tesi fatta propria dal Tribunale di Roma, 10 giugno 1986, in *Resp. Civ.*, 1986, p. 673 con nota di BONILINI G. e recentemente rivalutata dalla dottrina con la monografia di FUSARO A., *I diritti della personalità degli enti collettivi*, Padova, Cedam, 2002.

¹³ Cass. Civ., 10 luglio 1991, n. 7642, in *Giur. it.* 1992, I, 96.



Questa soluzione, originata dalle insormontabili difficoltà concettuali di pensare società commerciali o persino fondazioni come soggetti in grado di “provare dolore”, aveva indubbiamente il duplice pregio di andare incontro alla necessità di estendere il danno non patrimoniale oltre gli stretti confini entro cui era imbrigliato, permettendo di raggiungere così una maggiore oggettivazione delle perdite realmente subite dal danneggiato e contemporaneamente di non prendere necessariamente posizione tra i teorizzatori di sistemi di risarcimento bipolari o tripolari. Il risvolto certamente negativo era però rappresentato dalla contestuale creazione di una sorta di “terra di nessuno” giuridica, in cui poteva trovare potenzialmente riconoscimento ogni tipo di pregiudizio o semplice disagio.

Per quanto qui più ci interessa emerge tuttavia chiaramente come l’accento cominciava ad essere posto non tanto su una fittizia assimilabilità degli enti alle persone fisiche, quanto sulla peculiare natura degli stessi, sul ruolo ad essi riconosciuto dall’ordinamento costituzionale e sulle loro finalità. I diritti della personalità riconosciuti alle persone giuridiche cominciavano ad essere declinati in relazione alle funzioni svolte dalle stesse ed a costituire il punto di riferimento per la tutela risarcitoria in considerazione di diversi parametri: la forma associativa o di tipo istituzionale, la natura pubblica o privata e la presenza o meno dello scopo di lucro.

La giurisprudenza civile della Cassazione ha continuato ad attestarsi su queste posizioni anche nel decennio successivo, sino ad arrivare alla storica pronuncia del 3 marzo 2000 n. 2367¹⁴, nella quale si è sancito il principio per cui il pregiudizio all’immagine di una società di capitali non rappresenta un’ipotesi di danno morale, il quale non è configurabile per gli enti collettivi, ma un danno non patrimoniale nella sua accezione più lata che ricomprende il pregiudizio ad un bene costituzionalmente garantito quale il diritto all’immagine ed alla credibilità proprio di ciascun soggetto, sia esso persona fisica o giuridica.

Come si può notare questi approdi già anticipavano la sistematizzazione generale della categoria del danno non patrimoniale che di lì a poco avrebbe avuto luogo. Solo alcuni anni dopo, infatti, si è giunti ad una sorta di onnicomprensiva ricomposizione con le pronunce della Cassazione n. 8827 e 8828 del 2003 che si sono viste in precedenza e con quella dello stesso anno n. 233 della Corte costituzionale. Dopo tali interventi, la giurisprudenza si veniva a tratteggiare un

¹⁴ Si veda la nota di CARBONE V., *Il pregiudizio all’immagine ed alla credibilità di una s.p.a. costituisce danno non patrimoniale e non danno morale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 490 ss.



sistema dove tutte le voci non strettamente patrimoniali venivano ricondotte per la loro risarcibilità all'interno del generico e onnicomprensivo dettato dell'art. 2059 c.c., il quale così andava ad assorbire tanto il danno morale soggettivo quanto quello biologico, nonché il danno da lesione di altri interessi di rango costituzionale¹⁵.

Tracciando le linee guida per tutto il danno non patrimoniale la Suprema Corte non si è ovviamente scordata del problema legato alle persone giuridiche ed infatti, in un *obiter dictum*, si è premurata di precisare coerentemente come, in questa nuova prospettiva, sia risarcibile nei loro confronti proprio quella serie di pregiudizi non economici che siano diversi dalla afflizione spirituale rappresentata dal danno morale, il quale non è ontologicamente configurabile a carico di questi soggetti¹⁶.

Dalle considerazioni effettuate risulta chiaro perché, proprio in relazione alla tutela risarcitoria verso soggetti collettivi, si sia fatta strada sin dai primi anni Novanta del secolo scorso la categoria intesa in senso ampio del danno non patrimoniale: se il danno morale risulta non attribuibile alle persone giuridiche in quanto il patema d'animo mal si coniuga con l'astrattezza e impersonalità degli enti, la tutela da tutta una serie di aggressioni ad interessi dotati di rilevanza non può che venire da quelle altre voci di danno non patrimoniale dotate di maggiore oggettività quale l'immagine, la perdita di onorabilità e credibilità e persino l'alterazione negativa della propria dimensione esistenziale all'interno della società¹⁷.

2.1. Lo strano caso del danno morale da irragionevole durata del processo

Ad inizio del nuovo millennio, tuttavia, proprio nel periodo in cui dottrina e giurisprudenza si affannavano nel costruire la nuova e più moderna versione del danno non patrimoniale in senso ampio, la categoria del c.d. danno morale tornò nuovamente alla ribalta in relazione alle persone giuridiche.

Il *casus belli* era rappresentato dall'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata nel nostro

¹⁵ Questa terza voce del danno non patrimoniale ha suscitato profonde divisioni in dottrina, infatti, mentre per alcuni autori si è voluto consacrare definitivamente l'esistenza del danno c.d. esistenziale (si veda BONA M., *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 ss.; CENDON P.– ZIVIZ P., *Vincitori e vinti dopo la sentenza 233/2003 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2003, I, 1, p. 1777 ss.) per altri si è invece voluto negarla in favore di un'indicazione più generica (si veda PONZANELLI G., *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 830 ss.)

¹⁶ Nello stesso senso sono numerose le pronunce successive, tra le quali si veda Cass. 30 marzo 2005, n. 6732, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1707.

¹⁷ ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale*, in *La Responsabilità civile*, a cura di CENDON P., VII, Torino, 1998, p. 388.



ordinamento con la legge 4 agosto 1955, n. 848, il quale prevede che debba essere garantita un'equa riparazione a vantaggio di coloro che hanno subito un danno, sia esso patrimoniale o non patrimoniale, conseguente ad un processo protrattosi per un periodo di tempo irragionevole.

Per lungo tempo il rimedio europeo era stato l'unico concretamente praticabile per l'assenza di misure idonee a garantire un rimedio nel nostro ordinamento, sino a quando non è stata introdotta la c.d. legge Pinto¹⁸ la quale, all'art. 2, ha sancito che “*chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione della CEDU, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6 paragrafo 1 della Convenzione, ha diritto ad un'equa riparazione*”. Con l'entrata in vigore nel nostro ordinamento di tale atto normativo, volto a limitare il proliferare di ricorsi in sede europea dovuto alla mancanza di tutela per questo tipo di illeciti all'interno dell'ordinamento nazionale, si venne tuttavia progressivamente ad evidenziare un contrasto tra la giurisprudenza italiana e quella della Corte di Strasburgo in materia di danno agli enti per irragionevole durata del processo. Proprio in questo frangente si assiste ad un progressivo, sebbene discutibile dal punto di vista dogmatico, recupero della categoria “danno morale”¹⁹.

La giurisprudenza europea e quella interna hanno infatti cominciato a divergere sensibilmente; mentre quella CEDU era orientata nelle proprie pronunce a liquidare il danno non patrimoniale in via automatica anche nei confronti delle persone giuridiche²⁰, la nostra giurisprudenza, sempre più orientata al ripudio della categoria del c.d. danno-evento, riteneva che il pregiudizio dovesse essere conseguenza dell'illecito subito e continuava quindi a richiedere la specifica prova del danno lamentato, imponendo in questo modo un onere alquanto gravoso, sebbene agevolato dal ricorso alle presunzioni semplici²¹.

Nelle prime applicazioni della legge Pinto con riferimento al riconoscimento del danno non patrimoniale agli enti collettivi, la Cassazione ritenne non ascrivibile ad

¹⁸ Legge 24 marzo 2001, n. 89.

¹⁹ In materia si veda DIDONE A., *Equa riparazione e ragionevole durata del processo*, Milano, Giuffrè, 2002; BARELA V., *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 139 ss.

²⁰ Si veda la sentenza Corte EDU, 6 aprile 2000, in *Corr. giur.* 2000, p. 1246; si vedano altresì Corte EDU, 12 gennaio 2016, n. 322, DG, 2016; Corte EDU, 6 aprile 2000, CG, 2000, 1246.

²¹ Si veda espressamente Cass. 5 novembre 2002, n. 15449, in *Giur. it.*, 2003, I, p. 21 con nota di DIDONE A., *Danno da irragionevole durata del processo penale per reato prescritto*; Cass. 2 luglio 2004, n. 12110, in *GC*, 2005, I, 1042.



essi il danno morale soggettivo ed affermò espressamente che la persona giuridica può invocare validamente il risarcimento del danno solo qualora si riesca a dimostrare che l'irragionevolezza dei tempi della giustizia è andata a pregiudicare altri diritti fondamentali di cui l'ente è portatore, quali per esempio il diritto all'immagine, al nome o alla reputazione. Questo orientamento è sembrato dunque quasi richiedere un doppio livello di ingiustizia: non solo la violazione della ragionevole durata del processo, ma anche la violazione di un diritto personalissimo della persona giuridica²².

Per cercare di ricomporre il contrasto giurisprudenziale hanno tentato di intervenire le le Sezioni Unite della Suprema Corte²³. In una serie di sentenze si è ribadito come nei casi di irragionevole durata del processo il danno non patrimoniale non possa considerarsi *in re ipsa* eppur tuttavia rappresenti una conseguenza che, in base all' *id quod plerumque accidit*, consegue di norma alla violazione. A sostegno di questa tesi depone d'altro canto lo stesso dettato dell'art. 41 della CEDU il quale enuncia che, accertata una violazione di questo tipo, la Corte EDU può accordare una riparazione solo “ove sia il caso” e dunque, ragionando a contrario, non in ogni caso ma solo quando ricorrano altri elementi. Ad essere considerato *in re ipsa* dal punto di vista probatorio deve essere piuttosto il pregiudizio concretamente verificatosi a carico del soggetto leso, pur rimanendo in ogni caso salva per il convenuto la possibilità di fornire la prova contraria²⁴.

A questo punto sembrava colmato il divario tra le posizioni comunitarie e quelle della nostra giurisprudenza ma un nuovo contrasto si aprì in seno alla stessa Cassazione, in quanto presto si svilupparono due orientamenti a loro volta contrastanti che lasciavano presagire un nuovo intervento nomofilattico. Nonostante la posizione enunciata nel 2004 infatti, parte della giurisprudenza della I sezione della Cassazione ha continuato a ritenere fondata la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale solo ove sia anche provato il danno a diritti fondamentali della persona giuridica interessata²⁵. Secondo questo ostinato orientamento, infatti, la presa di posizione delle Sezioni Unite sarebbe stata rivolta

²² Si veda Cass. 2 agosto 2002, n. 11600, in *Foro It.*, 2003, I, p. 858 ss. con nota di GALLO P., *Il danno da irragionevole durata del processo fra diritto interno e giurisprudenza europea*.

²³ Cass., sez. Un., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341.

²⁴ Si veda per un'analisi di queste pronunce VENTURELLI A., *Legge Pinto: per le S.U. la prova del danno non patrimoniale è in re ipsa*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 513 ss.

²⁵ In tal senso si veda Cass. 2 luglio 2004, n. 12110, in *Danno e resp.*, 2005, p. 978 ss. con nota di VENTURELLI A., *Legge Pinto: per le persone giuridiche la prova del danno non patrimoniale non è in re ipsa*.



esclusivamente ai casi in cui a lamentare la lesione sia una persona fisica, mentre quelle giuridiche, che non possono percepire turbamenti d'animo, potrebbero continuare ad ottenere riparazione solo ove il pregiudizio vada a incidere direttamente o indirettamente su loro beni di carattere immateriale.

Come se la situazione non risultasse già abbastanza complessa, la stessa I sezione della Cassazione, proponeva un nuovo orientamento nel tentativo di superare l'*impasse* rappresentato dalla richiesta di quella sorta di doppia ingiustizia del danno cui si accennava in precedenza.

La Corte si rendeva perfettamente conto delle difficoltà di una simile impostazione ed infatti, in una nota sentenza che inaugurava questo nuovo filone giurisprudenziale, aveva affermato a chiare lettere che subordinare il risarcimento per l'ente anche al pregiudizio di diritti personalissimi avrebbe comportato “*se non l'esclusione, certo il drastico ridimensionamento [...] della possibilità di ottenere il risarcimento in questione. È infatti difficilmente ipotizzabile che tale danno possa materializzarsi in un pregiudizio diverso dal turbamento psicologico delle persone preposte alla gestione dell'ente*²⁶”. Se la motivazione della decisione prosegue poi con la condivisibile considerazione per la quale nessuna ulteriore prova deve essere posta a carico della persona giuridica ricorrente ma il danno deve essere risarcito come semplice conseguenza della violazione del termine di durata ragionevole, tuttavia le conclusioni a cui il ragionamento intrapreso giungono sono tanto particolari quanto di dubbia coerenza logica.

La Corte, infatti, si ostinava a qualificare il danno patito e dunque risarcibile come morale soggettivo e, per ricomporre le difficoltà che tale tipo di danno pone rispetto alla natura giuridica degli enti, giunge a riqualificare proprio questa. Secondo questo ragionamento le persone giuridiche non rappresenterebbero un centro di imputazione di diritti e doveri ma entità assolutamente transitorie e strumentali in quanto tutte le situazioni giuridiche ad esse imputabili altro non sarebbero che situazioni riferibili agli individui persone fisiche che le compongono²⁷. È ovvio dunque che se si ammette che non si sia in presenza di entità distinte e diverse soggettivamente ma solo ad una normativa particolare che regola certe relazioni

²⁶ Cass. 30 agosto 2005, n. 17500, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 281 ss. con nota di PASQUINELLI C. ed in *Danno e resp.* 2006, p. 153 ss. con nota di DE GIORGI M. V., *Risarcimento del danno morale ex legge Pinto alle persone giuridiche per le sofferenze patite dai suoi componenti*

²⁷ Si vedano: Cass. 30 agosto 2005, n. 17500, in *NGCC*, 2006, I, 505; Cass. 29 marzo 2006, n. 7145; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2246; Cass. 7 gennaio 2008, n. 31, in *RC*, 2008, 1000; Cass. 4 giugno 2013, n. 13986, in *GI*, 2003, 25.



umane, nulla più osta alla possibilità di imputare stati soggettivi tipici della persona fisica anche a quella giuridica²⁸. Queste conclusioni a cui giunge la giurisprudenza della Cassazione in tema di riparazione del danno da irragionevole durata del processo non appaiono però realmente condivisibili.

Come giustamente evidenziato da attenta dottrina, a voler seguire fino in fondo le conseguenze di un tale ragionamento, si giungerebbe paradossalmente a dover ritenere che, poiché la lesione al diritto della persona giuridica pregiudica i diritti individuali dei soci, il singolo possa agire individualmente per chiedere il risarcimento del danno per il pregiudizio sofferto per un interesse collettivo ma autonomamente frazionabile²⁹.

La sentenza richiamata sembrerebbe poi appoggiarsi alla teoria finzionistica³⁰ della persona giuridica ma la normativa di riferimento richiamata è quella dell'art. 1391 c.c., dettato a proposito della rappresentanza in generale e certamente riferibile anche a quella organica. Se la rappresentanza organica è un istituto utilizzato tanto nelle teorie finzionistiche della persona giuridica, tanto in quelle realistiche è però vero che il quadro della riflessione si accorda più a concetti vicini alle seconde piuttosto che a quelle richiamate nella pronuncia.

Il riferimento alla teoria della rappresentanza risulterebbe comunque coerente; infatti, verrebbe in rilievo in questi frangenti un caso di immedesimazione organica tra ente ed amministratori dove gli effetti sono da imputare psicologicamente al rappresentante (gli amministratori) ma giuridicamente al rappresentato (la persona giuridica).

Parte della dottrina ha accolto favorevolmente questa tesi sostenendo che, se la disciplina della rappresentanza può essere applicata in via analogica fuori dall'ambito degli atti giuridici per includere anche fatti giuridici come vuole una moderna teorizzazione³¹, se ne deve trarre che l'organo costituisce un centro stabile di competenze tramite il quale le persone fisiche titolari dell'organo in questione permettono di imputare all'ente anche gli effetti degli stati soggettivi, tra i quali deve essere ricompreso anche il turbamento psicologico³².

²⁸ Nello stesso senso si veda Cass. 15 giugno 2005, n. 12854 con relatore sempre Marziale.

²⁹ Questa soluzione è stata avanzata in via dubitativa da ZOPPINI A., *I diritti della personalità delle persone giuridiche*, in *Rivista Diritto Civile*, 2002, I, p. 859; soluzione astrattamente ritenuta ammissibile anche da Cass. 23 settembre 2005, n. 18683.

³⁰ Nota teoria elaborata dallo Jhering.

³¹ CAMPOBASSO M., *L'imputazione di conoscenza delle società*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 172 ss.

³² VITTORIA D., *Il danno non patrimoniale degli enti collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 539-559.



Aderire a questa ricostruzione sembrerebbe presentare il vantaggio di uniformare nel risultato il sistema a quello della Corte europea, la quale però non parla di patimenti di soggetti rappresentanti ma di disagi a carico di amministratori e soci, ponendo così l'attenzione sul fatto che il danno morale soggettivo sia patito da una qualsiasi persona che occupi una qualsivoglia posizione all'interno della persona giuridica, sia che si tratti di ruoli direttivo-gestionali, sia di mero fatto. La conclusione più generale a cui pervenire potrebbe dunque essere quella di arrivare a riconoscere che ogni violazione giuridicamente rilevante nei confronti di un ente collettivo faccia derivare un danno morale ai suoi organi, il quale diventa di fatto presunto; il tutto solo con la specifica funzione di sancire la rilevanza di alcune posizioni soggettive³³.

Nonostante le evidenti criticità anche la più recente giurisprudenza³⁴ conferma il percorso interpretativo intrapreso, riconoscendo il risarcimento del danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo in capo alle persone giuridiche ma inquadrandolo nella categoria del danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico che la lesione del diritto solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri.

2.2 *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione: patrimonialità o non patrimonialità?*

Un altro filone giurisprudenziale si è sviluppato attorno alla questione della risarcibilità del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione e degli enti pubblici, tutelata dagli artt. 2 e 97 Cost. ed oggetto di elaborazione sia da parte della giurisprudenza civile che da quella amministrativa e contabile.

Ad inizio anni Novanta del secolo scorso ed all'indomani degli scandali passati alla storia con la dicitura di “Tangentopoli”, si percepì un diffuso senso di sfiducia e rabbia da parte della società civile nei confronti delle attività della Pubblica Amministrazione, la quale aveva subito durissime ripercussioni in termini di immagine e visto minato quasi irrimediabilmente il proprio prestigio e decoro dall'emersione di una diffusa corruzione e generalizzata *mala gestio*.

Da allora in poi si è cominciato così a prestare attenzione in giurisprudenza non solo al danno erariale in senso stretto e di carattere patrimoniale che l'operato dei funzionari può andare a cagionare alle finanze statali ma anche a tutta quella serie

³³ DI MAJO A., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 251.

³⁴ Cfr. Cass. 12 gennaio 2016, n. 322, in *DG*, 2016.



di pregiudizi che non possono certo rientrare in questa categoria e che tuttavia hanno ripercussioni di largo respiro su tutto l'agire pubblico. La progressiva evoluzione giurisprudenziale del giudice contabile competente in materia, la Corte dei conti, è pervenuta così gradualmente alla configurazione di un vero e proprio danno all'immagine e al prestigio della Pubblica Amministrazione, il cui sviluppo ha visto avvicinarsi due ricostruzioni antitetiche.

La prima si è originata con la celebre decisione resa nel 1994 dalla Sezione Lombardia del giudice contabile, il quale ha considerato responsabile, per danno non patrimoniale, l'amministratore di un consorzio di comuni per la gestione di una discarica di rifiuti solidi urbani il quale, in concorso con un consigliere regionale, aveva agevolato un privato imprenditore a danno dell'ente pubblico, percependo indebitamente una somma in denaro.

In proposito la Sezione Lombardia ha affermato che: *“appartiene alla Corte dei conti la giurisdizione sul danno "morale", quale effetto lesivo, consistente nel discredito subito dall'ente pubblico in conseguenza del comportamento illecito penalmente rilevante, pregiudizio ulteriore rispetto al danno patrimoniale arrecato alla P.A. dall'attività illecita dei propri amministratori o dipendenti [...]”*. *“Debbono porsi in rilievo”* proseguiva il giudice contabile *“i riflessi negativi che l'apertura del procedimento penale e le successive indagini anche su soggetti esponenziali della regione Lombardia coinvolti dalle dichiarazioni dei testimoni e degli imputati hanno prodotto sull'immagine del consorzio stesso, operante in un settore oggetto di particolare attenzione non soltanto dalla collettività in genere, ma anche di gruppi sociali organizzati interessati alla tutela dell'ambiente e delle risorse pubbliche”*.³⁵

La Corte dei conti riconduceva così il pregiudizio patito all'interno del “danno morale” originatosi dal discredito subito dall'ente pubblico in ragione dell'evidenza data dalla stampa, con la conseguente amplificazione dell'attenzione della collettività su un singolo caso di corruzione.

L'estensione della giurisdizione contabile al risarcimento del danno all'immagine ebbe, proprio l'anno successivo, l'avallo della Corte di cassazione, la quale tuttavia prospettava una ricostruzione in parte diversa e maggiormente delimitata del danno in questione.

Con la sentenza n. 5668 del 1997, la Cassazione ha infatti confermato la competenza del giudice contabile a pronunciarsi esclusivamente sul risarcimento

³⁵ C. conti, sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 31, in *Foro amm.*, 1994, 2573, con nota di TENORE V., *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione*.



del “danno patrimoniale indiretto” in quanto "*danno conseguente alla grave perdita di prestigio e grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica dello Stato*", il quale, "*anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta è, tuttavia, suscettibile di una valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso*"³⁶.

La Suprema Corte, non solo con la sentenza appena citata ma anche con successive decisioni conformi, giungeva così a delineare una sostanziale patrimonialità, sia pure in senso ampio, del danno in questione, chiarendo che quello che la Corte dei conti definiva "danno non patrimoniale" ex art. 2059 c.c. (nel senso di danno morale) era, in realtà, da considerarsi come un danno patrimoniale ex art. 2043 c.c. all'immagine della pubblica amministrazione.³⁷ Questa lettura in chiave patrimoniale risultava del tutto comprensibile se si pensa al momento in cui veniva ad essere proposta. Essa si poteva valere del saldo punto di riferimento rappresentato dalla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1986, la quale, come sottolineato in precedenza, aveva sancito la risarcibilità del c.d. danno biologico per il tramite dell'art. 2043 c.c., aprendo così la strada a percorsi argomentativi analoghi.

Tale impostazione è stata successivamente immediatamente recepita anche dalle Sezioni riunite della Corte dei conti nel 1999, con un'articolata sentenza, il cui esame può essere utile per una completa ricostruzione del concetto di danno erariale patrimoniale e non patrimoniale³⁸.

La questione che le Sezioni riunite erano state chiamate a decidere riguardava la possibilità, per il giudice contabile, di valutare richieste risarcitorie del danno morale in via autonoma, indipendentemente dalla coesistenza di un danno patrimoniale. Richiamandosi alla citata decisione della Corte di Cassazione n. 5668 del 1997, il giudice contabile, oltre a rispondere positivamente alla questione relativa l'autonomo esercizio della giurisdizione sul danno non patrimoniale, ha precisato espressamente che "*la lesione del bene immateriale (alla cui categoria va ricondotta il bene "immagine" o gli altri beni che soprattutto più recentemente hanno*

³⁶ Cfr. Cass., sez. Un., 21 marzo 1997, n. 5668, rifacendosi a precedente Cass., sez. Un., 2 aprile 1993, n. 3970.

³⁷ Si vedano Cass. Sez. Un., 25 ottobre 1999, n. 744, in *Giur. it.*, 2000, 1053 e in *Urb. app.*, 2000, 2, 159; Cass. sez. Un., 4 aprile 2000, n. 98, in *Danno resp.*, 2000, 874: "*Il cosiddetto danno all'immagine derivante all'ente pubblico dalla condotta illecita dei pubblici funzionari, che scredita l'amministrazione, è riconducibile alla nozione di danno erariale, dato che vi sono i presupposti di una valutazione patrimoniale del danno in questione, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso*". Più di recente, Cass., sez. Un., 12 novembre 2003, n. 17078, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3277.

³⁸ C. conti, sez. riun., 28 maggio 1999, n. 16, in *Riv. Corte conti*, 1999, 3, 76.



impegnato l'elaborazione dei giudici contabili) e del corrispondente interesse dell'amministrazione qui rilevano non meramente ex se, ma in quanto abbiano comportato la necessità di sostenere spese per il ripristino del bene leso. Pertanto, se è indubbio che il bene leso ha natura immateriale, il risarcimento del danno erariale rientrando nella categoria della Corte dei conti conserva la sua natura patrimoniale; cioè, la stessa Corte ha giurisdizione sulle conseguenze patrimoniali, economiche prodotte dalla lesione del bene". Alla luce di tale decisione, dunque, il confine ed il limite che contraddistingue la giurisdizione contabile sembra rimanere pur sempre quello della patrimonialità e del valore economico del pregiudizio subito dall'erario, seppure conseguente alla lesione di un bene immateriale.

Numerose sono state le sentenze del giudice contabile che, conservando un orientamento restrittivo in materia, hanno negato il carattere *in re ipsa* del danno e sottolineato che un danno patrimoniale, seppur indiretto o riflesso, debba necessariamente provarsi tramite l'allegazione delle spese sostenute, da sostenere o dei maggiori costi sopportati dall'amministrazione allo scopo di ripristinare l'immagine e il decoro lesi (la c.d. *deminutio patrimonii*). In questo senso ancora una recente decisione della Sezione Sicilia della Corte dei conti ha precisato che "*la determinazione [del danno all'immagine] deve essere fatta [...] o in base ai costi di ripristino del bene, sotto il profilo del danno emergente costi del mancato conseguimento della finalità pubblica, dell'inefficienza e inefficacia dell'organizzazione, ecc., o del lucro cessante sotto il profilo dei vantaggi derivanti alla P.A. dalla adesione della generalità dei cittadini, ma potrà fondarsi su prove anche presuntive od indiziarie*".³⁹

La riconduzione del danno all'immagine perseguibile dinanzi alla Corte dei conti nell'ambito del danno di natura patrimoniale, peraltro, implica delle conseguenze pratiche non del tutto irrilevanti. Nel caso, infatti, di un danno all'immagine concepito come danno patrimoniale c.d. "indiretto", sebbene la giurisprudenza lo consideri conseguenza di un illecito lesivo anche di un bene immateriale, essa tende a considerare, quale onere probatorio, la prova delle spese di ripristino dell'immagine già sostenute o, eventualmente, ancora da sostenere. In tal caso il principio dell'onere della prova sancito dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c. richiede che vengano realmente provate non solo le eventuali spese di ripristino eventualmente già effettuate ma anche quelle eventualmente ancora da effettuare. Queste ultime, infatti, potranno essere anche quantificate in via equitativa, ma dovranno

³⁹ C. conti, sez. giur. d'appello Sicilia, 18 gennaio 2005, n. 61.



comunque risultare ragionevolmente certe, sulla base di precisi riscontri fattuali e senza meri generici richiami ad un *id quod plerumque accidit*.

Il passo ulteriore compiuto dalla giurisdizione contabile avvenne infine con la pronuncia a sezioni riunite 23 aprile 2003, n. 10⁴⁰ in occasione di un caso che riguardava la corruzione di alcuni funzionari di un ente pubblico. La Corte dei conti ha rilevato come in questo caso il danno cagionato all'immagine dell'ente debba essere ritenuto un “danno esistenziale” con caratteristiche proprie del danno-evento e pertanto possa essere risarcibile ex art. 2043 c.c. Secondo la sentenza in questione il risarcimento del danno esistenziale è applicabile anche alla tutela dell'immagine della pubblica amministrazione; l'ordinamento infatti sembra non solo voler approntare una tutela alle persone fisiche ma prevedere che anche quelle giuridiche possano beneficiare della medesima tutela salvo le limitazioni derivanti dall'assenza di fisicità. In particolare, le persone giuridiche pubbliche sarebbero tutelate in tali aspetti dallo stesso dettato costituzionale e in particolare dalla previsione di cui all'art. 2 in materia di formazioni sociali nonché dall'art. 97 I e II comma, ove sono fissati per l'agire amministrativo parametri di imparzialità e buon andamento che sono poi stati tradotti in parametri di trasparenza, economicità e produttività da parte dell'art. 1 comma I della legge n. 241/1990.

Dalle considerazioni svolte si evince come questi criteri in realtà altro non siano che l'estrinsecazione di interessi generali della collettività di particolare rilievo e importanza, i quali comportano che la Pubblica Amministrazione abbia un interesse costituzionalmente garantito affinché le competenze individuate vengano correttamente esercitate e le funzioni esplicate correttamente in accordo al modello di buon andamento della medesima. Nel caso in cui tali interessi vengano lesi da una qualunque condotta, anche di un dipendente pubblico, il tutto si traduce in un'alterazione indebita di quella che è l'identità propria della P.A. e in particolar modo nell'alterazione in senso peggiorativo della percezione che di essa hanno i singoli cittadini.

Sulla scorta di quanto detto si comprende allora perché, nella importante pronuncia in questione, la Cassazione abbia ritenuto che il danno risarcibile non rientrasse nell'ambito dell'art. 2059 c.c. ma in una di quelle fattispecie risarcibili come “danno esistenziale” che consistono in un pregiudizio che l'illecito provoca sul fare areddituale del soggetto e che si concretano in una alterazione delle

⁴⁰ C. conti, sez. riun., 23 aprile 2003, n. 10, in *Foro it.*, 2004, p. 166 ss.



abitudini di vita e degli assetti relazionali che erano propri del soggetto, circostanza che peraltro risulta oggettivamente accertabile attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso⁴¹.

A seguito delle pronunce del 2008 delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno espressamente riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale nei casi di lesione di diritti della persona protetti dall'art. 2 Cost., la posizione della giurisprudenza della Corte dei conti si è mostrata ondivaga⁴². Le prospettive adottate precedentemente sembrerebbero essere state superate se si prende in considerazione la decisione delle Sezioni riunite della Corte dei conti del 2011 con la quale si è chiarito che il danno all'immagine della P.A. ha natura non patrimoniale inteso come danno-conseguenza, è costituito dalla lesione all'immagine dell'ente che consegue ai fatti produttivi della lesione stessa e deve essere tenuto distinto dalle c.d. spese necessarie al ripristino che costituiscono solo uno dei possibili parametri della quantificazione equitativa del risarcimento.⁴³ Si deve tuttavia rilevare come un ulteriore intervento delle Sezioni riunite del 2015, sebbene in via incidentale, riveli il perdurare del dibattito sul punto in seno alla giurisprudenza.⁴⁴

2.3 Il modello di risarcimento del danno non patrimoniale elaborato in materia di erronea segnalazione alla Centrale dei Rischi

Un altro filone giurisprudenziale ove si è manifestata con maggior importanza la necessità di garantire un ristoro per il danno subito da una persona giuridica e che dunque ha contribuito all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto è costituito dal settore dei danni subiti a causa di erronea segnalazione compiuta da un istituto di credito riguardo possibili posizioni di insolvenza di una persona giuridica.

In una sentenza particolarmente rilevante⁴⁵ la Corte di cassazione ha affrontato questa complessa fattispecie rielaborandola alla luce del diritto all'immagine e

⁴¹ In tal senso si veda Cass. sez. Un., 24 aprile 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1353.

⁴² Si veda anche Corte Cost. 15 dicembre 2010 n. 355, in *GC*, 2011, 2, 284. In tale pronuncia l'impostazione della Cassazione era stata estesa dalla stessa Corte costituzionale anche alle violazioni dell'immagine degli enti pubblici, stabilendo la natura non patrimoniale del danno ed identificando la sua fonte nell'art. 2059 cod. civ.

⁴³ C. conti, sez. riun., 18 gennaio 2011 n. 1.

⁴⁴ C. conti, sez. riun., 19 marzo 2015 n. 8.

⁴⁵ Cass. Sez. III 4 giugno 2007, n. 12929.



delle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. La vicenda in oggetto riguardava un lungo contenzioso tra un istituto di credito e alcune società che si erano viste rigettare una richiesta di finanziamento essendo risultate in una posizione di sofferenza, poi rivelatasi inesistente, presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia.

La Suprema Corte, richiamato lo stato dell'arte circa la differenza tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, riprende espressamente quanto statuito nelle note sentenze “gemelle” del 2003, giungendo alla conclusione per cui la fattispecie *de quo* deve essere inquadrata, non tanto nell'ambito dell'art. 2043 c.c., quanto piuttosto all'interno della previsione di cui all'art. 2059, poiché si concretizza comunque la lesione di un diritto inviolabile della persona, sia essa fisica o giuridica, tutelato all'interno del catalogo aperto costituito dall'art. 2 Cost.⁴⁶ Con questa pronuncia la Cassazione mostra di rendersi conto di quante difficoltà comportassero quegli indirizzi, analizzati in precedenza, i quali, per garantire un ristoro adeguato, pretendevano di poter risarcire il danno morale soggettivo anche a soggetti privi di corporeità e, per fugare ogni dubbio, aderisce ad un'impostazione molto più condivisibile. Secondo gli Ermellini, infatti, in queste ipotesi le persone giuridiche, senza distinzione costituita dalla presenza o meno dello scopo di lucro, vedono pregiudicato il proprio diritto all'immagine il quale, in accordo con quella giurisprudenza della Corte dei conti analizzata in tema di danno all'immagine dell'ente, appartiene a quella categoria che prima del 2003 veniva definita “danno esistenziale” e che si sostanzia nel danno non patrimoniale in senso lato. Non è dunque necessario utilizzare la categoria del danno morale soggettivo, bensì il pregiudizio patito deve essere risarcito ex art. 2059 c.c.

Questa sentenza rappresenta il consolidarsi di un cambio di rotta, in quanto si afferma espressamente che i diritti fondamentali della persona che caratterizzano un soggetto nell'ordinamento giuridico e nella sua dimensione sociale assumono la stessa funzione che hanno per le persone fisiche anche per quelle giuridiche, a prescindere dal fatto che siano o meno riconosciute e purché abbiano una soggettività giuridica distinta da quella dei propri membri⁴⁷. Per quanto concerne la qualificazione dei diritti violati e dunque risarcibili, essi si concretizzano di fatto nel “diritto all'identità personale”, comprendente i vari aspetti morali, culturali, politici, storici e ideologici e nel “diritto all'immagine”, comprendente sia il diritto

⁴⁶ Cass. 8 gennaio 2019, n. 207, in *GD*, 2019, n. 6, 60.

⁴⁷ Si veda sentenza in questione con nota di ANGIULI A. in *Giur. it.*, 2008, p. 876.



al nome, sia quello alla reputazione.

Riguardo quest'ultimo aspetto in particolare si è operata una proficua distinzione tra la c.d. “reputazione commerciale”, che rappresenta in particolare solo un aspetto del bene in esame e che si origina quando il soggetto titolare del diritto svolga un'attività imprenditoriale e la c.d. “reputazione personale”, ormai da tempo riconosciuta e tutelata distintamente da dottrina e giurisprudenza. Mentre quest'ultima, infatti, attiene alla dignità del soggetto in quanto tale, la reputazione economica rappresenta invece in qualche modo la credibilità economica del soggetto e la sua violazione metterebbe fuori mercato qualsiasi imprenditore, provocandogli gravissimi danni patrimoniali e non patrimoniali.

Per lungo tempo la lesione di tale diritto personalissimo è stata inquadrata da dottrina e giurisprudenza nell'ambito degli illeciti concorrenziali⁴⁸, essendo presente un diretto referente normativo nell'art. 2598 c.c. il quale, al numero 2, prevede espressamente la fattispecie della concorrenza sleale mediante denigrazione. Tale interpretazione restrittiva, che limita la risarcibilità per quelle ipotesi non coperte dalla fattispecie codificata, è stata da tempo abbandonata in particolare sulla scorta del rilievo che non sussiste alcun rapporto di specialità tra illecito concorrenziale e lesione della reputazione commerciale. In questo modo il bene giuridico in questione si è staccato definitivamente dalla normativa concorrenziale ed è divenuto immediatamente tutelabile tramite l'applicazione delle norme generali rappresentate dall'art. 2043 e dall'art. 2059 c.c.

La sentenza in questione ha inoltre il pregio di essersi espressa anche sulle caratteristiche del danno risarcibile prendendo posizione anche in materia riguardo la storica contrapposizione tra danno evento e conseguenza. Come è noto tale dicotomia trae origine dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986 che aveva distinto il danno-evento, costituito dal fatto in sé della lesione e pertanto sussistente sempre con la lesione e danno-conseguenza, che può sussistere a seguito di una lesione ma che deve essere oggetto di allegazione e del quale pertanto si può anche fornire prova contraria. La Suprema Corte ha aderito, per il caso di erronea segnalazione alla Centrale dei Rischi, alla ricostruzione che ritiene il danno non patrimoniale a favore delle persone giuridiche come danno-conseguenza, circostanza da cui discende il corollario dell'equiparazione di tutela tra persone giuridiche e fisiche sotto tutti i profili risarcitori.

⁴⁸ DI AMATO A., *Sulla tutela della reputazione economica dell'imprenditore*, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 821 ss.



3. Un'ipotesi ricostruttiva unitaria per il danno non patrimoniale: la sottocategoria del danno esistenziale costituzionalmente qualificato

La categoria del danno esistenziale, come è noto, ha cominciato a trovare il favore della giurisprudenza a inizio anni Novanta per la sua attitudine a garantire ristoro alla lesione di qualsivoglia interesse della persona meritevole di tutela giuridica per l'ordinamento.

In un primo tempo la giurisprudenza si era orientata a considerare a questa stregua risarcibile ogni interesse afferente alla persona umana che non si identifica con il bene-salute e che sia stato leso da un atto ingiusto, a prescindere dall'eventualità o meno che il medesimo sia espressamente annoverato tra gli interessi costituzionalmente garantiti. Questa categoria di danni, in questa prima fase, era risarcibile ex art. 2043 e si poneva effettivamente come un vero e proprio *tertium genus* tra danno patrimoniale e danno morale⁴⁹.

Quando però i giudici di legittimità nel 2003 hanno mutato orientamento e costruito il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. come ogni danno alla sfera reddituale e dunque comprendente il danno biologico, quello morale e quello esistenziale relativo alla violazione di diritti costituzionali, parte della giurisprudenza ha evidenziato come il danno esistenziale vero e proprio non si addica ad una persona giuridica, in quanto risulta molto difficile individuare le attività non reddituali da prendere in considerazione per valutare il pregiudizio esistenziale e ciò in quanto gli enti non possono vantare una dimensione relazionale al di fuori di quello che è lo scopo sociale⁵⁰.

Per superare tale difficoltà un autore ha proposto di operare una distinzione tra enti a scopo di lucro ed enti non lucrativi, rilevando come per questi ultimi sia possibile in realtà andare ad ipotizzare una serie di aspetti privi di redditualità stretta⁵¹, i quali però risulterebbero di difficile risarcibilità nella pratica e si rischierebbe dunque di affiancare ad una disparità di trattamento anche un insuperabile vuoto di tutela. La questione se sia teorizzabile che una persona giuridica ottenga ristoro per un pregiudizio esistenziale in effetti è di difficile soluzione in quanto, in primo luogo, è problematica la stessa definizione di “pregiudizio esistenziale”.

Attenta dottrina ha evidenziato come, dopo le pronunce del 2003 e del 2008, la

⁴⁹ Si vedano in tal senso Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Corr. Giur.*, 2000, 7, p. 873.

⁵⁰ BONA M., MONATERI P.G., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, Ipsoa, p. 740.

⁵¹ FUSARO A., *I diritti della personalità degli enti collettivi*, Padova, Cedam, 2002.



voce del danno esistenziale, ricompresa nella macrocategoria del danno non patrimoniale, concentri la propria attenzione non tanto sul genere di conseguenze negative che vengono in essere quanto piuttosto sul tipo di interesse che viene leso⁵². Proprio questa caratteristica è quella maggiormente criticata da quella parte di dottrina che ancora oggi, dopo che la figura del danno esistenziale si è meglio precisata e specificata rispetto alle sue prime teorizzazioni, ne contesta il fondamento ritenendo di poterla sostituire con la generica nozione di “danno non patrimoniale”.

In realtà il danno non patrimoniale risarcibile alle persone fisiche è oggi ormai legato a doppio filo a casi per lo più tipici e che trovano fondamento in una previsione normativa, sia essa l'art. 185 c.p., una legge speciale o la stessa normativa costituzionale che più di ogni altra è ora in grado di apprestare idonea tutela alla persona e ad i suoi valori. Oggi, dunque, il danno non patrimoniale deve essere inteso unitariamente come conseguenza di una lesione rilevante e può estrinsecarsi sostanzialmente in un danno alla salute, in una afflizione psicologica a carattere transitorio e in una durevole modificazione del c.d. fare areddituale.

In questo quadro di riferimento vi è dunque da verificare se le caratteristiche proprie delle persone giuridiche siano compatibili con gli strumenti di tutela offerti.

Il punto è particolarmente controverso e prescinde dall'aspetto puramente terminologico. A dimostrazione di ciò, mentre parte della dottrina che sostiene la risarcibilità di questo tipo di pregiudizi ritiene che l'espressione “esistenza” non possa attribuirsi ad un ente, altri, che non possono certo considerarsi esistenzialisti, si domandano viceversa quale siano le attività non reddituali da prendere in considerazione per quantificare il risarcimento da liquidare in concreto. Il problema è dunque di natura sostanziale e non può essere occultato.

Per cercare di fornire una soluzione, una schiera sempre più folta di autori in dottrina⁵³ ha pensato di operare in materia una distinzione tra enti lucrativi e non lucrativi, creando una sorta di simmetria tra lo scopo perseguito dall'ente e la natura dei danni risarcibili. Non è pensabile che qualsiasi ente svolga anche attività

⁵² Si veda per un'analisi approfondita ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale nell'era del mutamento*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 237.

⁵³ Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 440; PINO G., *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Dir. inf.*, 2001, p.475; FICI A., RESTA G., *La tutela dei dati degli enti collettivi: aspetti problematici*, in PARDOLESI R. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003.



ricreativa, di svago, o abbia comunque una dimensione relazionale-affettiva. Per gli enti non lucrativi non sarebbe ipotizzabile, in quest'ottica, nemmeno un fare reddituale e dunque la compromissione delle attività per perseguire le quali l'ente è stato costituito avrebbe esclusivamente una rilevanza patrimoniale ed economica. Per gli enti lucrativi invece potrebbero ipotizzarsi anche interessi e pregiudizi privi di rilevanza economica. Se si volesse fare propria questa impostazione si dovrebbe concludere che il danno esistenziale, inteso come voce descrittiva del danno non patrimoniale, non sarebbe risarcibile nei confronti degli enti lucrativi, mentre sarebbe ammissibile tale ristoro per quelli non lucrativi.

Un'altra parte della dottrina ha criticato tali conclusioni e tuttavia non è riuscita ad addivenire ad una più compiuta costruzione giuridica. Tali autori sottolineano giustamente come la funzione riparatoria del risarcimento del danno abbia una pregnante valenza per le persone fisiche ove, a fronte di tutta una serie di possibilità irrimediabilmente perse, la somma di denaro potrebbe garantire la possibilità di realizzarsi diversamente; non così avverrebbe nel caso delle persone giuridiche ove invece, vistesì distruggere una parte delle proprie attività, non potrebbero fare altro, con la somma liquidata, che potenziare la propria efficienza organizzativo-operazionale⁵⁴.

Questa ricostruzione è certamente molto vicina a quell'indirizzo adottato diversi anni fa dalla giurisprudenza e dalla dottrina a cui abbiamo fatto riferimento trattando di come sia andata emergendo la risarcibilità del danno all'immagine dell'ente. In altri termini, il danno qualificato come non patrimoniale si risolverebbe in realtà in una serie di ripercussioni patrimoniali che inciderebbero sui costi di gestione e dunque ci si troverebbe di fronte all'applicazione di quella discussa figura costituita dai “danni patrimoniali indiretti” come conseguenza a loro volta di un danno morale⁵⁵.

La questione potrebbe altresì essere risolta facendo invece propria quell'altra ricostruzione del danno in questione come danno-evento, prospettata in alcune sentenze della Corte dei conti che si è già avuto modo di analizzare, con la conseguenza probatoria non di poco conto che la lesione dovrebbe considerarsi *in re ipsa* e non dovrebbe essere verificata una conseguente *deminutio patrimonii* ma

⁵⁴ In questi termini si esprime FEDI A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale dello Stato*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 2481 ss.; più recentemente anche SCHLESINGER P., *La risarcibilità delle lesioni alla capacità di funzionamento ed all'immagine dell'ente*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 659 ss.

⁵⁵ CASO L., *Lo Stato come soggetto passivo di danno non patrimoniale*, in *Giur.it.*, 1992, I, 1, p. 98 ss; PETRELLI P., *Il danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 1997, p. 508.



sarebbe più che sufficiente la sussistenza del fatto in sé dannoso perché confligente con un interesse primario per l'ordinamento.

Tale interpretazione peraltro potrebbe coordinarsi anche con l'impostazione delle ricordate sentenze della CEDU in materia di danno non patrimoniale da lesione del diritto alla ragionevole durata del processo le quali, senza meglio specificare, a ben vedere si sono limitate ad affermare come il diritto ad una riparazione economica prescindendo dalla prova dell'esistenza del danno sia per le persone fisiche, sia per quelle giuridiche⁵⁶.

Tale ricostruzione si pone tuttavia in netto contrasto con l'approccio consolidato fatto proprio dalla Suprema Corte in tema di danno-conseguenza, in quanto ci troviamo in circostanze che coinvolgono per lo più la lesione di interessi immateriali quali i diritti della personalità che, proprio per la loro distanza da logiche patrimoniali, devono potersi strutturare diversamente rispetto alla sfera dell'avere del soggetto⁵⁷.

La soluzione può forse essere trovata andando ad analizzare più da vicino la violazione dell'immagine della persona giuridica. Non si può non notare come questa possa manifestarsi in una duplice veste: il danno alla considerazione che il soggetto ha di sé e il danno alla considerazione che del soggetto hanno gli altri consociati.

Il primo profilo è certo il più difficile da valutare con riferimento agli enti in quanto è difficile ritenere che la persona giuridica abbia una qualche considerazione di sé, mentre il secondo si può rilevare certamente nello stesso agire degli organi e delle persone fisiche che rappresentano l'ente e che risentono della posizione sociale occupata dalla persona giuridica.

Non si viene in questi casi certo a trattare di un danno morale soggettivo visto che, come abbiamo evidenziato, l'ente non può percepire patemi d'animo ma di un danno non patrimoniale che consiste nell'oggettivo mutamento delle condizioni in cui la persona giuridica si trova ad agire, soprattutto se consideriamo l'era della comunicazione in cui viviamo dove ogni evento incide sulla reputazione dei soggetti all'interno della comunità globale. Si tratta dunque di una voce di danno

⁵⁶ Si veda Corte EDU, 6 aprile 2000, n. 1246.

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. Un., 26 gennaio 2004, n. 1338 che aderisce all'orientamento della Corte europea e, pur non ritenendo espressamente che il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo possa qualificarsi come evento, lo ritiene una conseguenza che si verifica normalmente secondo l'*id quod plerumque accidit*, con la notevole conseguenza di non ritenere necessario alcun sostegno probatorio per la fattispecie in questione.



non patrimoniale che ha tutte le caratteristiche di un “danno esistenziale costituzionalmente qualificato”.

All'indomani delle sentenze del novembre 2008 parte della dottrina aveva proclamato la morte del danno esistenziale ma la conclusione che si è voluto trarre è stata forse troppo affrettata e ciò sulla scorta di un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, il danno esistenziale è stato rigettato come autonoma categoria risarcibile ma non come sottocategoria del danno non patrimoniale a carattere descrittivo; il rilievo operato dalla Cassazione è sottile e ricco di conseguenze. In questo modo si evita da un lato che possa essere risarcita una posta risarcitoria concorrente con il danno non patrimoniale, perseguendo il duplice fine di evitare la duplicazione delle poste risarcitorie e di reprimere la risarcibilità del danno c.d. “bagatellare”. D'altro canto, però si conserva l'utilità di una categoria concettuale che oggi è in grado di riassumere tutte quelle lesioni ad interessi della persona, sia essa fisica o giuridica, meritevoli di tutela in quanto assistiti da garanzia costituzionale e la cui rilevanza pratica per gli operatori del diritto è tutt'altro che secondaria.

Proprio in materia di danno patito dalle persone giuridiche l'utilizzo di tale categoria potrebbe essere molto utile e permettere di superare quelle difficoltà di ordine sistematico che si sono analizzate nel corso della trattazione. Per tornare ai settori esaminati in precedenza ed esemplificare quanto detto con il caso forse più eclatante, la persona giuridica, in caso di danni cagionati dall'irragionevole durata del processo, potrà trovare valido supporto nelle previsioni di cui all'art. 2 Cost. ma soprattutto 111 Cost. il quale, professando la garanzia dell'equo processo, sancisce automaticamente come interesse costituzionalmente rilevante uno degli aspetti principali in cui questa si sostanzia, ovvero un termine ragionevole entro il quale ottenere giustizia; in questo modo si potranno evitare complesse costruzioni giuridiche intorno al danno morale soggettivo degli enti collettivi e allo stesso tempo si riuscirà a dare un congruente inquadramento sistematico a tutta la materia.

Non bisogna infatti mai scordare che il danno stesso deve essere oggetto di allegazione da parte del soggetto danneggiato, il quale non potrà certo genericamente chiamare in causa una categoria onnicomprensiva quale il danno non patrimoniale ma dovrà precisare e descrivere quali siano i diritti per i quali egli intende chiedere tutela risarcitoria, dando così modo alla giurisprudenza di



valutare i medesimi e la loro rilevanza; così anche lesioni all'immagine o alla reputazione, le quali sono certamente interessi costituzionalmente rilevanti, potranno trovare adeguata protezione all'interno della categoria del danno esistenziale costituzionalmente qualificato. In altri termini ancora oggi la categoria descrittiva del danno esistenziale soccorre per la definizione del problema dell'*an* del risarcimento, permettendo di descrivere e conseguentemente circoscrivere quello che costituisce oggi il secondo grande polo della responsabilità civile, ovvero il danno non patrimoniale.

A questo tipo di ricostruzione non ostano nemmeno problematiche relative alla qualificazione della natura delle persone giuridiche. In una prospettiva evolutiva della soggettività giuridica fondata sull'art. 2 Cost., è questione ormai pacifica che anche le persone giuridiche siano titolari di diritti della personalità, non tanto sotto il profilo della dignità e libertà umana come le persone fisiche, quanto piuttosto sulle funzioni che l'ordinamento riconosce loro a livello costituzionale e sulle finalità della loro esistenza.

Si può dunque pienamente sostenere una soluzione teorica che, superando l'idea di una automatica attribuzione alle persone giuridiche dei diritti della personalità spettanti alle persone fisiche, sia volta invece a valorizzare le peculiarità e le esigenze di enti collettivi privi di corporeità ma comunque considerati nel senso previsto dall'art. 2 Cost. In questo modo è possibile individuare e definire le caratteristiche tipiche dei diritti della personalità propri degli enti collettivi. D'altro canto, dalla nostra analisi è emerso come anche in giurisprudenza si sia progressivamente sviluppata la tendenza ad ampliare i diritti riconosciuti agli enti collettivi e a riconoscere forme di tutela risarcitoria non solo in caso di pregiudizi patrimoniali ma anche non patrimoniali, selezionando le situazioni giuridiche soggettive di volta in volta e considerando la natura e delle caratteristiche proprie del soggetto collettivo coinvolto.⁵⁸

Giunti alla conclusione che il danno non patrimoniale delle persone giuridiche sia descrivibile come un danno esistenziale costituzionalmente qualificato alla luce

⁵⁸ Cass. 10 novembre 2015, n. 22885; cfr. Cass. 10 luglio 1991, n. 7642, in *RCP*, 1992, 89. La domanda di risarcimento del danno non patrimoniale era stata promossa da enti collettivi rappresentanti di interessi dei lavoratori costituitisi parti civili nel giudizio penale per la morte di un lavoratore avvenuta in violazione delle norme a tutela della salute. La giurisprudenza ha espressamente definito il danno subito dai soggetti collettivi come "lesione allo scopo dagli stessi enti proseguito", precisando che il pregiudizio risarcibile si identifica proprio con la lesione dell'interesse diffuso o collettivo di cui l'ente è portatore e coincide sul piano obiettivo con la violazione delle norme poste a tutela dell'interesse stesso.



degli interessi del soggetto collettivo rilevanti per l'ordinamento, bisogna però confrontarsi col più complesso problema del *quantum* della pretesa risarcitoria vantata. A causa delle difficoltà probatorie insite in fattispecie di questo tipo, la via equitativa risulta assolutamente imprescindibile per procedere alla concreta liquidazione del danno patito.

Un autorevole orientamento dottrinale ha proposto di risolvere la questione attraverso la visione interventistica del danno secondo la quale il giudice dovrebbe liquidare il danno immediatamente accertata la lesione del diritto della personalità⁵⁹. La Cassazione però, come è noto, con le sentenze del novembre 2008 ha radicalmente virato verso un approccio consequenzialista all'interno del danno non patrimoniale e cioè ha statuito che il danno debba sempre identificarsi in un accadimento peggiorativo ricollegabile alla lesione della situazione protetta in base ad un nesso di causalità. In quest'ottica non potrà che superarsi il nodo problematico legato alla dimostrazione di conseguenze pregiudizievoli a carico di beni immateriali facendo ricorso allo strumento delle presunzioni che, attraverso il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, non solo evita all'attore di trovarsi di fronte ad una *probatio diabolica* ma permette anche al convenuto di poter fornire a sua volta prova dell'eventuale inconsistenza delle pretese attoree.

⁵⁹ In tal senso FRANZONI M., *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 616.



ANTONIO VERCELLONE

VERONICA PECILE

WE ARE FAMILY¹:

A QUEER LEGAL ANALYSIS OF NON- CONJUGAL RELATIONSHIPS²

Abstract:

This article develops a queer critique of the notion of family that is predominant in Western legal systems by exploring the category of non-conjugal relationships. Rather than extending the scope of the marriage institution to subjects previously excluded from it, we argue that the legal conceptualization of *de facto* relationships can help moving beyond the mainstream equal rights discourse focused on non-discrimination and formal equality and achieve a form of protection for LGBTQ+ lives that fosters substantial equality. Case law and legal practice will be analyzed to show how the marginalization of individuals on grounds of their sexual behaviors and practices can be not only perpetuated, but also fought through a tactical use of existing legal arrangements. In the conclusion, we argue that legally reinventing family can provide an emancipatory path to question the predominant norms concerning sexuality that ultimately reproduce socioeconomic imbalances.

Keywords: family law, critical theory, queer legal theory, sociology of law

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction - 2. Queer legal theory: caring about the materiality of queer lives - 3. Applying the queer legal critique to marriage - 4. Queering marriage through de facto relationships - 5. Conclusion

1. Introduction

The juridical morphology of family envisaged by the Western legal tradition mimics a certain structure of family, founded on the idea of the nuclear straight couple, having sexual intercourses, living together, and possibly with children. This is the institutional result of a legal regime that puts marriage – an institution

¹ The title of this paper is a tribute to the iconic song by Sister Sledge, which we believe joyfully represents the ideas we wish to convey with this work.

² This paper is the result of a shared reflection and analysis carried out together by both authors, who consider it not only as a common work but rather as a commons. However, Antonio Vercellone wrote paragraphs 1, 3 and 4 while Veronica Pecile wrote paragraphs 2 and 5.



connecting a certain bundle of rights and duties to a rigid structure – at the cornerstone of its theoretical construction. Such a regime has been strongly criticized by scholars and activists highlighting the heteronormative nature of the concept of family at the core of the Western legal tradition. This notion is indeed very exclusionary since a large number of families do not fit within this paradigm: in an era of pluralism of family models, many people choose to develop their familiar bonds in ways that significantly diverge from the model of the married couple living with its children³.

An example of this pluralism is offered by polygamist and polyamorous families. Scholarship highlights how models of family exceeding the concept of the couple are becoming widespread in Europe and North America, and how this phenomenon poses serious issues with respect to their integration and legal recognition⁴. Another example can be drawn from the so-called “mutual aid families”, namely unions composed of two or more people deciding to share their lives to ensure one another mutual aid and support (think, for instance, of two adult siblings living in the home of their elderly mother, one of them taking full-time care of her, the other pursuing a job in the market to provide the trio with the necessary means of sustenance). Mutual aid unions do not only impair the centrality of the couple as the pivotal unit of the family, but also dismiss the idea that the couple needs to be sexualized and impliedly meant for reproduction. These traits can also be found in the phenomenon of “kinships of choice”, particularly diffused in the LGBTQ+ community, in which two or more friends live together and share their lives as a family to ensure care and constant support to each other⁵. Of course, the most relevant portion of unions falling outside the scope of the mainstream notion of family are *more uxorio* cohabitants, namely those (straight or same-sex) couples living together out of wedlock.

In sum, the idea is that one size does not fit all. The politically powerful suggestion of a queer approach to family law is that of finding a notion of family flexible enough to welcome all *ménages* as a way to achieve substantial equality. In this perspective, the role of legal theory is of finding a path for the conceptualization of such a notion. To do that, we shall rely on the queer and feminist critique of same-sex marriage.

³ SCOTT E., SCOTT R., *From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationship*, in *Columbia Law Review* 115: 293–374, 2015; MARELLA M.R., MARINI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, Laterza, 2015

⁴ GRANDE E., PES L., *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*. Turin, Giappichelli, 2018; RIZZUTI M., *Il problema dei rapporti familiari poligamici*. Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

⁵ WESTON K., *Families we Choose: Lesbians, Gays, Kinship*. New York, Columbia University Press, 1991.



2. *Queer legal theory: caring about the materiality of queer lives*

Queer theory emerges in opposition to the institutionalization of sexual orientations and identities promoted by the identity-based policies of the North-American liberal left during the 1980s. The normalization of the claims originally made by the sexual liberation movement results in prescriptive indications establishing which sexual behaviors are allowed and which are deviant in the public sphere⁶. Against these disciplinary attempts, queer theory reclaims the multiple, fluid character of sexual identities and their entrenchment in the negotiations and conflicts of everyday life⁷. This position implies a radical refusal of all institutions perpetuating the State-led discipline of sexual practices along heteronormative lines. On such grounds, marriage – and its extension to same-sex couples – is rejected as embodying the State interference in the sphere of sexuality⁸, underpinned by a false hetero/gay dichotomy⁹ and by a conception of sexual identities – which are constantly produced by identity politics¹⁰ – as pre-determined and fixed.

The perspective of queer theory has been fruitfully deployed within the field of legal analysis. Criticizing the focus on non-discrimination and formal equality typical of mainstream equal rights discourse, queer legal scholarship looks at the concrete legal situations in which individuals are interwoven and produced as marginal because of their sexual practices and behaviors. Adopting a queer approach to law means considering LGBTQ+ people not as a homogenous identity group, but as a set of vulnerable “subpopulations” looking for the best bargaining options available in a world in which their everyday decisions are deeply influenced by the law¹¹. “Queer”, in this sense, refers to “forms of love and intimacy with a precarious social status outside the institutions of family, property and couple form”¹².

Queer legal theory pays attention to the materiality of queer lives, that is, on how income as well as access to services – such as housing, health, and education – are

⁶ Marella, Maria Rosaria, «Queer eye for the straight guy». *Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del diritto*, 3, 2017, pp. 383-414.

⁷ BINNIE J., *Queer Theory, Neoliberalism and Urban Governance*, in *Queer Theory. Law, Culture, Empire*, ed. Robert Leckey and Kim Brooks, London, Routledge, 2010, pp. 21-36.

⁸ DE LAURETIS T., *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities*. Bloomington, Indiana University Press, 1991; BERSANI L., *Is the Rectum a Grave? AIDS: Cultural Analysis/Cultural Activism* 43, 1987 pp. 197–222.

⁹ SEDGWICK E., *Epistemology of the Closet*. Berkeley (CA), University of California Press, 1990.

¹⁰ HALLEY J., «Like Race» Arguments. In *What's left of theory*, ed. Judith Butler, John Guillory, and Kendall Thomas, London, Routledge, 2000, 40-65.

¹¹ ADLER L., *Gay Priori: A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform*. Durham (NC), London, Duke University Press, 2018.

¹² CHITTY C., *Sexual Hegemony: Statecraft, Sodomy, and Capital in the Rise of the World System*. Durham (NC), London, Duke University Press, 2020, p. 26.



distributed among LGBTQ+ subpopulations¹³. This implies that desired legal reform in a queer perspective is one carrying out positive distributive impacts for all those who are marginalized on grounds of sexuality and gender¹⁴. Reform projects informed by a queer legal approach aim at fighting patterns of substantial inequality left intact by a focus on formal equality and equal rights. On this aspect, queer legal theorists resort to the thesis elaborated by Critical Legal Studies in the 1980s on the language of rights as bearing a potentially dangerous legitimizing function¹⁵. Such language “is a mammoth concession to the logic of the legal regime and it carries the risk that after one’s formal rights have been vindicated, remaining inequities will seem fair, as if they are the result of natural inequalities rather than legally created ones”¹⁶. In other words, even in a world in which anti-discrimination law is globally enforced and same-sex marriage is introduced in every jurisdiction, substantial inequality may still ravage. For this reason, queer legal theory suggests looking at the material conditions experienced by queer people, while aiming at reform possibilities lying beyond the horizon of the equal rights regime. At the basis of this is the conviction that the marginality of individuals on grounds of their sexual behaviors and practices can be not only perpetuated but also fought through the law.

In the context of Western modernity, minority religious groups are frequently targeted as “deviant” also because of their non-conforming sexual behaviors. In broad terms, the “sexual Other” is any individual or group that does not fit into a strictly defined arena of allowed sexualities, in a world in which “pleasure, desire and agency are assumed to be associated with the West”. Those who occupy a

¹³ ADLER L., *op. ult. cit.*

¹⁴ ADLER L., *The Gay Agenda*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 16, 2009, pp. 147-216; ADLER L., *Gay Rights and Lefts: Rights Critique and Distributive Analysis for Real Law Reform*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (Amicus Online Supplement) 46, 2011; RAJ S.S., *Feeling Queer Jurisprudence: Injury, Intimacy, Identity*, London, Routledge, 2020. In opposition to feminist legal theory, queer legal theory considers sexuality as not bound to gender, and criticizes the extension to all people identifying as women the point of view of white middle-class women; in this perspective, sex is politics beyond any male/female or straight/gay frameworks. Despite some later convergences between queer and radical feminist approaches, queer legal theory will continue to denounce the tendency of majoritarian feminism of producing normative narratives of sexuality through specific uses of the law, and criminal law in particular. For a critique of essentialism in legal feminism, see HARRIS A.P. *cit.*, for an analysis of sex as politically productive beyond male/female or straight/gay dichotomies, see KENNEDY D., *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993; for an exploration of the diatribe between feminist and queer theory, see HALLEY J., *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton (NJ), Princeton University Press, 2006.

¹⁵ TUSHNET M., *An Essay on Rights*, in *Texas Law Review* 62, 1984, pp. 1363–1403; CRENSHAW K., *Race Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, in *Harvard Law Review* 101, 1988, pp. 1331-1387; KENNEDY D., *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*. Cambridge (MA), Harvard University Press, 1997.

¹⁶ ADLER L., *Gay Rights and Lefts: Rights Critique and Distributive Analysis for Real Law Reform*, 46, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (Amicus Online Supplement), 2011.



position of otherness from this allowed perimeter of behaviors are represented through narratives of “violence, victimization, impoverishment and cultural barbarism”¹⁷. Postcolonial scholarship provides important insights on the orientaling character of Western discourses on sexuality and stresses how the mainstream LGBTQ+ political terminology is incapable of grasping the range of non-Western sexual behaviors and practices¹⁸. Not only the hegemonic gay rights model but also the queer idealtype are criticized for their alleged characters of universality and exportability while being essentially white, North American, and middle-class¹⁹.

The populations of “sexual others” who do not fit into such normative models of gayness and queerness are very broad, not only when looking outside Western societies but even within them. It has been underlined how religion-informed reforms in family law could offer a potential legal basis for building up queer legal spaces²⁰. Indeed, the legal recognition obtained by religious groups of expansive family notions – not based on the majoritarian institution of marriage, but rather disrupting its structure – can provide a useful point of departure for LGBTQ+ movements seeking legal protection for their multiple forms of families, kinships and bonds.

In this paper, we analyze how case law and legal practice on *de facto* unions developed in Western legal systems can provide a cornerstone for the protection of family constellations deviating from the dominant Western conception of the family. The functional recognition of alternative family structures can be beneficial not only for LGBTQ+ lives but also for religious groups living in conditions of structural socio-economic exclusion in Western contexts.

3. *Applying the queer legal critique to marriage*

Applying the critique set forth above, it is possible to argue that the extension of marriage (or institutions alike, such as civil unions) to same-sex couples ends up

¹⁷ KAPUR R., *De-radicalising the rights claims of sexual subalterns through ‘tolerance’*, in *Queer Theory: Law, Culture, Empire*, ed. Robert Leckey and Kim Brooks, London, Routledge, 2010, pp. 37-52.

¹⁸ On the idea of a queer female diasporic subjectivity, see GOPINATH, G. *Impossible Desires: Queer Diasporas and South Asian Public Cultures*. Durham (NC), London, Duke University Press, 2005. On the relations between queerness, neoliberalism and Islam beyond the traditional/modern and East/West dichotomies, see SAVCI, E. *Queer in Translation: Sexual Politics Under Neoliberal Islam*. Durham (NC), London, Duke University Press, 2021.

¹⁹ MASSAD J. A., *Desiring Arabs*, Chicago, University of Chicago Press, 2007; LECKEY R., BROOKS K., *Introduction*, in *Queer Theory. Law, Culture, Empire*, ed. Robert Leckey and Kim Brooks, London, Routledge, 2010, pp. 7-8.

²⁰ REDDING J., *Queer-religious potentials in US same-sex marriage debates*, in *Queer Theory. Law, Culture, Empire*, ed. Robert Leckey and Kim Brooks, London, Routledge, 2010, p. 123.



reinforcing the most traditional patterns of the legal notion of family²¹. In other words, consistently with the Marxian notion of “capitalist caption”, gay marriage can be seen as the result of an assimilationist process which allows only the relationships that can be normalized within the accepted paradigm – which is thus re-confirmed – to be accepted by the law. The traditional paradigm of the sexualized married couple has not yet been overcome in favor of a more flexible notion of family able to welcome all unions. On the contrary, such a paradigm has been extended to the same-sex unions conforming to it. As a result, in the field of family law the modification of legal regimes in light of an ever-changing society has merely assumed the form of a slow broadening up of its traditional structure (marriage) to encompass some situations historically excluded from it.

We thus need to investigate whether another path is possible to achieve systemic change in the field of family law. With this respect, the reflections of Critical Legal Studies in the realm of private law, and property law in particular, may be helpful. For a long time, the academic debate and political struggle concerning the allocation of property rights were structured in ways that are similar to the ones we are witnessing in family law. In the last decades of the 20th century, the allocation of property interests in favor of those excluded from ownership was deemed as the solution to social exclusion and marginalization (i.e. poverty). After the 2008 economic crisis, theoretical reflections and political practices challenged this approach and attempted to reduce inequality not by increasing the number of owners, but rather by radically deconstructing the notion of property²². Legal theories and social practices have thus emerged to enact new sophisticated models of ownership paving the way for a new conceptualization of property, one based on inclusion (rather than exclusion) and distribution (rather than maximization) of wealth²³.

It is worth wondering if a similar approach could be applied to family law²⁴. In

²¹ BARKER N., *Not the Marrying Kind: a Feminist Critique of Same-Sex Marriage*, London, Palgrave, 2012; FRANKE K., *The Curious Relationship of Marriage and Freedom*, in *Marriage at a Crossroads: Law, Policy and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, ed. Marsha Garrison and Elizabeth Scott, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 87-106; ETTLEBRICK P., *Domestic Partnerships, Civil Unions or Marriage: One Size does not Fit All*, in *Albany Law Review* 64, 2001, pp. 905-914; WARNER M., *The Trouble with Normal: Sex, Politics and the Ethics of Queer Life*. New York, The Free Press, 1999.

²² OSTROM E., *Governing the Commons. The Evolution of Institution for Collective Actions*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990; DE SHUTTER O., BALAKRISHNAN R., *Property Rights from Below: Commodification of Land and the Counter-Movement*, London, Routledge, 2019; DARDOT P., LAVAL C., *Commun: Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

²³ An example of these models with reference to urban property is the Community Land Trust. See VERCELLONE, A. *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*. Milan, Giuffrè, 2020.

²⁴ MARELLA M.R., *Critical Family Law*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2, 2011, pp. 721-754.



other words, instead of working to broaden the scope of marriage to those excluded from it, without questioning its structural features, it may be worth looking for a notion of family flexible enough to welcome all different types of unions. To do that, our analysis will investigate whether in the matrix of existing law any “recessive” notion can be found, one coexisting with the mainstream notion of family based on marriage and bearing transformative potential.

4. Queering marriage through *de facto* relationships

Within European legal systems, a transformative notion of family can be found in the discipline of *de facto* unions, namely those *ménages* carried out by the parties out of wedlock. In these legal regimes, the protection of *de facto* families is not enshrined in any statute but developed in case law and legal practice.

The Italian legal system is a paradigmatic example of this trend²⁵. In Italy, *de facto* families have only recently been subjected to specific statutory regulation – a discipline that is mostly the crystallization of rules and principles elaborated by case law²⁶. Although the new statute entails specific provisions concerning the scope of application, legal scholars and practitioners agree that the national regulation of *de facto* families has to be found in case law prior to the enactment of the statute²⁷.

The scope of application that can be drawn from case law helps sketching a legal notion of family which is relevant for our purposes. One of the first rights recognized by Italian case law to a *de facto* family member was the one of being compensated for damages in case of partner’s death. Before this overruling, such a right was only guaranteed to spouses. Applying the general principles on torts, the Italian Supreme Court upheld that the right to be compensated for damages originates from two situations²⁸. The first one is a relationship entailing the economic support and cooperation between the parties, whose stability creates an expectation of its lasting in the future (economic loss). The second case is the one of a strong personal bond between the parties, so that the death of one of them

²⁵ For a deeper account of this interpretation of the Italian law on *de facto* unions, see VERCELLONE A., *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Rivista critica del diritto privato* 4, 2017, pp. 607-637.

²⁶ See Law 20th May 2016, n. 76, article 1, paragraphs 36 and following. The first part of the same law (paragraphs 1-35) regulates “civil unions”, namely a specific type of marriage accessible to same-sex couples.

²⁷ LENTI L., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, pp. 931–938; BALESTRA L., *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto* 10, 2019, pp. 919-930; PERFETTI U., *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 12, 2016, pp. 1749.1765.

²⁸ Italian Court of Cassation, judgments: n. 2988/1994; n. 8828/2003; n. 12278/2011.



would cause in the other(s) severe emotional and psychological pain (non-economic loss). These elements are not an exclusive feature of spouses, but of any “stable relationship based on mutual moral and economic support”, which is the relevant definition envisaged by the Court. This is not only compatible with forms of *de facto* families shaped as couples living together and bearing sexual intercourse, but with any kind of union. Even a polyamorous union, a polygamist family or a mutual aid family can fulfill this definition.

A similar reasoning was carried out by the Court to allow protection to a member of a *de facto* family living with their partner and not bearing any formal title on the common household²⁹. To protect the right to housing of the “untitled” partner, the Court stated that the latter cannot be considered as a host, and so cannot be suddenly evicted by the titleholder and without adequate notice. What differentiates the member of a *de facto* family from a host is the type of relationship existing between them and the title holder of the household, namely a stable relationship of mutual economic and moral support in which the shared household is a paramount element. In such a relationship, the untitled partner cannot be considered as a host and needs to be granted the legal protection of the possessor. Again, in this case, the notion of *de facto* family is a “stable relationship based on mutual moral and economic support”, without any reference to the number, gender and sexual behaviors of its components.

Another rule set forth by the statute on *de facto* relationships is the partner's right to abstain from testifying against the other partner in a criminal proceeding. This rule too mirrors a principle already enacted by case law prior to the enactment of Law n. 76 of 2016. According to the court, the law cannot put someone in front of the odious moral choice between committing a crime – the one of perjury – and contributing to the incarceration of a loved person. The rule does not only respond to the need for protecting individual dignity. Indeed, even the existence of a close bond of shared life may jeopardize the reliability of the witness, especially in cases in which the choice to bear testimony is not the result of the party's free will. Again, the court's legal reasoning revolves around the existence of a stable relation, independently of its structure, the number and gender of people involved, the existence of a formal lien of marriage.

Similarly, case law has often affirmed the principle according to which *de facto* partners have to be qualified as “family members” with respect to the rules and rights governing the penitentiary system (e.g. right to meet, phone, etc.). The rationale of this is that the rules allowing inmates to maintain a relationship with

²⁹ See Italian Court of Cassation, judgment n. 7214 of 2013.



family members serve the purpose of not isolating the person during incarceration. In fact, it is proved that those who keep a relationship with family during the time they spend in jail are more likely to be re-integrated in society and less likely to commit another crime. However, as noted by the Court, this rationale imposes to welcome a more flexible notion of family, encompassing those situations qualified by a close relationship of shared life with the detained person, including *de facto* partners.

This is the notion of family we find in the Italian case law on *de facto* relationships and that has shaped the construction of their legal prerogatives, from the possibility of entering a cohabitation agreement, of bearing rights on the common familiar enterprise or of applying as a family to social housing facilities. Elements recalling such an approach can be found in other European legal systems³⁰. This does not mean that the following legal frameworks undisputedly embrace a broad notion of *de facto* families, but rather that in some of their legal formants such a notion is starting to emerge.

For example, according to the case law of the German Federal Constitutional Court, a *de facto* union shall be defined as a “community of life” (*Lebensgemeinschaft*) established with a permanent purpose (*auf Dauer*) characterized by inner ties of commitment with a reciprocal responsibility between the partners which is more than a pure accommodation and economic community. This approach was then adopted even by the Federal Supreme Court in civil, administrative and social security matters. German case law also clarified that the essential element for a *de facto* family to exist is the presence of a mutual commitment to a shared life. Other elements, such as sexual intercourses between the parties or the existence of a common household, are to be considered as mere indicators of a common life.

A similar approach – although much grounded on the notion of the couple – was adopted by case law in Luxemburg. In this framework, the core of a *de facto* union shall be identified in the existence of a common and stable shared life. A similar ruling can be found in a famous case of the Spanish Supreme Court³¹.

Besides, it is worth noting that in some legal systems the idea of family as an inclusive structure based on mutual support and commitment stems from the application of general principles and rules of private law to *de facto* unions. In Austria and Switzerland, for example, under certain conditions and with respect

³⁰ BOELE-WOELKI K., MOL C., VAN GELDER E., *European Family Law in Action. Vol. V. Informal Relationships*. Cambridge, Intersentia, 2015; MILES J., *Unmarried Cohabitation in a European Perspective*, in *European Family Law Volume III*, ed. Jens M. Scherpe, Northampton (MA), Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 82-115.

³¹ Spanish Supreme Court, judgement of 18 May 1992.

to specific disciplines, *de facto* unions are considered as “civil law associations” established through an implied contract. This is very relevant for our purposes, as combining the association as legal institution with *de facto* unions highlights the idea of family as a community of people cooperating for a common aim. From a theoretical viewpoint, this challenges the notion of the couple as a structural cornerstone of family: as private law scholars know, the contract of association is the archetype of “multilateral contracts”, that is, it belongs to a category of agreements morphologically structured on a plurality of parties. The same analysis applies to the so-called “cohabitation contracts”, namely contracts that the parties to a *de facto* relationship can conclude to regulate the patrimonial aspects of their common shared life. In light of this, it is not surprising that in countries where the regulation of informal relationships still relies on general rules of private law, the doctrine started emphasizing the idea that *de facto* unions shall not be limited to couples, but may also concern households beyond the couple. This is, for instance, the case of Belgium³².

Finally, a similar legal notion of family developed at the EU level and especially in the interpretation of Article 8 of the European Charter of Human Rights drafted by the European Court of Human Rights. In the 2020 edition of the Guide on Article 8 of the Convention issued by the Court, at paragraph III A, we read:

The notion of family life is an autonomous concept (Marckx v. Belgium, § 31). Consequently, whether or not “family life” exists is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties (Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], § 140). The Court will therefore look at *de facto* family ties, such as applicants living together, in the absence of any legal recognition of family life (Johnston and Others v. Ireland, § 56). Other factors will include the length of the relationship and, in the case of couples, whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together (X, Y and Z v. the United Kingdom, § 36).

It is worth recalling that this interpretation is part of the body of EU law. According to Article 52, Paragraph 3 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the rights enshrined in the charter “which correspond to rights guaranteed by the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms” shall be given “the meaning and scope as those laid down by the said Convention”. The provision of Article 8 of the ECHR substantially

³² SWENNEN F., *Het personen- en familierecht. Identiteit en verwantschap vanuit juridisch perspectief*. Antwerp, Intersentia, 2015.



overlaps with the one of Article 7 of the Charter, both providing for the respect of private and family life.

5. Conclusion

In this article, we showed that obtaining legal protection for individuals and groups who do not fit into the mainstream Western definition of the family is an achievable goal that does not lie outside of the law and is available within existing legal systems. Our critique demonstrates the possibility of “queering” legal analysis, that is, how close attention to the disciplinary aspects of family law – such as the control of sexual identities in heteronormative terms and the normalization of sexed and gendered subjectivities – can reveal how legal institutions function in regulating sexuality. In such a governmental perspective, the dominant legal conception of marriage appears as ultimately aimed at producing and reproducing citizenship along specific lines – gendered, heteronormative, and racialized³³ – and at crystallizing the latter in the form of the nuclear family.

Our critique is also accompanied by an imaginative proposal. As Critical Legal Studies showed, there is no legal system that is intrinsically consistent, devoid of “cracks”³⁴ – an intuition that is quintessentially queer, as it reveals the potential openness of the legal system and the fluidity of its definitions. Our political and legal work of reinvention starts from these cracks, opened up by the negotiations and conflicts of everyday life. Following the lesson of legal realism, we found it useful to focus our attention on how family law is used – on what judges “actually do”³⁵ – to find out that every legal rule has exceptions, blurred contours, zones of indeterminacy³⁶. Family law – and law more generally – is not simply a technique for freezing existing power relations and dynamics of subordination into legal rules and institutions, although it can easily be deployed to reinforce the status quo. Rather, it provides a battleground in which conflicts for a more just distribution of resources between groups can be articulated.

A queer analysis of family law provides a decisive step in this direction, as it focuses on the distributive impact produced by different legal arrangements on those who are marginalized on the basis of their sexual conduct, such as LGBTQ+ and minority religious groups. This approach is based on the thesis that inequality and

³³ BRANDZEL A. L., *Queering Citizenship? Same-Sex Marriage and the State*, in *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies* 11, 2005, pp. 171-204.

³⁴ KENNEDY D., *op. cit.*, 1993.

³⁵ SHINER R. A., 1999. *Legal realism*, in *The Cambridge Dictionary of Philosophy (2nd edition)*, ed. Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 490-491.

³⁶ LLEWELLYN K. *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, in *Harvard Law Review*, 44, 1931, pp. 1222-1264.



subordination are neither “mere facts” nor “negative externalities” to be accepted in the context of late capitalism, but are the result of specific legal arrangements that could be designed differently to disrupt the patterns of inequality they foster. Even what appears to be a “minor adjustment” to existing legal frameworks could significantly improve the lives of vulnerable populations³⁷.

In sum, a queer critical approach expands the scope of legal analysis in a twofold sense, both a critical and a transformative one. On the one hand, it allows to grasp the legal arrangements that enact the normalization and the discipline of sexual identities peculiar to the neoliberal phase of capitalism³⁸. On the other hand, it shows the existing legal tools that subjects who do not fit into the Western modern concept of the family can already use to resist cooptation and exclusion and achieving substantial equality. This resistance can only be strengthened by building politically fruitful coalitions among excluded populations, such as LGBTQ+ and minority religious groups.

A transformative legal notion of marriage would be a useful political weapon for all movements engaged in practices of resistance to hegemonic conceptions of family. Indeed, it would provide a unifying element for the struggle of sexual subalterns and a crucial tactic for turning their peripheral position vis-à-vis the hegemonic sexual, cultural, and family assumptions into a source of strength³⁹. Living on the margins of the realm of permissible sexual practices provides sexual subalterns with a unique view of reality – one that understands both the center and the margins of power – and with a space of radical possibility for building communities of resistance⁴⁰.

In recent decades, social movements have partly abandoned their distrust of the law and their view of the latter as a mere instrument of capitalist domination and reproduction of existing power relations. In contrast to this skepticism, which equated the law with its repressive function, activists have increasingly turned to legal tools as a means to achieve social justice and wealth redistribution in contexts of growing socio-economic inequality⁴¹. For instance, the global movement for the

³⁷ ADLER L., *op. cit.*, 2008, p. 179.

³⁸ DUGGAN L., *The new homonormativity: the sexual politics of neoliberalism*, in *Materializing Democracy: Toward a Revitalized Cultural Politics*, ed. Russ Castronovo and Dana D. Nelson, Durham (NC), London, Duke University Press, 2002, pp. 175-194; RICHARDSON D., *Desiring Sameness? The Rise of a Neoliberal Politics of Normalization*, in *Antipode*, 37, 2005, pp. 515-535.

³⁹ KAPUR, *op. cit.*

⁴⁰ HOOKS B., *Choosing the margin as a space of radical openness*, in *Framework: The Journal of Cinema and Media* 36, 1989, pp. 15-23.

⁴¹ RAJAGOPAL, B. 2005. *Limits of law in counter-hegemonic globalization: the Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle*, in *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, ed. Boaventura de Sousa Santos and César Rodríguez-Garavito, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 183-217;



commons has carried out a contestation “on the field” of the individualistic, absolute vision of property dominant in the Western legal tradition, introducing “new ways of possessing” beyond the public/private dichotomy. Just as property has been reimagined as a political and a legal category to obtain social change, so too a rethinking of the family can be achieved through a counter-hegemonic use of the tension between marriage and non-conjugal relationships – a dichotomy mirroring the dualism between property and possession that is crucial to the theory of the commons⁴². If it is true that family law (and law as a whole) has an apologetic aspect – justifying the patterns of oppression that take place in the family by making them legal – and a utopian aspect – striving to reshape the forms of human association to respond to our needs and hopes⁴³ – our effort is definitely in the second direction and is sustained by a belief in the importance of legal struggle for advancing projects of reform.

Finally, it should be stressed that the effort to extend the legal category of the family to situations arising from concrete needs goes beyond the scope of a mere critique of the heteronormative character of the concept of the family that prevails in Western liberal constitutionalism, firmly sealed by the institution of marriage. Indeed, the legal reinvention of the family allows us to combine a queer critique of hegemonic regimes of sexuality with a struggle against socio-economic inequalities made possible by the attention to legal rules, institutions, and regimes as they operate in society and inform LGBTQ+ lives⁴⁴. When embraced as an emancipatory tactic, alternative legal notions of the family can shake the dominant norms of sexuality reproducing socio-economic inequality that Christopher Chitty has defined as “sexual hegemony”:

A relationship of sexual hegemony exists wherever sexual norms benefiting a dominant social group shape the sexual conduct and self-understandings of other groups, whether or not they also stand to benefit from such norms and whether or not they can achieve them. Sexual norms operate at the level of aspirational fantasy and as a form of social status. [...] Groups have achieved sexual hegemony with force and consent, repression and persuasion. At certain crucial points in its

CUMMINGS S., EAGLY I., *A Critical Reflection on Law and Organizing*, in *UCLA Law Review*, 48, 2001, pp. 443-517.

⁴² MATTEI U., ALBANESE R. A., FISHER R. J., *Commons as Possession. The Path to Protection of the Commons in the ECHR System*, in *European Law Journal*, 25, 2019, pp. 230-250.

⁴³ OLSEN F., *The Politics of Family Law*, in *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2, 1984, pp. 12-19.

⁴⁴ MARELLA M.R., «*Queer eye for the straight guy*». *Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del diritto*, 3, 2017, pp. 383-414.



history, sexuality has provided a weapon for the strong and the weak in struggles for legitimacy and power⁴⁵.

Whether sexual hegemony is achieved primarily by force or consent, by repression or persuasion, the law plays a crucial role in crystallizing it into institutions that replicate subordination and exclusion, such as the hegemonic form of marriage. Within the cracks of the law that we have analyzed lies the potential for rethinking the family, not through one-size-fits-all solutions imposed from above, but on the material basis of real needs.

⁴⁵ CHITTY C., *op. cit.*, p. 25.



EMANUELE ARIANO

«AL DI SOPRA DELLA MISCHIA»: DIRITTO E DEGENERAZIONI DEL POLITICO

Abstract: Utilizzando quale cornice teorica il conflitto russo-ucraino, l'articolo si propone di analizzare la progressiva marginalizzazione del discorso giuridico rispetto ad altri discorsi influenti (politica, economia, tecnologia). Dopo aver ricostruito la genealogia del conflitto ed evidenziato la sua rilevanza geopolitica, si osserva come gli stati di emergenza e le crisi internazionali siano vieppiù gestiti ratione imperii dalla nuda politica che persegue la debellatio del nemico e non, invece, imperio rationis attraverso gli strumenti offerti dal diritto. A dispetto della rassicurante narrazione della rule of law, la storia recente dimostra che è proprio quando la tenuta dello stato di diritto viene messa alla prova che esso è trattato come peso e non come contrappeso; il che rende manifesta l'attuale fragilità del discorso giuridico nel circuito di produzione delle idee e delle soluzioni a problemi istituzionali. In direzione contraria rispetto a questa tendenza involutiva, l'articolo rivendica la necessità di un «ritorno al diritto», inteso come prassi politica di trasformazione sociale e pratica intellettuale di resistenza e critica rispetto al potere, utile a generare una dose di contro-egemonia necessaria per la sopravvivenza della dialettica democratica.

Keywords: guerra russo-ucraina, discorso giuridico, stato di eccezione, rule of law, art. 11 Cost., contro-egemonia, Law and Humanities, ritorno al diritto.

TABLE OF CONTENTS: 1. La Guerra oltre la guerra: fine della storia o fine della pace? – 1.1. «*L'empire de la force*»: il diritto tra narrazioni e contro-narrazioni – 2. Strumentalizzazione del diritto e polarizzazione del dibattito pubblico – A. Alle radici del conflitto – B. Dalla narrazione all'informazione: il caso *RT-France c. Consiglio* – 2.1. Il ruolo della pace nel conflitto russo-ucraino: una storia di «amici e nemici» – 2.1.1 Diritto e valore: l'esclusione del «nemico» e i rischi di un'indignazione selettiva – 3. La Costituzione tra *jus ad bellum* e *jus ad pacem* – 3.1. «Al di sopra della mischia»: il giurista come *outsider* – 3.2. Guerra e ordine costituzionale: addio alle armi? – 3.3. L'art. 11 Cost. nel letto di Procuste: evoluzione o revisionismo interpretativo? 4. Concludendo: per un ritorno al diritto – 4.1. La fragilità del *legal discourse* – 4.2. Diritto e guerra tra resistenza e contro-egemonia.



1. *La Guerra oltre la guerra: fine della storia o fine della pace?*

L'ordine mondiale seguito alla caduta del muro di Berlino sembrava preludere ad un mondo irenicamente unipolare a guida occidentale. Il 1989 ha, infatti, marcato una data storica a partire dalla quale gli Stati Uniti hanno assunto il ruolo simbolico di «sceriffo internazionale», incaricato di mantenere un mondo senza guerre e realizzare l'*idéal* kantiano della pace perpetua¹. Senonché tale costruzione geopolitica ha dimostrato in più occasioni di esser un gigante dai piedi di argilla e il conflitto scatenato dall'illegittima invasione russa del territorio ucraino non è che un ulteriore esempio del disordine mondiale² successivo alla fine della guerra fredda³.

Il conflitto russo-ucraino si è rapidamente tramutato in uno scontro di civiltà su cui aleggia la tetra ombra di una nuova *cold war* tra l'Occidente atlantista da una parte e il blocco orientale – oggi rappresentato dalla comunanza di interessi che caratterizza l'asse sino-russo cui si è aggiunta di recente la Corea del Nord – dall'altra; in mezzo ritroviamo i c.d. paesi non allineati come il continente africano e, in generale, il sud globale⁴. Questi paesi, consci delle insidie insite nel prender attivamente posizione a favore dell'uno o dell'altro blocco in un mondo multipolare, hanno optato per posizioni astensioniste o, comunque, si sono sottratti a ciò che a tutti gli effetti si presenta come una *great-power competition*.

Da questo sommario affresco possiamo, anzitutto, trarre una considerazione preliminare. La tanto propagandata «fine della storia»⁵ e, pertanto, la naturalizzazione dell'architettura liberale dell'Occidente capitalista e dei suoi apparati come modello imperfettibile di civiltà, si è mostrata per quella che è: una approssimativa escatologia della storia edificata su una retorica dei vincitori che, superati i toni autocongratulatori, mostra in realtà come l'Occidente abbia prospetticamente tradito la cultura democratica dei diritti e la tradizione del

¹ D. Losurdo, *Un mondo senza guerre. L'idea di pace dalle promesse del passato alle tragedie del presente*, Roma, Carocci, 2016.

² T. Todorov, *Il nuovo disordine mondiale. Riflessioni di un cittadino europeo*, trad. it., Milano, Garzanti, 2003.

³ In ottica genealogica, R. Menon – E.B. Rumer, *Conflict in Ukraine: The Unwinding of the Post-Cold War Order*, Cambridge (MA) – London, MIT Press, 2015.

⁴ Per un recente utilizzo di tali categorie, v. *The Nonaligned World: The West, the Rest and the New Global Disorder*, in 102(3) *Foreign Affairs*, May/June 2023.

⁵ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992.



costituzionalismo sociale⁶ per divenire megafono del progetto neoliberale⁷. E proprio in considerazione dei conflitti, della deplorable stagione di regresso politico-giuridico⁸, del passaggio dalla «civiltà possibile»⁹ dello Stato di *welfare* all'inciviltà attuale del *warfare State* e delle disuguaglianze sistemiche che esso ha portato con sé¹⁰, può dirsi che il nuovo ordine neoliberale si è rivelato una storia di promesse mancate e illusioni cadute¹¹. Ciò che si è realizzato in ultimo, infatti, non è un'eroica «fine della storia», bensì una ingloriosa «fine della pace» anche nel mondo occidentale¹².

Al di là di fuorvianti determinismi storici o fatalismi sociali¹³, l'unica realtà osservabile è che una guerra senza confini definiti è tornata, dopo quasi ottant'anni, a lambire il territorio europeo travolgendo i dispositivi giuridici che la stagione del costituzionalismo democratico ha costruito a partire dal Secondo dopoguerra in

⁶ T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, Laterza, 2021.

⁷ La letteratura sul punto è sterminata. Si vedano, a titolo di esempio, D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, OUP, 2005; P.G. Monateri, *Verso un capitalismo non liberale? Come guerra e tecnologia rischiano di prevalere sui valori liberali*, in *Biblioteca della libertà*, 2009, 1. ss.; A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, Laterza, 2021; A. Cavaliere – G. Preterossi (a cura di), *Capitalismo senza democrazia? Libertà, uguaglianza e diritti nell'età neoliberale*, Torino, Giappichelli, 2021; C.E. Mattei, *L'economia è politica. Tutto quello che non vediamo dell'economia e che nessuno racconta*, Milano, Fuoriscena, 2023.

⁸ Sia qui sufficiente richiamare la legislazione securitaria del post 9/11, il trattamento degli *enemy combatants*, o le Commissioni militari di Guantànamo, che hanno segnato un punto di non ritorno nella legalità occidentale e l'inizio di una stagione di involuzione politico-giuridica delle democrazie liberali che è giunta, *mutatis mutandis*, emergenza dopo emergenza, sino ad oggi. Cfr. B. Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2013; e M.J. Sandel, *Democracy's Discontent: A New Edition for Our Perilous Times*, Cambridge (Mass.) - London, Belknap Press, 2022.

⁹ Così F. Caffè, *In difesa del «Welfare State». Saggi di politica economica*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1986.

¹⁰ B. Milanovic, *Ingiustizia globale. Migrazioni, disuguaglianze e il futuro della classe media*, trad. it., Roma, Luiss, 2019; M. D'Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, Feltrinelli, 2020. Su come tali disuguaglianze si presentino in piena luce proprio nella patria del neoliberismo e siano state costruite anche attraverso il diritto, E. Grande, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2017.

¹¹ Cfr. F. Bartel, *The Triumph of Broken Promises: The End of the Cold War and the Rise of Neoliberalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2022; M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino, 2017.

¹² L. Caracciolo, *La pace è finita. Così ricomincia la storia in Europa*, Milano, Feltrinelli, 2022.

¹³ Per una intelligente critica di questa pseudo- «scienza della storia» presente sia nella teoria marxista che in quella (neo)liberale, R.M. Unger, *Politics*, trad. it., Roma, Fazi, 2015.



risposta ai totalitarismi che avevano funestato la prima parte del XX secolo¹⁴. Difatti, ciò che in apertura poteva sembrare un conflitto bellico regionale tra paesi sovrani ha assunto le sembianze e le proporzioni di una Guerra da scriversi con l'iniziale maiuscola. Trattasi di una guerra di posizione¹⁵ a carattere globale, nella quale l'Ucraina è stata situata al centro come se fosse un conduttore elettrico attraverso il quale far scorrere le tensioni tra Est e Ovest¹⁶.

1.1. «L'empire de la force»: *il diritto tra narrazioni e contro-narrazioni*

La guerra ha, poi, posto anche gli Stati europei e l'Unione dinanzi un *aut aut* morale prima ancora che giuridico o politico. Un crocevia divenuto immediatamente strada a senso unico, giacché la valutazione critica del conflitto e della legittimità di un intervento di potenze terze in esso si è tramutata frettolosamente in scelta di campo tra tifoserie contrapposte la cui chiave ermeneutica sembra esser necessariamente oppositiva: Occidente v. Oriente, blocco atlantista v. blocco sino-russo, paesi allineati v. paesi non allineati, imperialismo occidentale v. imperialismo orientale. Insomma, una sorta di «fight theory» quale quella che veniva tradizionalmente utilizzata per descrivere il processo nordamericano¹⁷. Esattamente come accadeva per il *trial*, il conflitto russo-ucraino viene dipinto come uno scontro tra litiganti che ha come orizzonte la vittoria di una parte invece di tendere, come dovrebbe, a raggiungere un fine di giustizia che è (anche) necessariamente super-individuale. Sarebbe, invece, preferibile una lettura che andasse oltre il mero conflitto e che, pur riconoscendone l'importanza, non si arrestasse ai retaggi culturali più immediati e all'ethos attraverso i quali i contendenti lo interpretano¹⁸. Tali codici interpretativi recano i segni della storia di conflitti tra le due fazioni ingenerando quasi naturalmente ciò che potremmo definire un'ermeneutica dello scontro: una chiave di lettura che non fa altro che riproporre le strutture e le contrapposizioni ideologiche esistenti con uno sguardo miope rivolto al passato e ai problemi, invece che al presente ed alle soluzioni. Al contrario, in analogia al lavoro del comparatista

¹⁴ In dottrina si è parlato opportunamente di un «postwar paradigm» della legalità. L.E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudry (ed.), *The Migrations of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, Cambridge, CUP, 2006, 89-98.

¹⁵ A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Torino, Einaudi, 1975, 859-60.

¹⁶ S. Plokhly, *Le Porte d'Europa. Storia dell'Ucraina*, trad. it., Milano, Mondadori, 2022.

¹⁷ Il riferimento è, ovviamente, a J. Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949, 80-102.

¹⁸ Per una tal impostazione, v. il pregevole lavoro di G. Cristini, *Geopolitica. Capire il mondo in guerra*, Milano, Piemme, 2023.



che, nello studiare un sistema, scava oltre le declamazioni dei giuristi municipali in cerca dei meccanismi di scelta giuridico-istituzionali profondi ed operativi¹⁹, qui a far premio dovrebbe essere una lettura che combini un'indagine archeologica²⁰ con una narrativa²¹. Un'analisi, cioè, che da un lato parta dalle tracce più visibili della guerra in corso ma che le consideri come evidenze di strati più profondi del conflitto da investigare; e, dall'altro, metta in discussione, secondo le intuizioni della migliore tradizione di *Law and Humanities*²², le strategie discorsive che si celano dietro alla pretesa neutralità degli assetti geopolitici e del c.d. diritto dell'emergenza²³.

Tale approccio presenta indubbi vantaggi. Anzitutto, consente di immaginare un *nomos* capace di resistere a ciò che Simone Weil definiva «l'impero della forza»²⁴. Una forma di resistenza rivolta contro quella retorica che, in presenza di guerre (fisiche e ideologiche), disumanizza il nemico e colonizza il linguaggio e la visione del mondo che esso esprime. La *war talk* tende a giustificare l'operato emergenziale marginalizzando ogni narrazione alternativa per creare consenso attorno ad un nuovo senso comune, il quale non è solo un vago senso della realtà (giusto/sbagliato; necessario/possibile) ma è il senso che «fonda la comunità» e la ricollega ad un patrimonio di significati condiviso²⁵. Quando questa retorica si afferma come discorso ufficiale, essa tende a sovvertire valori e credenze tradizionali, rende il confine tra guerra e pace sfocato o inesistente sino a realizzare lo slogan del Ministero della Verità orwelliano per cui «la guerra è pace». In questo processo, spesso tra i meccanismi di organizzazione sociale a cader vittima

¹⁹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (pts. 1 & 2), in 39 *Am. J. Comp. L.* 1, 1991, 343 ss.; P.G. Monateri, *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in Id. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2012, 7 ss.

²⁰ L'approccio archeologico è ormai parte integrante del sapere giuridico in generale e giuscomparatistico in particolare. Per tutti, U. Mattei – T. Ruskola – A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, 7th ed., New York, Foundation Press, 2009, 255 ss.

²¹ In particolare, per il nostro tema, J.B. White, *Living Speech. Resisting the Empire of Force*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006.

²² Si ritiene più corretto parlare di *Law and Humanities* e non di *Law and Literature*. Questo perché, aderendo a quanto sostenuto da uno dei suoi padri intellettuali – James Boyd White – il concetto di letteratura è troppo riduttivo rispetto al sapere umanistico e alle sue interrelazioni con quello giuridico (Id., *What Can A Lawyer Learn From Literature?*, in 102 *Harv. L. Rev.* 2014, nt. 3 (1989)). Per una voce di sintesi, C. Costantini, voce *Diritto e letteratura*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., Torino, 2012, 344–353.

²³ Cfr. J.B. White, *Living Speech*, cit., 1-12 *et passim*.

²⁴ S. Weil, *L'Iliade ou le poème de la force* (1941), Paris, Payot & Rivages, 2014.

²⁵ Per questa concezione del senso comune, H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, Bompiani, 1983, 42–54.



dell'*empire de la force* v'è proprio il discorso giuridico. Il diritto, infatti, può porsi in due modi diametralmente opposti: può esser allineato alla narrazione dominante venendone assorbito e diventando *instrumentum regni* dell'impero per organizzare e dar vestimento giuridico alla sua nuda forza; oppure può resistervi e recuperare la sua funzione intellettuale e sociale, ponendosi come potente contro-narrazione²⁶. Ora, oltre alla riaffermazione del ruolo sapienziale proprio della *scientia juris*, la resistenza e la demistificazione delle narrazioni dominanti offre un'opportunità: quella di comprendere l'attuale contesto bellico in una luce più articolata, che trascenda il mero *casus belli*. Questo apre la strada ad un'ermeneutica critica, più attenta alla ricerca di soluzioni comuni che non si limitino a riprodurre le gerarchie di potere esistenti, ma che anzi siano dirette a decostruirle, generando così nuova conoscenza e coscienza (giuridica e non)²⁷.

Senza dubbio, una siffatta prospettiva applicata alla guerra attuale richiede «vigilanza archeologica»²⁸, ossia la volontà di scavare oltre la superficie della manovra militare russa sul territorio ucraino (*strato 1*: Russa v. Ucraina) per decifrare le narrazioni che si contrappongono a livello sopranazionale e costituiscono il vero cuore politico del conflitto stesso (*strato 2*: Russia v. NATO).

All'interno di questo secondo strato, troviamo due narrazioni contrapposte. Da un lato la narrazione putiniana che lamenta un'indebita compressione dello spazio geopolitico e geoculturale russo – ciò che i putiniani definiscono *Russkij Mir*, ossia «mondo/pace russo/a» – cagionata dall'espansione della NATO a guida statunitense. Si aggiunge a ciò la malcelata volontà russa, percepita internamente come una sorta di vocazione messianica, di (ri)costruire una sfera di influenza in opposizione alla egemonia americana²⁹. Un atteggiamento che invero non stupisce, e anzi è una costante storica nell'immaginario politico russo moderno e

²⁶ Cfr. *infra*, *amplius* § 4.

²⁷ Il che, poi, rappresenta anche la necessaria eterodossia insita nella comparazione critica, su cui, almeno, G. Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in 26 *Harv. Int'l. L.J.* 411 (1985) P.G. Monateri, *Everybody's talking: The Future of Comparative Law*, in 21 *Hastings Int. Comp. L. Rev.* 825 (1998); G.P. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in 46 *Am. J. Comp. L.* 683 (1998); H. Muir Watt, *La Fonction Subversive du Droit Comparé*, 52 *Revue Internationale de Droit Comparé* 503 (2000); U. Mattei – A. di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, in 75 *Tul. L. Rev.* 1053 (2001); G. Marini, *Comparazione e critica: the legacies of heterodoxy*, in B. De Donno *et al.* (a cura di), *Persona ed attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, Napoli, ESI, 2016, p. 127 ss.; G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2016.

²⁸ G. Agamben, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

²⁹ M.E. Sarotte, *Not One Inch: America, Russia, and the Making of Post-Cold War Stalemate*, Yale University Press, 2022.



contemporaneo³⁰, come lo è la vocazione a costruire uno spazio geopolitico eurasiatico o l'intesa con la Cina³¹. Almeno a partire dal Trattato di Nerčinsk del 1689³², infatti, tra i due paesi si è stretta un'alleanza politico-commerciale diretta anche garantire una pace perpetua tra gli stessi; circostanza che sembra ripresentarsi oggi con l'espansione della *Belt and Road Initiative* cinese in terra russa e con il recente *Joint Statement* del 4 febbraio 2022: un protocollo di intesa in materia di relazioni internazionali e sviluppo commerciale tra le due superpotenze al cui interno figurano, però, numerose clausole a contenuto politico. Tra queste, il riconoscimento russo dell'idea di «una sola Cina» (*yī gè Zhōng guó*) e la conseguente opposizione all'indipendenza di Taiwan o la critica agli ideali di democrazia e diritti umani se usati per ingerire indebitamente negli affari interni degli Stati sovrani³³. Dall'altro lato, v'è la retorica securitaria promossa dagli Stati Uniti a fini strategici³⁴. Difatti gli USA, dietro e oltre l'asserita necessità di un'espansione della NATO finalizzata alla protezione della pace internazionale e alla autodeterminazione delle nazioni sovrane, si trovano a dover fronteggiare una crisi bifronte: identitaria sul piano interno (esempi ne siano lo scontro tra partito democratico e repubblicano e anche il riemergere di frange *neoon* in seno al secondo) ed egemonica su quello esterno³⁵. E così, indeboliti da altri *competitors* globali come la Cina, perseguono anche in questa occasione una strategia politico-bellica di *governance* diretta gramscianamente a recuperare l'equilibrio tra forza (militare, anche indiretta) e consenso della maggioranza (egemonia politico-culturale *sub specie* di rafforzamento della politica atlantista) e lo fanno anche attraverso il diritto che diviene il perfetto apparato ideologico attraverso il quale legittimare la volontà imperialista ammantandola di legalità³⁶; il tutto per rimediare al fatto che in un mondo multipolare anche per Stati Uniti vige la regola per la quale «l'apparato egemonico si screpola e l'esercizio dell'egemonia diventa sempre più difficile»³⁷. A

³⁰ M. Laruelle, *Russian Nationalism. Imaginaries, Doctrines, and Political Battlefields*, Oxon-New York, Routledge, 2019.

³¹ M. Pieper, *The Making of Eurasia. Competition and Cooperation Between China's Belt and Road Initiative and Russia*, London-New York, Tauris, 2021.

³² G. Maniscalco Basile (a cura di), *Aeternum Foedus tra Russia e Cina. Il Trattato Di Nerčinsk (1689): Testi lessici e commentari*, Roma, L'Erma, 2017.

³³ Il documento si può leggere all'indirizzo: <http://en.kremlin.ru/supplement/5770>.

³⁴ Su tutti, N. Chomsky, *Perché l'Ucraina*, trad. it., Milano, Ponte alle grazie, 2022.

³⁵ L. Caracciolo, *America vs America Perché gli Stati Uniti sono in guerra contro se stessi*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

³⁶ Sul concetto di diritto come apparato ideologico, L. Althusser, *Lo Stato e i suoi apparati*, trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1997.

³⁷ A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Torino, Einaudi, vol. I, 1977, Q1, 45, 59.



tal riguardo significative sono le parole del Segretario americano alla difesa Lloyd J. Austin e del Generale Mark Milley i quali, dopo aver ammonito il governo di Pechino a non inviare armi alla Russia, hanno giustificato la richiesta di ben 842 miliardi di dollari di budget per la difesa ricorrendo a due linee argomentative: i) il fatto che l'Amministrazione Biden abbia «mobilitato il mondo» per difendere l'Ucraina, nonostante ultimamente ci sia stato un prevedibile *revirement* politico del Congresso sul finanziamento alla difesa di Kiev; e ii) la considerazione che si tratti di un «bilancio strategico, e guidato dalla serietà della nostra competizione strategica con la Repubblica Popolare Cinese»³⁸.

Ed ecco che anche solo dalla veloce fotografia aerea ora offerta per immortalare le modifiche alla cartina geopolitica prodotte dal conflitto in atto, si avverte un clima da *cold war*. L'impiego di categorie oppostive, la progressiva militarizzazione del vocabolario e del pensiero ne sono prove difficilmente confutabili.

In questo scenario, sembra legittimo domandarsi quale ruolo sia riservato al diritto nella definizione pacifica del conflitto. Tale interrogativo appare ancor più centrale alla luce di uno dei tratti che, per lo meno nella autorappresentazione legittimante dei giuristi occidentali, caratterizza la *Western legal tradition* e che, comunque, è stato veicolo della sua diffusione nel mondo: la separazione tra diritto e politica³⁹. Il preteso divorzio tra circuito giuridico e circuito politico, reso iconico dalla storica contesa tra Sir Edward Coke e Giacomo I, in cui il *Chief Justice* ricordò al sovrano che neppure il Re è superiore alla legge⁴⁰, mira idealmente a garantire il prevalere della *rule of law* sulla *rule of men* e, di conseguenza, il primato del diritto sull'arbitrio e sulle contingenze dell'arena politica. In accordo a tale principio il potere politico dovrebbe operare entro i confini disegnati dalle ragioni del diritto di modo che le decisioni prese, anche in tempo di emergenza (bellica e non), avvengano *imperio rationis* e mai *ratione imperii*. Poiché è proprio quando il politico eccede questa razionalità che il diritto dovrebbe porsi come contro-narrazione. Tuttavia, è la

³⁸ Il testo dell'audizione resa davanti alla Commissione stanziamenti della Camera dei Deputati può leggersi online all'indirizzo: <https://www.defense.gov/News/Speeches/Speech/Article/3338649/opening-testimony-by-secretary-of-defense-lloyd-j-austin-iii-before-the-house-a/>. Peraltro, la competizione strategica con la Cina è confermata in campo tecnologico dall'*America Competes Act 2022*.

³⁹ Cfr. U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *45 Am. J. Comp. L.* 5 (1997).

⁴⁰ *Case of Prohibition del Roy* (1608) 12 *Co. Rep.* 63, su cui si rinvia a U. Mattei- E. Ariano, *Il modello di common law*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2018, 21-24. Su come questa rappresentazione sia una presentazione della legge originata nell'universo immaginifico di *common law*, cfr. P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto: genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, Laterza, 2013.



stessa storia occidentale a insegnare che, a dispetto della narrazione della *rule of law*, è nei momenti critici, quando la tenuta dello Stato di diritto viene messa alla prova, che esso viene posto maggiormente in discussione, trattato come peso e non come contrappeso, o peggio, assorbito dalle logiche di potere come strategia di dominio per perseguire gli obiettivi della propria agenda politica⁴¹.

2. *Strumentalizzazione del diritto e polarizzazione del dibattito pubblico*

Dinanzi ad uno scenario quale quello ora delineato, sarebbe sufficiente allargare lo spettro e le angolature dell'indagine per comprendere, con uno sforzo di realismo critico⁴², i chiaroscuri che attraversano in filigrana lo scontro attuale e lo posizionano nella più ampia cornice della competizione geopolitica per la *governance* globale⁴³. È, pertanto, evidente che per avere un quadro nitido del conflitto, e del ruolo del diritto al suo interno, non è sufficiente accertare chi sia l'illegittimo invasore e chi l'invaso e condannare le azioni della Federazione russa. La genesi della guerra in corso trascende le ragioni contingenti dei due paesi belligeranti e ha sia radici che propaggini più nodose e intricate.

A. *Alle radici del conflitto*

Ciò che nel 1991 fu «un divorzio civile» tra Russia e Ucraina con l'indipendenza della seconda, si è oggi trasformato in una «guerra incivile» di portata globale che ha altri protagonisti oltre Mosca e Kiev⁴⁴. Tale metamorfosi ha origine in una pluralità complessa di fattori successivi alla dissoluzione dell'Unione Sovietica.

Tra di essi figurano anzitutto l'espansione della NATO ad est verificatasi dopo la caduta del muro di Berlino: una manovra percepita dal Cremlino come un progressivo accerchiamento e una minaccia ai propri confini⁴⁵. Nel febbraio 1990, infatti, Gorbacëv diede il proprio *placet* alla riunificazione della Germania entro il perimetro NATO, con la garanzia politica che l'Alleanza atlantica non si sarebbe allargata oltre il confine dell'allora Germania orientale. Tuttavia, a far data dal 1999,

⁴¹ U. Mattei – L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, trad. it., Milano, Bruno Mondadori, 2010.

⁴² C. Galli, *Forme della critica. Saggi di filosofia politica*, Bologna, Il Mulino, 2020.

⁴³ P.G. Monateri, *Dominus Mundi. Political Sublime and the World Order*, Oxford, Hart, 2018; Id., *Geopolitica del diritto*, cit.

⁴⁴ P. D'Anieri, *Ukraine and Russia. From Civilized Divorce to Uncivil War*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 2023.

⁴⁵ B. Abelow, *Come l'Occidente ha provocato la Guerra in Ucraina*, trad. it., Roma, Fazi, 2023, spec. cap. I.



14 paesi si sono uniti alla NATO alimentando una crescente tensione⁴⁶. A ciò si aggiunga che nel giugno 2002 gli USA si sono ritirati unilateralmente dal Trattato Anti Missili Balistici (ABM): un accordo siglato tra Stati Uniti e URSS nel 1972 allo scopo di limitare la proliferazione di armi nucleari offensive. Il recesso americano, giustificato come parte della guerra al terrorismo contro i cosiddetti «stati canaglia», fu tuttavia interpretato da Cina e Russia come atto ostile. Ciò ebbe come reazione il rafforzamento dell'arsenale nucleare russo e cinese e un ulteriore deterioramento delle relazioni internazionali tra Washington e Mosca, oggi culminato nella sospensione, annunciata da Putin nel febbraio 2023, dell'ultimo trattato ancora in vigore tra le due Superpotenze: il *New Strategic Arms Reduction Treaty* (c.d. New START) firmato nel 2009 da Obama e Medvedev al fine di limitare il numero di testate nucleari in servizio attivo⁴⁷. Merita menzione anche la c.d. Dichiarazione del Summit NATO di Bucarest del 3 aprile 2008 nella quale, su pressione della Amministrazione Bush, nonostante l'opposizione di Francia e Germania, si dichiarò che anche l'Ucraina e la Georgia sarebbero entrate nella NATO. Tale dichiarazione, come prevedibile, fu percepita come una provocazione dal Cremlino. I due paesi, infatti, fungono da roccaforti geostrategiche che demarcano l'ultima linea di confine tra i paesi NATO e il territorio russo⁴⁸. Peraltro, l'impegno di includere Georgia e Ucraina nella NATO – che Chomsky ha definito

⁴⁶ Il settimanale tedesco *Der Spiegel*, con una inchiesta giornalistica del febbraio 2022 intitolata provocatoriamente *Nato's Eastward Expansion. Is Vladimir Putin Right?*, ha analizzato i verbali desecretati e ritrovati nei British National Archives dal politologo Joshua Shiffrin. Tali verbali mostrano come Gorbačëv avrebbe ricevuto tra il 1990 e il 1991 rassicurazioni dai rappresentanti politici delle principali potenze occidentali (in particolare, il Cancelliere Kohl, il Segretario di Stato americano Baker e il Segretario della NATO Woerner) che l'Alleanza non si sarebbe espansa oltre il confine della Germania Est (<https://www.spiegel.de/international/world/nato-s-eastward-expansion-is-vladimir-putin-right-a-bf318d2c-7aeb-4b59-8d5f-1d8c94e1964d>). Tale inchiesta ha ricevuto clamore mediatico poiché si inserisce all'interno della diatriba tra Putin e il Segretario generale della NATO Stoltenberg. Il primo ha fatto notare come, a partir dal 1999, ben 14 Stati siano entrati nell'Alleanza in chiara violazione delle garanzie fornite a Mosca nei summit avvenuti all'indomani della caduta del muro di Berlino. Il secondo ha negato le accuse sostenendo non solo che la mancata espansione della NATO ad est non è sancita da alcun trattato internazionale, ma anche che nessuna garanzia formale è stata mai fornita in merito. Sul punto, v. J. Shiffrin, *Deal or no Deal? The End of the Cold War and the U.S. Offer to Limit NATO Expansion*, in 40 *International Security* 7 (2016).

⁴⁷ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>.

⁴⁸ Al § 23 del Memorandum di intesa si legge: «NATO welcomes Ukraine's and Georgia's Euro-Atlantic aspirations for membership in NATO. We agreed today that these countries will become members of NATO» (https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_8443.htm).



come parte dell'«approccio irrazionale degli USA» in questo conflitto⁴⁹ – è stato reiterato nel Summit del Consiglio del Nord Atlantico tenutosi a Bruxelles il 14 giugno 2021⁵⁰.

A quanto detto sinora, giova aggiungere sia la storica diffidenza occidentale verso la Russia e la sua vocazione imperiale⁵¹ che il timore statunitense per una effettiva posizione dell'Europa come attore globale indipendente e alternativo rispetto alla *pax americana* e al sistema atlantista a guida USA⁵². Una aspirazione verso un ruolo da potenza civile indipendente che l'Europa non ha mai pienamente concretizzato, se si eccettuano i tentativi caldeggiati da De Gaulle per la costruzione di un'Europa post-Jalta che si estendesse «dall'Atlantico agli Urali»⁵³, la *Ostpolitik* del socialista tedesco Willy Brandt che in piena guerra fredda mirava ad un allentamento della tensione verso i paesi del blocco orientale, o la visione di una «casa comune europea» e di un'Eurasia pacifica e socialdemocratica senza alleanze militari (compresa la NATO) immaginate da Gorbačëv⁵⁴.

Per venire, poi, a fatti più recenti e noti, ulteriori *casus belli* sono stati senza dubbio l'annessione russa della Crimea nel 2014 – interpretata come forma di revanscismo sovietico *sub specie* di espansione ad ovest che ha segnato una crisi profonda nei rapporti istituzionali tra Washington e Mosca già incrinati dai bombardamenti NATO in Serbia durante la guerra in Kosovo⁵⁵ – e il conflitto in Georgia del 2008.

⁴⁹ N. Chomsky, *Perché l'Ucraina*, cit., 28-41.

⁵⁰ Al § 69 della Dichiarazione resa dai Capi di Stato e di Governo che hanno preso parte a tale vertice si legge: «We reiterate the decision made at the 2008 Bucharest Summit that Ukraine will become a member of the Alliance with the Membership Action Plan (MAP) as an integral part of the process» (https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm).

⁵¹ G. Mettan, *Russofobia. Mille anni di diffidenza*, trad. it., Roma, Sandro Teti editore, 2016.

⁵² M. Telò, *L'Europa potenza civile*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁵³ Ch. De Gaulle, *Discours et Messages 1958-1962*, vol. III, Paris, Plon, 1970, 85.

⁵⁴ M.S. Gorbačëv, *La casa comune europea*, trad. it., Milano, Mondadori, 1989.

⁵⁵ La distensione dei rapporti istituzionali tra Mosca e Washington che aveva caratterizzato il decennio successivo alla caduta del muro di Berlino, fu messa a rischio dalla decisione delle potenze occidentali e della NATO di effettuare missioni militari per costringere il presidente serbo Milošević alla resa e far subentrare sul territorio la *Kosovo Force* a guida NATO. Alcune trascrizioni desecretate nel 2018 aventi ad oggetto le telefonate intercorse tra Bill Clinton e Boris Yeltsin mostrano come il Presidente russo ammonisse «per il futuro delle nazioni e in nome della sicurezza in Europa» di rinunciare ai bombardamenti e di proseguire con la via diplomatica poiché queste azioni avrebbero generato una «mal disposizione dei russi verso l'America e verso la NATO» gettando alle ortiche tutte le difficoltà incontrate da Yeltsin per far volgere lo sguardo del popolo russo in modo benevolo verso l'Occidente. Inoltre, a bombardamenti in corso, in una telefonata del 19 aprile 1999 il Presidente russo confermò come in Russia «il sentimento anti-



Infine, rilevanza centrale rivestono sia la guerra civile nella regione mineraria del Donbass che la presenza di risorse economiche nei territori contesi⁵⁶.

B. Dalla narrazione all'informazione: il caso RT-France c. Consiglio

Gli esempi ora riportati sono solo una particella infinitesimale della complessità storica, politica e istituzionale sottesa all'attuale conflitto. Tuttavia, invece di riflettere criticamente sui fatti in ottica diacronica e trarre auspici dalla ricchezza di posizioni su un tema, si sta assistendo ad una crescente polarizzazione del dibattito pubblico *sub specie* di un monologo bellicista divenuto oggetto di credenza fideistica più che di conoscenza. Non sembrano esser plausibili posizioni intermedie: o si è dalla parte dell'Occidente a supporto dell'Ucraina – come se l'Occidente fosse tecnicamente una parte coinvolta in modo diretto nel conflitto – oppure si parteggia per l'invasore russo; *tertium non datur*. E in un tale contesto l'unica forma di giuridicità invocata è stata quella legata alla difesa armata e alla *debellatio* del nemico⁵⁷. Si è, in altre parole, ricorso all'idea del diritto come spada e non come scudo che protegge i diritti dalla violenza istituzionale che la guerra porta con sé. E non è forse questo un sintomo dell'allineamento del discorso giuridico all'*empire de la force*?

Questo fenomeno – lo sosteneva già con vigore polemico Benjamin – è il frutto velenoso del passaggio dalla *narrazione*, intesa come arte di raccontare una storia rappresentandone tutte le angolature senza imporre al lettore una determinata versione della storia, all'*informazione*, ossia il resoconto sommario di un avvenimento molto più attento ai frammenti che alla storia in sé⁵⁸. Un'informazione che, nell'attuale epoca di post-verità, si fa sempre più sensazionalistica, artefatta e si precipita ad indossare un elmetto laddove, invece, sarebbe opportuna una distanza contemplativa attenta ai fatti ed aperta al pluralismo. E da questo impoverimento non è stata immune neppure la narrazione giuridica⁵⁹. Anzi, si è dato inizio ad una guerra nella guerra: una *soft war* che ha ad

americano e anti-NATO stesse crescendo come una valanga». Le trascrizioni si trovano in un file conservato all'interno della biblioteca presidenziale di Clinton (<https://clinton.presidentiallibraries.us/items/show/57569>).

⁵⁶ N. Chomsky, *Perché l'Ucraina*, cit. V. anche il fascicolo *Guerra o Pace. I destini del mondo*, in *La Fionda*, 2/2022.

⁵⁷ Sul punto, M. Dogliani, *La guerra in Ucraina tra tabù nucleare e oltranzismo politico-mediatico*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 7-11.

⁵⁸ W. Benjamin, *Il narratore. Considerazioni sull'opera di Nicola Leskov*, in Id., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, trad. it., Torino, Einaudi, 1995, 247-53.

⁵⁹ Su come artificio e populismo abbiano permeato il discorso politico, giuridico e l'informazione travolgendone talora la capacità critica, G. Watt, *The Making Sense of*



oggetto – ed ostaggio – l’informazione combattuta attraverso le parole del diritto; un diritto espressione di una giuridicità nuovamente ridotta a mero strumento di attuazione della volontà politica del momento.

E così da un lato si hanno le leggi draconiane e liberticide del Cremlino che criminalizzano gli organi di informazione che non si adeguano alla linea governativa silenziando sistematicamente il dissenso. Dall’altro, il Consiglio dell’UE che, con un agire istituzionale da democrazia protetta e militante⁶⁰, ha sospeso la radiodiffusione nel territorio dell’Unione della propaganda mediale russa operata dalle trasmissioni di Russia Today e Sputnik⁶¹. Una misura restrittiva che, per quanto ritenuta dalla *Grande Chambre* del Tribunale UE proporzionale e compatibile con il quadro normativo del diritto unionista⁶², si rivela in ultimo strategicamente debole e generativa di alcune esternalità negative.

Anzitutto, essa presta il fianco a potenziali critiche sulla compressione della *freedom of speech* offrendo, al contempo, ai *media* russi la possibilità paradossale di vestire i panni dei martiri della libertà di stampa. E questo perché la linea argomentativa scolpita nella sentenza del caso *Rt-France c. Consiglio*⁶³, secondo la quale gli obiettivi di sicurezza e ordine pubblico possono, in virtù della situazione emergenziale, considerarsi prevalenti rispetto alle conseguenze negative derivanti dalle limitazioni alla libertà di espressione, pone un triplice ordine di problemi.

In primo luogo, la misura costituisce sul piano generale un ennesimo regresso del giuridico rispetto al politico. Si consente che una decisione imperniata su argomenti emergenziali (sicurezza e ordine pubblico) limiti e parzialmente de-sostanzi alcuni diritti di libertà la cui tutela non è solo funzionale alla protezione di interessi individuali, bensì è garanzia dei diritti della collettività in un ordinamento

Politics, Media, and Law. Rhetorical Performance as Invention, Creation, Production, Cambridge, CUP, 2023.

⁶⁰ Su tali nozioni, K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in 31(3) *Am. Pol. Science Rev.* 417 (1937); A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁶¹ Si vedano Regolamento (UE) 2022/350 e Decisione (PESC) 2022/351. In particolare v. Regolamento (UE) 2022/350, *considerando* 10, consultabile online all’indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.065.01.0001.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A2022%3A065%3AFULL.

⁶² Trib. UE, 27 luglio 2022, T-125/22, *RT-France c. Consiglio dell’Unione europea*, su cui v. più diffusamente S. Sassi, *la soft war dell’Unione Europea: il caso RT-France vs. Consiglio*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 6, 2022, 1253 ss.

⁶³ Trib. UE, T-125/22, § 202.



autenticamente democratico⁶⁴. E la misura in parola è chiaramente politica. Ciò è confermato sia dal tipo di fonte utilizzata – il regolamento che è obbligatorio e direttamente applicabile per cui assicura uniformità di *enforcement* all'interno dell'UE – che dall'organo che l'ha adottata: il Consiglio. Non solo il Consiglio è espressione dei Governi degli Stati membri, ma è stato nella storia dell'UE spesso criticato in quanto istituzione usata dagli Esecutivi per imporre una logica di «gioco a due livelli»⁶⁵: ossia implementare a livello europeo misure che difficilmente troverebbero l'approvazione e il favore dei parlamenti nazionali ponendo un evidente dilemma di opacità democratica⁶⁶.

In secondo luogo, la compressione di un diritto fondamentale è stata giustificata dalla Corte come se la guerra fosse in corso tra Russia e Unione Europea, invece che tra Russia e Ucraina⁶⁷. Infine, l'approccio paternalistico utilizzato per giustificare la misura – ossia la necessità di salvaguardare l'opinione pubblica dalla «influenza significativamente deleteria» della disinformazione russa⁶⁸ – non solo non tiene conto dell'impossibilità materiale di controllare *ex ante* tutta l'informazione, ma può anche costituire un pericoloso precedente.

È pur vero che nel modello europeo storicamente la libertà di espressione presenta una maggiore permeabilità rispetto ad interventi regolatori dei pubblici poteri soprattutto laddove si proceda ad una comparazione con il modello statunitense. In tale ultima esperienza giuridica, secondo la tanto celebre quanto abusata *dissenting opinion* di Justice Holmes nel caso *Abrams*, almeno idealmente la *freedom of speech* dovrebbe incontrare come unico filtro il *free marketplace of ideas*⁶⁹. Tuttavia, le limitazioni ora apposte a tale libertà dal Consiglio potrebbero esser riproposte in contesti assai diversi e importare nella futura regolamentazione europea ulteriori compressioni del *public speech* arrecando un *vulnus* al sistema delle libertà fondamentali su cui si sorregge l'identità giuridica dell'Unione⁷⁰. L'UE, infatti, come ha avuto modo di precisare la Corte di Giustizia, è una «comunità di diritto» il cui

⁶⁴ Per tutti, P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, 2 ed., Firenze, La Nuova Italia editrice, 1946, spec. xvi.

⁶⁵ R.D. Putnam, *Democracy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, in 42(3) *International Organizations* 427 (1988).

⁶⁶ Cfr. T. Piketty et al., *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017, 5 ss.

⁶⁷ V. Zeno-Zencovich, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, in *Rivista del diritto dei media*, 2023, 1, 17.

⁶⁸ Trib. UE, T-125/22, § 89.

⁶⁹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) per Holmes J. Per una panoramica informata, O. Pollicino (ed.), *Freedom of speech and the Regulation of Fake News*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2023.

⁷⁰ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, 17-18. Si veda anche S. Sassi, *op. cit.*, 1257-59.



asse portante è costituito dai «principi generali di cui fanno parte i diritti fondamentali»⁷¹.

La compressione di una libertà fondamentale, per quanto giustificata politicamente e limitata nel tempo, dovrebbe sempre e comunque suscitare nel giurista «la virtù del dubbio»⁷², ossia ciò che lo porta a valutare criticamente quanto accade al di là delle contingenze, soprattutto quando ad esser in questione sono i diritti fondamentali, ossia quella categoria di diritti che debbono sempre porsi «come limiti indisponibili alla politica quotidiana»⁷³. E il dubbio, in effetti, sorge. Come avvenuto negli USA, dove la protezione e la sacralità del *free speech* sono stati ripetutamente sacrificati allorché ad esser in gioco siano temi politicamente sensibili⁷⁴, anche nel caso di specie la tutela giuridica della libertà di espressione e del dissenso si è rivelata più simbolica che effettiva, venendo contraddetta dalle regole operative; e ciò non può che destare preoccupazione.

Un conto, infatti, è la giusta opposizione alla autocrazia entro il perimetro disegnato dalla legalità costituzionale e dalla tradizione del costituzionalismo democratico che pone un circuito di diritti che non distinguono tra amico e nemico, soprattutto se non si versa tecnicamente in stato di guerra. Ben diverso è, invece, travalicare tali confini tradendo la propria cultura giuridica pensando che i fini possano giustificare i mezzi. Il rischio è quello di riproporre metodi da tribunale giacobino vestendo i panni di Saint Just – «Nessuna libertà ai nemici della libertà» – o di Chamfort – la cui interpretazione del motto rivoluzionario «fraternità o morte» fu tristemente «Sois mon frère, ou je te tue» – ed arrivando così sino al paradosso richiamato da Kelsen di «farsi prendere nella funesta contraddizione di ricorrere alla dittatura per difendere la democrazia»⁷⁵.

Al di là di queste osservazioni, comunque, ciò che appare evidente e preoccupante è un dibattito pubblico orientato dalla politica⁷⁶ all'interno del quale, salvo rare eccezioni, non trova spazio adeguato alcun diritto di critica. Questa lettura è

⁷¹ Sent. 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, Causa C-50-00-P, I-6734.

⁷² G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari-Roma, Laterza, 2007.

⁷³ G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, Laterza, 2021, 106.

⁷⁴ Su cui, E. Grande, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Questione Giustizia*, 4/2015, spec. 50-61.

⁷⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, trad. it., Torino, Giappichelli, 2004, 89.

⁷⁶ Come esemplarmente chiarito da Hanna Arendt, nelle democrazie di massa la politica tende a fabbricare, attraverso i media, immagini che non hanno lo scopo di nascondere la realtà, ma di sostituirsi ad essa orientando, così, l'opinione pubblica (H. Arendt, *Verità e politica*, in Ead., *Verità e politica* seguito da *La conquista dello spazio e la statura dell'uomo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, 62-63).



chiaramente confermata, ad esempio, dal grottesco tentativo tutto italiano di cancellare un corso universitario su Dostoevskij poiché reo *malgré lui* di esser un filo-putiniano *ante litteram*⁷⁷, o dalla pubblicazione in stile neo-maccartista da parte di quotidiani italiani di una lista di economisti, intellettuali e giornalisti dissidenti considerati pericolosamente russofilo in quanto critici nei confronti della guerra o non apertamente schierati su posizioni belliciste uniformate ai media *mainstream*⁷⁸.

In tutto ciò, dietro ad una inquietante facciata di formalismo, conformismo intellettuale o vuota neutralità interpretativa, si avverte un roboante silenzio del diritto. Che si sia tristemente e nuovamente tradotta in realtà la massima ciceroniana: «*Silent enim leges inter arma*»⁷⁹?

2.1. *Il ruolo della pace nel conflitto russo-ucraino: una storia di «amici e nemici»*

Il prodotto ultimo della polarizzazione del dibattito pubblico cui si è fatto cenno è una spietata dinamica amico-nemico (*Freund-Feind*) di schmittiana memoria che ha portato al prevalere del politico sul giuridico il quale appare così appiattito rispetto al potere⁸⁰.

La distinzione manichea tra amici e nemici è visibile perfettamente nella identificazione tra l'orizzonte assiologico dell'Occidente e la causa ucraina. Quest'ultima, tuttavia, sembra curiosamente potersi supportare in un unico modo: attraverso l'invio di armi. Qualsiasi scelta diversa – sia essa una posizione filo-pacifista proattiva finalizzata alla protezione dei diritti dei cittadini o la neutralità davanti ad uno scontro bellico tra Stati sovrani esterni all'Europa politica – viene

⁷⁷ Ci si riferisce al tentativo, poi abortito, da parte di una Università italiana di cancellare un corso sui romanzi di Dostoevskij tenuto dallo scrittore Paolo Nori con lo scopo di «evitare ogni forma di polemica soprattutto interna in quanto momento di forte tensione». A ben vedere, la vena ancor più paradossale della storia è che lo stesso Dostoevskij, in gioventù, fu condannato a morte, con pena in ultimo commutata in lavori forzati, per aver letto in pubblico una lettera scritta da Belinskij a Gogol ove si propugnavano idee appartenenti al socialismo utopistico che la censura zarista identificò come pericolose attività antigovernative.

⁷⁸ Ci si riferisce, ad esempio, al celebre articolo a firma di Guerzoni e Sarzanini apparso nel giugno 2022 sul Corriere della sera (*La rete di Putin in Italia: chi sono influencer e opinionisti che fanno propaganda per Mosca*) in cui viene pubblicato in stile lista di proscrizione l'elenco di personaggi considerati filo-putiniani e pericolosi secondo un presunto dossieraggio del COPASIR che lo stesso organismo ha poi smentito.

⁷⁹ CIC. *Pro Milone*, IV, 10.

⁸⁰ C. Schmitt, *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1972; Id., *Teoria del partigiano*, trad. it., Milano, Adelphi, 2005, 127 ss.



svilita, talvolta con rozza sicumera⁸¹, a becero pacifismo della domenica o delegittimata in quanto asseritamente antitetica rispetto ai valori fondamentali di libertà e democrazia su cui si basa il pensiero e la razionalità politica occidentale⁸². A commento di tale ultimo rilievo, gioverebbe forse chiedersi se in un momento in cui la *liberal democracy* è avvinta in una stretta mortale tra la deriva populista che realizza una democrazia senza diritti e una deriva autoritaria che produce un sistema di diritti senza democrazia⁸³, sia davvero l'attuale conflitto russo-ucraino ad aver messo a repentaglio la tenuta della democrazia e, soprattutto, se la guerra e non la ricerca della pace possa considerarsi una soluzione o un mezzo di libertà e conservazione dell'ordine democratico.

Per rispondere a tali domande basterebbe richiamare la lunga tradizione di pensiero che, almeno a partire da Erasmo da Rotterdam, sottolinea come la guerra possa apparire un'opzione dolce e plausibile solo a chi non l'abbia vissuta sulla propria pelle poiché produce sistematicamente danni maggiori rispetto ai torti cui vuole porre rimedio⁸⁴. Allo stesso modo si potrebbe citare il personaggio di Pierre del romanzo tolstojano *Guerra e pace* che si accorge della brutalità della guerra unicamente dopo aver visto con i propri occhi la battaglia di Borodino. Tuttavia, anche senza indulgere in dotti richiami, gli interrogativi posti in apertura di paragrafo scolorano immediatamente in domande retoriche non appena si prenda consapevolezza anche solo di due fattori: i) il potenziale distruttivo su scala globale della tecnologia bellica attualmente in possesso delle superpotenze coinvolte (Russia, Cina e Stati Uniti); ii) il cambiamento di significato e aspetto che la guerra ha assunto nell'era contemporanea.

Quanto al primo aspetto, l'impiego potenziale di armi nucleari tattiche – o il rischio di un incidente nucleare come danno collaterale del conflitto (es. il danneggiamento della centrale di Zaporizhzhia) – dovrebbero eliminare dall'immaginario politico qualsiasi giustificazione della guerra anche solo intesa

⁸¹ Ad esempio, in un articolo a firma di Yoram Gutgeld intitolato «Il falso pacifismo», apparso su *La Repubblica* del 22 maggio 2022, si arriva incredibilmente a paragonare la posizione pacifista, contraria all'invio delle armi, a posizioni complottistiche di matrice analoga a quella dei negazionisti dell'Olocausto.

⁸² *E pluribus*, V.E. Parsi, *Il posto della guerra e il costo della libertà*, Milano, Bompiani, 2022.

⁸³ Y. Mounk, *The People vs. Democracy: Why our Freedom is in Danger and How to Save it*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London, 2018.

⁸⁴ Erasmo da Rotterdam, *Dulce bellum inexpertis* (1515), in Id., *Dolce è la guerra per chi non ne ha esperienza. Storie politiche tratte dagli Adagia*, Milano, Feltrinelli, 2017. Non è un caso che il proverbio medioevale completo da cui è tratto il titolo erasmiano recitasse: «Dulce bellum inexpertis, expertus metuit».



come rimedio di *extrema ratio* o forma di giustizia riparativa⁸⁵. E a nulla valgono, in tal senso, le rassicurazioni che si ritrovano in alcune comunicazioni politiche riecheggiate in prestigiose riviste nelle quali si sostiene che anche ai tempi di Stalin e Mao si era paventato l'uso di armi nucleari, ma che poi alla minaccia non era mai seguita alcuna azione concreta⁸⁶. Questo perché, anzitutto, salvo taluno sia dotato di straordinarie capacità vaticinatorie, la coazione a ripetersi della storia non è né perfetta né prevedibile. Soprattutto, poi, il rischio di *escalation* nucleare nelle guerre contemporanee integra sempre una difesa e una possibile controffensiva inevitabilmente più dannose e sproporzionate rispetto all'offesa originaria (cosa che anche nella censurabile prospettiva del *bellum iustum* renderebbe la guerra ingiusta). E ciò senza tener conto delle seduzioni esercitate sui governi nazionali, sull'industria bellica e sulle alleanze difensive dalla prospettiva economica di un possibile riarmo militare (di carattere nucleare e non). Peraltro, gli esiti funesti della *war talk* si trovano già iscritti sia nelle parole del Segretario Generale della NATO Stoltenberg che, dalla platea del *Democracy Summit* di Copenhagen, ha sollecitato gli alleati NATO ad arrivare rapidamente alla soglia *minima* del 2% del PIL nazionale in spese per la difesa⁸⁷, che anche nel rifiorire di riflessioni pro-nucleariste sia in Russia che in seno all'intelligenza ucraina⁸⁸.

Quanto, poi, alla morfologia della guerra, andrebbe preso in seria considerazione l'effetto metamorfico prodotto dalla globalizzazione sul concetto stesso di guerra la cui fenomenologia contemporanea è radicalmente diversa rispetto al passato. Oggi si assiste a guerre asimmetriche e de-spazializzate che non oppongono semplicemente due Stati sovrani. L'interconnessione sistemica del mondo globalizzato proietta i conflitti bellici in una dimensione potenzialmente ultranazionale che reca sullo sfondo una competizione per l'egemonia mondiale⁸⁹. È chiaro, dunque, come conflitti locali possano tanto agevolmente quanto

⁸⁵ Correttamente Massimo Luciani afferma che il rischio nucleare fa sì che sia un «nonsense parlare di guerra nucleare giusta» e siccome oggi tale rischio sussiste «è nonsense parlare di guerra giusta in assoluto» (M. Luciani, *Dalla guerra giusta alla guerra legale*, in *Teoria Politica*, 12, 2022, 128).

⁸⁶ *Inter alia*, G. Rose, *Ukraine's Winnable War Why the West Should Help Kyiv Retake All Its Territory*, in *Foreign Affairs*, 13 June 2023 consultabile online all'indirizzo: <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/ukraines-winnable-war>.

⁸⁷ https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_214522.htm.

⁸⁸ Y. Kostenko, *Ukraine's Nuclear Disarmament. A History*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2022. In particolare, v. l'introduzione di Paul J. D'Anieri (*ivi*, 9-22).

⁸⁹ William R. Thompson, *American Global Pre-Eminence: The Development and Erosion of Systemic Leadership*, Oxford, OUP, 2022.



drammaticamente tramutarsi in guerre globali⁹⁰. E la dimensione geopolitica del conflitto russo-ucraino non sfugge a questa analisi. Proprio la competizione per l'egemonia in un mondo multipolare è ciò che, secondo alcuni analisti, renderebbe il conflitto tra Russia e Occidente una «guerra tiepida», intendendo con tale espressione uno scenario di scontri molto più caldo e instabile rispetto a quello della *cold war*⁹¹.

Alla luce di quanto ora riportato l'accostamento di guerra e democrazia palesa ancora più la sua assurdità. Tale accostamento suona, infatti, oggi più che mai, come la rivivificazione tanto anacronistica quanto paradossale delle tesi illiberali e reazionarie di von Treitschke che teorizzava la guerra e la forza come diritti quintessenziali della potenza dello Stato e della vita pubblica⁹², o della lezione napoleonica di von Clausewitz che intendeva la guerra come continuazione della politica con altri mezzi⁹³.

Diversamente, la democrazia emersa nel periodo post-bellico è incentrata primariamente sulla dignità e sulla vita dei cittadini che la abitano e che ne sono la fonte sovrana⁹⁴; gli stessi cittadini che, loro malgrado, sono oggi coinvolti in una guerra che non hanno di certo deciso *democraticamente* e che, anzi, hanno avvertito a tal punto da aver cristallizzato il ripudio della guerra come cardine della gran parte delle costituzioni successive al 1945⁹⁵.

Forse, allora, gioverebbe ricordare ancora con Kelsen che: «[...] assicurare la pace mondiale è il nostro principale compito politico, un compito molto più importante della decisione tra democrazia e autocrazia, o tra capitalismo e socialismo»⁹⁶. Eppure, tutto ciò non accade. I detentori del potere e del sapere – e quindi le *élite* politiche e intellettuali – specialmente in una zona semi-periferica del sistema-mondo come oggi è l'Europa⁹⁷, invece di adoprarsi attivamente quali mediatori e proporre una soluzione diplomatica del conflitto, sembrano versare in uno stato di abulia del pensiero di fronte alle catastrofiche conseguenze di lungo periodo della

⁹⁰ C. Galli, *La guerra globale*, Bari-Roma, Laterza, 2002.

⁹¹ E. Casini – A. Manciuoli, *La guerra tiepida. Il conflitto ucraino e il futuro dei rapporti tra Russia e Occidente*, Roma, LUISS, 2023.

⁹² H. Von Treitschke, *La politica*, trad. it., voll. I-IV, Bari, Laterza, 1918, *spec.* vol. IV.

⁹³ C. von Clausewitz, *Della Guerra (1832)*, trad. it., Milano, Mondadori, 1997.

⁹⁴ Per tutti, v. S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018, 143 ss. e *passim*.

⁹⁵ V. *infra* §. 3.

⁹⁶ H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944, viii (la traduzione è mia).

⁹⁷ I. Wallerstein, *World Systems Analysis: An Introduction*, Durham-London, Duke University Press, 2004.



guerra: un sonnambulismo molto pericoloso che già in passato ha portato a esiti tragici⁹⁸.

2.1.1 Diritto e valore: l'esclusione del «nemico» e i rischi di un'indignazione selettiva

La Russia anzi, forse meglio sarebbe dire Putin, dato il pericoloso ritorno del *Führerprinzip* che caratterizza l'attuale fase autoritaria e populista della politica internazionale⁹⁹, è presentata come il «nemico pubblico»¹⁰⁰ da cui distaccarsi. Ne discende che la scelta di posizione – ora filo-ucraina ora filorusa ora neutrale – trascolora facilmente in un'alternativa radicale: quella tra un «noi» (l'Occidente filo-ucraino) e un «loro» (la Russia, i soggetti istituzionali filorussi o financo i non schierati) che prelude sempre ad uno scontro culturale e finisce col favorire convenienze mercenarie di natura economica (*in primis* quelle di *corporations* e *lobbies* delle armi)¹⁰¹ e politica (l'UE, invece di farsi foriera di una propria posizione indipendente favorendo il negoziato per la pace, appare strumentalmente schiacciata nel conflitto tra U.S.A. e Russia e Cina)¹⁰².

D'altra parte, questa radicalizzazione non sorprende, ed anzi fa parte della retorica dell'*empire de la force* cui si accennava in apertura del presente scritto¹⁰³. Come insegna l'antropologia, la formazione di un'identità e di un fronte comuni passano attraverso l'adozione (e altresì l'esportazione) di una narrazione con la quale si stabiliscono dei criteri che ci permettono di identificare chi siamo attraverso chi non siamo¹⁰⁴. È la classica costruzione dell'altro come avversario che è radicalmente diverso *da* e opposto *a* noi.¹⁰⁵ Il confine tra il noi e l'altro diviene così pericolosamente il *discrimen* fondamentale per organizzare il tessuto valoriale

⁹⁸ C. Clark, *I sonnambuli. Come l'Europa arrivò alla Grande Guerra*, trad. it., Bari-Roma, Laterza, 2013. In merito al conflitto russo-ucraino, v. le acute riflessioni di M. D'Eramo, *Le élite sonnambule: la guerra e l'industria bellica*, in *Micromega+*, 10 febbraio 2023 (<https://micromegaedizioni.net/2023/02/10/le-elite-sonnambule/>).

⁹⁹ G. Frankenberg, *Authoritarianism: Constitutional Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020.

¹⁰⁰ C. Schmitt, *Le categorie del politico*, cit., 111.

¹⁰¹ Sul punto, E. Grande, *Guerra Inc. Il conflitto in Ucraina, gli Stati Uniti e gli interessi delle corporations*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 18-22.

¹⁰² A. Somma, *Si scrive europeismo ma si legge atlantismo. L'unione europea nel conflitto tra Nato e Russia*, in *La Fionda*, 2/2022, 57-67.

¹⁰³ Cfr. *supra* § 1.1.

¹⁰⁴ F. Barth, *I gruppi etnici e i loro confini*, in V.A. Maher (a cura di), *Questioni di etnicità*, Torino, Einaudi, 1994, 33 ss.

¹⁰⁵ Cfr. U. Eco, *Costruire il nemico*, Milano, La nave di Teseo, 2020; J.B. White, *Living Speech*, cit.



attorno al quale riconoscersi e, contemporaneamente, disegnare le regole di esclusione di altri gruppi (e culture) poiché diversi e, in quanto tali, barbari o inferiori¹⁰⁶.

In questo modo, invece del weberiano politeismo dei valori in cui la conflittualità è attenuata dialogicamente dalla compresenza di diversi punti di vista e dall'assenza di un criterio normativo assoluto, si giunge ad una «tirannia dei valori». Seguendo tale ultima logica, nel momento in cui un paese tradisce il nostro codice valoriale (es. democrazia, libertà etc.), il tradimento giustifica l'annientamento giuridico del valore altrui con ogni mezzo e anzi: «Ogni riguardo nei confronti del nemico viene a cadere, anzi diventa un non-valore non appena la battaglia contro il nemico diventa una battaglia per valori supremi. Il non-valore non gode di nessun diritto di fronte al valore, e quando si tratta di imporre il valore supremo nessun prezzo è troppo alto»¹⁰⁷.

Orbene, secondo la riscrittura dell'altro cui stiamo assistendo, noi – l'Occidente – non siamo l'altro – i russi – né potremmo esserlo, poiché la nostra tradizione democratica ci impedirebbe di aggredire militarmente un altro paese in modo illegittimo. Ma tale visione corrisponde alla realtà o è una narrazione di alterità che, tra le altre cose, si frappone di ostacolo ad un serio percorso rivolto alla pace tra i contendenti?

Pensando alla supposta radicalità delle differenze tra «the West and Rest» – in questo caso i russi, ma lo stesso è valso per altri Stati – occorrerebbe forse ricordare che le retoriche dell'intervento umanitario per prevenire un genocidio, l'idea della *preemptive war* e tutte le strategie di *peace washing* oggi invocate da Putin a supporto della sua invasione camuffata ad arte da «operazione militare speciale» non sono una novità. Esse presentano dei tratti analoghi a quelle impiegate dalla Amministrazione Bush per giustificare le guerre in Iraq e Afghanistan.

La miglior dottrina americana ha bene evidenziato come sotto l'egida della *war on terror* sono stati condotti interventi militari in spregio alle più basilari norme di diritto internazionale e interno¹⁰⁸. Il tutto senza una legittima dichiarazione di guerra da parte dal Congresso degli Stati Uniti che, secondo l'architettura

¹⁰⁶ T. Todorov, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro di civiltà*, trad. it., Milano, Garzanti, 2009.

¹⁰⁷ C. Schmitt, *La tirannia dei valori. Riflessioni sulla filosofia dei valori*, trad. it., Milano, Adelphi, 2008, 65. Sul pericolo di decisioni giuridiche e legislazioni che si fondino sulla idea di valore, piuttosto che su quella di norma o principio, v. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, Guerini e Associati, 1996, 302 ss.

¹⁰⁸ B. Ackerman, *This is not a War*, 113 *Yale L. J.* 1871 (2004).



newtoniana di *check and balances*¹⁰⁹ sui cui si fonda la Costituzione statunitense, è il detentore di tale potere (art, 1 sec. 8, cl. 11 U.S. Const.). D'altronde, a ben vedere, l'utilizzo della *war talk* da parte della politica per giustificare poteri eccezionali e azioni che esorbitano dalla legalità ordinaria è una pratica inaugurata da lunga data anche nel contesto occidentale. Non è nuova la teoria giuridica secondo cui il sistema di governo dello Stato costituzionale «è essenzialmente concepito per funzionare in condizioni normali e pacifiche»¹¹⁰, per cui la sua temporanea sospensione in tempi di crisi può essere giustificata.

Eppure, il cuore della questione sta proprio nel delicato equilibrio tra regola ed eccezione poiché l'eccezione prolungata *sine die* distrugge la regola sostituendosi ad essa. La retorica marziale usata in più occasioni dalla presidenza statunitense¹¹¹ porta avanti l'idea per cui in tempo di emergenza il diritto sia un ostacolo burocratico alla soluzione dei conflitti sul falso presupposto che, nelle parole di Bush, «it is not enough to serve our enemies with legal papers». Inoltre, la dottrina Bush della guerra preventiva si spinge ancora più in là. Essa trasforma un'emergenza temporanea in un pericoloso stato di eccezione permanente, segnando un ulteriore passo indietro rispetto all'immagine della legalità con la quale la *Western legal tradition* si autodescrive¹¹² e ampliando ulteriormente lo iato tra teoria e prassi della *rule of law*¹¹³. Difatti, in nome di un presunto bene superiore (la sicurezza nazionale), si è avallato un pericoloso unilateralismo internazionale; si sono disumanizzati i prigionieri attraverso una detenzione *sine die*¹¹⁴ cui la SCOTUS in decisioni come Hamdi, Padilla, Rasul o Boumediene ha posto solo parzialmente rimedio¹¹⁵; si è operato un inaccettabile (soprattutto in ottica liberale) doppiopesismo tra cittadini e stranieri quanto alla tutela di basilari libertà costituzionali¹¹⁶; e si sono legittimate deprecabili violazioni dei diritti civili che

¹⁰⁹ L.H. Tribe, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in 103 *Harv. L. Rev.* 1, 3 (1989).

¹¹⁰ C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948, 5.

¹¹¹ J.K. Tulis, *The Rhetorical Presidency*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2017.

¹¹² U. Mattei – L. Nader, *Il saccheggio*, cit.

¹¹³ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 12 ss. Si veda anche U. Mattei – L. Guanghua – E. Ariano, *The Chinese Advantage in Emergency Law*, in 21 *Global Jurist* 1, 46-56 (2021).

¹¹⁴ Cfr. J. Butler, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, London – New York, Verso, 2004.

¹¹⁵ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Rumsfeld v. Padilla, 542 US 426 (2004); Rasul v. Bush, 542 US 466 (2004); Boumediene v. Bush 553 U.S. 723 (2008).

¹¹⁶ D. Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York, New Press, 2003.



hanno inaugurato una nuova era di involuzione giuridica e indebolimento democratico che ha contribuito al «disordine mondiale»¹¹⁷.

Si badi bene, quanto appena affermato non può, né invero deve, servire a legittimare l'occupazione russa o a sminuire le sue tragiche conseguenze. Al contrario, serve proprio a rammentare che l'elevazione di muri ideologici o la costruzione di verità valoriali *a priori* che non ammettono critiche e separano in modo netto gli amici dai nemici spesso ottenebrano lo sguardo. Non ci consentono di vedere contraddizioni e violazioni quando accadono a casa nostra, alimentando così una pericolosa *indignazione selettiva*: un'indignazione a geometria variabile che non è tanto rivolta verso l'atto compiuto quanto piuttosto verso il soggetto che lo compie. Se è il nostro «amico» a compiere un atto ingiusto, questo viene giustificato; se, all'opposto, è un nostro «nemico» a tenere la medesima condotta, questo diviene oggetto delle più severe condanne, come se esistesse una guerra di invasione meno esecrabile di un'altra.

Il rischio di una simile prospettiva è il riproporsi di quella coscienza geo-culturale che tende a polarizzare Occidente e Oriente su estremità opposte di uno stesso spettro, quasi che fossero due linee parallele destinate ineluttabilmente e paradossalmente allo scontro e mai all'incontro. Trattasi della medesima visione etnocentrica che, soprattutto in tempo di guerra fredda, tendeva a contrapporre l'Occidente democratico, libero e giuridico all'Oriente e alla sua tradizione raffigurati, invece, come la culla del dispotismo liberticida, dell'autocrazia e della *rule of men*¹¹⁸. E si è parlato, non a caso, di rischio. Nella seconda metà del '900, fu proprio la lettura della mappa geopolitica condotta esclusivamente secondo logiche conflittuali di egemonia e di spartizione del globo ad esacerbare i conflitti e rafforzare quelle tensioni tra Est e Ovest che tennero il mondo in bilico, sospeso sull'orlo di una guerra nucleare¹¹⁹.

3. *La Costituzione tra jus ad bellum e jus ad pacem*

Posti davanti ad uno scenario internazionale quale quello attuale sembra legittimo sollevare alcuni dubbi. Anzitutto, davvero la visione manichea cui si è fatto cenno, una visione che separa con la scure la civiltà dalla barbarie, è fedele alla realtà? Essa

¹¹⁷ T. Todorov, *Il nuovo disordine mondiale*, cit.

¹¹⁸ La portata mistificatoria di tale visione orientalista fu svelata compiutamente dai *postcolonial studies*. Si veda, in particolare, E.W. Said, *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2013 e T. Ruskola, *Legal Orientalism: China, The United States, and Modern Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2013.

¹¹⁹ J.L. Harper, *The Cold War*, Oxford, OUP, 2011.

perora nel modo migliore la causa del popolo ucraino? E soprattutto, ai nostri fini, che ne è della ricerca della pace come obiettivo primario e dell'utilizzo del diritto (*in primis* costituzionale e, poi, internazionale) come argine al potere laddove questo assuma le inquietanti sembianze dell'*autoritäre Gewalt* weberiano¹²⁰, ossia del potere autoritario che si concepisce come imposizione di volontà refrattaria a stringenti limiti giuridici e capace di vincere qualsiasi resistenza ignorandola e tacitandola?

3.1. «Al di sopra della mischia»: il giurista come outsider

Come sempre la realtà presenta tinte molto più sfumate rispetto a quella che è la sua riduzione formalizzata nella narrazione ufficiale. E quando la narrazione ufficiale diviene un monologo bellicista¹²¹, ripetere i proclami che sostengono ora l'una ora l'altra fazione non aggiunge alcunché al dibattito. Non può e non deve esistere un *Minculpop* o un distopico Ministero della Verità di orwelliana memoria che offre l'interpretazione esatta e la versione ufficiale della storia cui semplicemente *aderire*. E questo è soprattutto vero per coloro che sono chiamati istituzionalmente a pensare in modo critico e hanno la responsabilità di individuare le strutture di potere per costruire, quando necessario, un pensiero contro-egemonico: gli intellettuali¹²².

Come sosteneva Bobbio «[...] agli intellettuali non spetta il compito di rimasticare formule e recitar canoni»¹²³. Non possono comportarsi come il protagonista del Barone Rampante calviniano che si limita ad osservare la rivoluzione da lontano appollaiato su un albero. In altre parole, il loro compito è quello di porsi «al di sopra della mischia»¹²⁴, ma non per cercare una inarrivabile equidistanza o per farsi giudici severi della situazione, bensì per osservare criticamente cosa accade. E, soprattutto laddove il potere politico ricorra a slogan e dogmi incontestabili per tacitare il dissenso (ad es. l'idea di guerra giusta), l'uomo di cultura ha un obbligo

¹²⁰ M. Weber, *Economia e società* (1922), II, trad. it., Milano, 1974, 247.

¹²¹ Lorenza Carlassare, oltre ad aver argomentato tecnicamente l'incostituzionalità dell'invio delle armi in Ucraina, ha ribadito che «la Costituzione è pacifista» e che «la retorica bellicista, a giornali e reti unificati, è insopportabile» (*Opacità sulle scelte: l'invio di armamenti è incostituzionale*, in *il Fatto Quotidiano*, 28 aprile 2022).

¹²² N. Chomsky, *La responsabilità degli intellettuali*, trad. it., Milano, Ponte alle grazie, 2019.

¹²³ N. Bobbio, *Politica e cultura* (1955), Torino, Einaudi, 1977, 281.

¹²⁴ Il riferimento, da cui prende anche il titolo il presente scritto, è a R. Rolland, *Al di sopra della mischia* (1915), trad. it., Milano, Soc. ed. "Avanti!", 1916. L'A. francese, rifugiato in Svizzera dopo lo scoppio della Prima guerra mondiale, aveva scritto il libello per lanciare appelli antimilitaristi rivolgendosi soprattutto all'intelligenza del tempo che aveva abbracciato in modo acritico il nazionalismo bellicista di inizio '900.



di «resistenza contro il dogmatismo» e di «difesa dello spirito critico» che diviene «un dovere, oltre che morale, politico»¹²⁵. Peraltro, andrebbe notato incidentalmente che la tutela del dissenso è principio giuridico su cui si fonda l'intera tradizione del costituzionalismo liberale, poiché il principio maggioritario senza diritto al dissenso diviene facilmente coercizione del debole, dittatura della maggioranza e può trascolorare nella legge del più forte¹²⁶.

A maggior ragione, dunque, anche a costo di venire marginalizzato o ridicolizzato, l'intellettuale – e il giurista come intellettuale – deve in questi frangenti porsi come un «outsider» che non cerca a tutti i costi il compromesso armonico con l'opinione dominante ma che, al contrario, ha il coraggio di dire la verità al potere perseguendo il dubbio e la critica dello *status quo*¹²⁷. D'altra parte, come insegna un Maestro del diritto, compito del *legal scholar* è proprio quello di investigare nei «dark places»¹²⁸, non limitandosi a ciò che appare ma indagando le relazioni di potere cristallizzate nelle norme giuridiche.

E allora, in quest'ottica due elementi dovrebbero balzare all'occhio di un osservatore attento: i) il carattere recessivo del diritto odierno come meccanismo democratico di controllo sociale del potere¹²⁹; ii) il fatto che gli interventi volti a disinnescare il conflitto russo-ucraino o presentare una valida proposta corale di pace sono stati poco più che declamazioni sconfessate dalla realtà operativa.

Nei discorsi politici si utilizzano, piuttosto, parole bellicose, discutendo di guerra giusta o di pace a condizioni imposte unilateralmente¹³⁰. Cosa ne è, in tutto ciò, della composizione pattizia del conflitto diretta a riaffermare le ragioni del diritto che costituiscono sin dalle origini del pensiero politico-giuridico moderno il meccanismo atto a salvar la comunità dal *bellum omnium contra omnes*? Certo non si trova eco di ciò nelle condizioni materiali create dalle potenze intervenute che si sono prodigate nell'annunciare e/o garantire, ad esempio, l'invio di missili come Francia e Italia; né negli oltre 40 miliardi di dollari spesi sinora dagli USA in

¹²⁵ N. Bobbio, *op. ult. cit.*, 40.

¹²⁶ E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, Adelphi, 1976; U. Mattei, *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, Milano, Piemme, 2022.

¹²⁷ E.W. Said, *Dire la verità. Intellettuali e potere*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2014.

¹²⁸ G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982, 180.

¹²⁹ Cfr. *infra* § 4.

¹³⁰ F. Pallante, *Ucraina: quelle di Mattarella e Meloni sono parole di guerra*, in *Volerelaluna*, 19/05/2023, consultabile all'indirizzo <https://volerelaluna.it/controcanto/2023/05/19/ucraina-quelle-di-mattarella-e-meloni-sono-parole-di-guerra/>).



armamenti e dispositivi di sicurezza forniti al governo ucraino¹³¹; e neppure nell'invio da parte del Pentagono di munizioni a grappolo a Kiev nonostante queste siano bandite nella maggior parte dei paesi per ragioni umanitarie e la decisione sia stata avversata dagli alleati e dall'ONU¹³².

Questi pochi esempi confermano che la via più strenuamente perseguita e sostenuta è stata la *debellatio* del nemico in nome del diritto di difesa.

3.2. *Guerra e ordine costituzionale: addio alle armi?*

Anche l'Italia, al pari di molti altri Stati, si è collocata rispetto al conflitto russo-ucraino manifestando la volontà politica di partecipare all'isolamento istituzionale della Russia e contribuire alla causa ucraina attraverso l'invio di dispositivi bellici in forza di decreti-legge – poi convertiti – predisposti sia dal Governo Draghi che dal Governo Meloni¹³³. Tuttavia, giova ribadirlo, tale scelta governativa, ancorché ammantata di obbligatorietà giuridica, resta una scelta di indirizzo politico. Poi, soprattutto per le conseguenze che porta con sé, tale decisione andrebbe sottoposta ad un severo scrutinio che non dovrebbe esser solo quello parlamentare ordinario o quello tecnico dei giuristi, ma soprattutto quello democratico del corpo politico cui appartiene la sovranità: la cittadinanza.

Inoltre, posto di fronte a uno scontro di valori fondamentali (libertà, autodeterminazione, difesa, pace etc.) come quello attuale, un governo democratico dovrebbe anzitutto affidarsi alla carta dei valori per antonomasia: la Costituzione. Eppure, come è stato ben evidenziato da autorevole dottrina, nel «dibattito sull'Ucraina [...] *la Costituzione è stata rimossa*. Mai richiamata, né nell'intervento del Presidente del Consiglio né nella risoluzione approvata con il consenso di maggioranza e opposizione»¹³⁴.

¹³¹ Le cifre si possono consultare sul sito del Dipartimento di Stato americano (https://www.state.gov/u-s-security-cooperation-with-ukraine/?utm_source=substack&utm_medium=email).

¹³² <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/press-briefings/2023/07/07/press-briefing-by-press-secretary-karine-jean-pierre-and-national-security-advisor-jake-sullivan-5/>.

¹³³ V., in particolare, il D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 e D.L. 2 dicembre 2022, n. 185 sui quali C. De Fiores, *Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l'invio di armi a paesi in guerra*, in G. Azzariti (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, in *Quad. n. 4 di Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, spec. 51-60.

¹³⁴ G. Azzariti, *La Costituzione rimossa*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, I (corsivo aggiunto).



Una semplice ragione di questa rimozione quasi freudiana della nostra Carta fondamentale dal dibattito sulla guerra potrebbe risiedere *prima facie* nella difficoltà di conciliare le attuali scelte politiche con il dettato costituzionale.

Il «ripudio della guerra» come arma di offesa e come metodo di risoluzione delle controversie internazionali di cui all'art. 11 Cost. appare difficilmente compatibile con lo stanziamento di ingenti somme deputate a spese belliche per l'invio di armamenti ad un paese belligerante. L'Italia – e si ponga qui attenzione alle scelte micro-semantiche dei costituenti – non si limita a condannare la guerra: la «ripudia». La scelta del verbo ripudiare non è casuale. Se si guarda ai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, tale preferenza giunse al termine di una lunga diatriba e fu determinata dalla precisa sfera semantica richiamata dal verbo¹³⁵. Nella seduta del 24 marzo 1947, il Presidente Ruini spiegò che posti dinanzi alla scelta dei verbi rinunzia¹³⁶, ripudia o condanna, la Commissione per la Costituzione ritenne che «[...] mentre «condanna» ha un valore etico più che politico-giuridico, e «rinunzia» presuppone, in certo modo, la rinunzia ad un bene, ad un diritto, il diritto della guerra (che vogliamo appunto contestare), la parola «ripudia», se può apparire per alcuni richiami non pienamente felice, ha un significato intermedio, ha un accento energico ed implica così la condanna come la rinuncia alla guerra»¹³⁷.

Lungi dal voler proporre qui una lettura originalista à la Bork della nostra Costituzione¹³⁸, i richiami di cui sopra servono solo a capire come l'idea di fondo che guidò i costituenti fu evidentemente quella secondo la quale la guerra non è affatto un diritto cui rinunciare, poiché un vero e proprio *jus ad bellum* non dovrebbe esistere in uno stato democratico. Peraltro, a suffragio di quanto affermato giova

¹³⁵ Per una più ampia ricostruzione, L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013.

¹³⁶ La prima versione del testo dell'art. 11 (art. 4 del Progetto), originariamente redatto da Dossetti e portato al voto della Prima Sottocommissione per la Costituzione nel dicembre del 1946, recitava: «La Repubblica *rinunzia* alla guerra come strumento di conquista o di offesa alla libertà degli altri popoli e consente, a condizioni di reciprocità, le limitazioni di sovranità necessarie alla difesa e alla organizzazione della pace» (Tupini, Seduta del 3 dicembre 1946, I Sottocommissione, in A.C., 452).

¹³⁷ Ruini, Seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, in A.C. p. 2432. Vale la pena rammentare che nella medesima seduta, ricorrendo allora il terzo anniversario della strage nazista delle Fosse Ardeatine, il Presidente Terracini dinanzi ad una Assemblea levatasi in piedi ricordava le vittime della strage e ammoniva a rispondere alla «bestialità del nemico» e all'orrore della guerra con «il sentimento, la fraternità di tutti gli uomini contro il male e per il bene comune» (ivi, 2414).

¹³⁸ R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990.



ricordare che il ripudio della guerra contenuto nella nostra carta dei diritti non è affatto un riferimento isolato. Esso è frutto di una volontà costituente condivisa che trascende le provenienze politiche o geografiche; una volontà costituente che ha trovato traduzione normativa sia nel mezzo della Seconda guerra mondiale – ad es. nella dichiarazione di principi nota come Carta Atlantica sottoscritta nel 1941 da Roosevelt e Churchill a bordo di una nave da guerra¹³⁹ – che, soprattutto, in molte delle costituzioni ad essa successive. Ad esempio, la Legge Fondamentale tedesca dichiara incostituzionali e criminalizza tutti gli atti posti in essere «con l'intento di turbare la pacifica convivenza dei popoli, e specificamente di preparare una guerra d'aggressione» (art. 26); la Costituzione francese del 1946, che influenza ebbe anche sui lavori preparatori che poi portarono alla formulazione del nostro art. 11, consente nel suo Preambolo a limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace; quella giapponese del 1947 non solo declama la rinuncia definitiva alla guerra ma disconosce apertamente l'esistenza di un *jus ad bellum* dello Stato (art. 9)¹⁴⁰.

Lo *Zeitgeist* a livello internazionale fu, allora, chiaramente quello di rifondare nelle nuove democrazie post-belliche le relazioni tra Stati perché queste non fossero più basate su rapporti di forza e competizione, bensì su rapporti di collaborazione e convivenza pacifica. Questa fu proprio una delle ragioni che spinse molti popoli a coltivare il «desiderio normativo» di una costituzione¹⁴¹ quale meccanismo giuridico di ordinamento del caos, limitazione dei poteri e presidio delle libertà fondamentali. E la chiave di volta del linguaggio giuridico post-bellico per raggiungere tale fine fu proprio la rifondazione semantica del concetto di forza e la sua progressiva espulsione dalla sfera del giuridicamente legittimo. Tale approccio costituì senza dubbio una rottura rispetto al passato.

Anteriormente alla Carta delle Nazioni Unite del 24 ottobre 1945, la libertà di ricorrere alla forza armata per la soluzione di controversie internazionali era riconosciuta quale manifestazione della sovranità statale. L'esigenza di una giustificazione esterna della guerra e, pertanto, la ricerca di un *bellum iustum*

¹³⁹ Il testo può leggersi online: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_16912.htm.

¹⁴⁰ M.G. Losano, *Le tre Costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle Costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2020. Per una discussione comparata della disciplina della guerra nel diritto costituzionale, cfr. A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁴¹ K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1959.



iniziata con Agostino¹⁴², consolidata con le tre *condiciones* di Tommaso d'Aquino¹⁴³ e con la scuola di Salamanca¹⁴⁴, aveva perso di centralità con l'avvento della modernità giuridica: un'epoca in cui la guerra si trasforma in strumento statalizzato. Lo Stato moderno diviene, infatti, l'unico 'signore della guerra' rivendicando per sé il monopolio sull'uso legittimo della forza. Esso è detentore dell'*imperium* e uno degli *arcana imperii* è proprio il *jus ad bellum* ossia il legittimo ricorso alla forza armata¹⁴⁵.

A dire il vero, già prima della fine del secondo conflitto mondiale, alcuni passi avanti nella direzione di limitare la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali furono fatti grazie al Patto della Società delle Nazioni del 1919 e al Patto Kellogg-Briand del 1928 firmato dalle 15 potenze più eminenti con l'eccezione significativa dell'U.R.S.S.¹⁴⁶ Tuttavia, fu solo al termine della Seconda guerra mondiale che la categoria politico-giuridica della guerra (e della pace) mutò sensibilmente.

Anzitutto, l'Accordo di Londra del 1945 istitutivo del Tribunale di Norimberga diede avvio ad un processo di criminalizzazione delle condotte violative della pace e di repressione della violenza istituzionalizzata in tempo di guerra. Fu così che si prevede la punibilità dei *crimes against peace* (art. 6 a), dei *war crimes* (art. 6 b) e dei *crimes against humanity* (art. 6 c), in reazione agli atti di barbarie che avevano caratterizzato il conflitto bellico¹⁴⁷. Nondimeno, il vero punto di svolta del diritto internazionale di pace e del diritto internazionale bellico si deve alla Carta dell'ONU del 1945¹⁴⁸. Essa bandì non solo l'uso, ma anche la semplice minaccia di impiego della forza (art. 2, para. 4) con l'eccezione del «diritto naturale» alla legittima difesa individuale e collettiva «nel caso in cui si verifichi un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite» (art. 51). Tale divieto assurse presto a principio generale e ad *opinio iuris* diffusa degli Stati anche grazie alle risoluzioni della

¹⁴² AUG., *quaest. hept.* 6,10.

¹⁴³ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 40, a.1., che richiede quali tre condizioni perché un *bellum* sia *iustum*: i) l'autorità del principe, per ordine del quale deve esser proclamata; ii) una causa giusta; e iii) che l'intenzione di chi combatte sia retta.

¹⁴⁴ F. De Vitoria, *Relectio de Jure Belli* (1539), trad. it., Bari-Roma, Laterza, 2005.

¹⁴⁵ C. Galli (a cura di), *Guerra*, Bari-Roma, Laterza, 2004.

¹⁴⁶ O.A. Hathaway – S.J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York, Simon&Schuster, 2017.

¹⁴⁷ La *Charter of the International Military Tribunal* allegata all'Accordo di Londra si può consultare online (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf).

¹⁴⁸ N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021, 23 ss.



Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹⁴⁹ e ad alcuni *leading cases* decisi dalla Corte Internazionale di Giustizia come il caso *Nicaragua c. USA* del 1986¹⁵⁰.

Fu così che, almeno sino agli anni '80 del secolo scorso, si formò una sorta di koinè ermeneutica e culturale attorno al tramonto dello *jus ad bellum* come attributo coesistente alla esistenza politica degli Stati, e che, contemporaneamente, il divieto generalizzato dell'uso della forza sancito nella Carta ONU divenne *Grundnorm* e riferimento sistematico per qualsiasi interpretazione – anche di diritto interno – sul concetto di guerra come strumento per la definizione delle relazioni internazionali¹⁵¹.

Questo «addio alle armi» pro-pacifista è stato particolarmente evidente in Europa. In parziale rottura rispetto al proprio passato imperialista, nel periodo della guerra fredda – *rectius* nei Trenta gloriosi – l'Europa ha preferito il *welfare* al *warfare* inaugurando ciò che James Sheehan ha definito una «età post-eroica»¹⁵². Un'era di demilitarizzazione passata attraverso una sensibile diminuzione della spesa militare, un incremento della legislazione sociale e, soprattutto, una demarzializzazione del diritto e della mentalità pubblica.

Il più chiaro epifenomeno di questa età post-eroica fu la manifestazione contro la guerra in Iraq tenutasi contemporaneamente nelle maggiori capitali europee nel febbraio 2003. Tale evento segnò uno spartiacque tanto significativo da indurre due tra le menti più raffinate della nostra epoca, Derrida e Habermas, a scrivere un celebre appello/manifesto incentrato sull'identità e sui valori dell'Europa. Questo manifesto auspicava una politica estera europea basata sull'etica pacifista e allo stesso tempo sottolineava da questa prospettiva il crescente divario tra il vecchio continente e tutta l'anglosfera¹⁵³; lo stesso divario che ha portato alcuni pensatori *neo-con* americani a criticare gli europei per il loro disimpegno militare e dire con

¹⁴⁹ Si vedano specialmente le risoluzioni n. 3314 (XXIX) del 1974 e n. 42/22 del 1987.

¹⁵⁰ Nel caso *Nicaragua c. USA* la CIG condannò gli USA respingendo l'allegazione americana secondo la quale il bombardamento dei porti nicaraguensi integrasse un atto di autodifesa collettiva. La Corte argomentò, al contrario, che il finanziamento americano ai *contras* rappresentava un'illecita intromissione negli affari interni del Nicaragua con l'obiettivo di sovvertirne gli assetti politici; ma come è noto tale sentenza non fu rispettata dal Governo americano. Sul punto, da ultimo, D. Ganser, *Le guerre illegali della NATO*, trad. it., Roma, Fazi, 2023, 232-244.

¹⁵¹ Ricostruisce perfettamente questo clima M. Dogliani, *Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra*, in P. Carnevale (a cura di), *Guerra e costituzione*, Torino, Giappichelli, 2004, *spec.* 37-38.

¹⁵² J.J. Sheehan, *Where Have All the Soldiers Gone? The Transformation of Modern Europe*, New York, Houghton Mifflin, 2008.

¹⁵³ J. Habermas – J. Derrida, *February 15, or What Binds Europeans Together: A Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe*, in *10 Constellations* 291, 292-295 (2005).



un malcelato e ingiustificato senso di superiorità che: «Americans are from Mars and Europeans from Venus»¹⁵⁴.

3.3. *L'art. 11 Cost. nel letto di Procuste: evoluzione o revisionismo costituzionale?*

Sia le notazioni genealogiche ora riportate sull'origine del fraseggio adottato nell'art. 11 Cost. che il clima politico-giuridico post-bellico confermano l'ispirazione pacifista – che, si noti, non è da confondersi con una mera aspirazione ideale – della nostra Carta dei diritti. L'art. 11 non è un principio programmatico privo di forza precettiva¹⁵⁵. Esso è un principio fondamentale del nostro ordine costituzionale che impone nella sua portata normativa di «perseguire attivamente una politica pacifista»¹⁵⁶ e, pertanto, configura una direttiva d'azione cogente per i pubblici poteri secondo la quale le controversie internazionali, come quella in atto, andrebbero risolte primariamente per via negoziale.

Perché, allora, l'art. 11 viene confinato in un letto di Procuste attraverso prassi interpretative che, esaltando il suo versante internazionale, sminuiscono la portata vincolante del «ripudio della guerra» sino ad una sua decostituzionalizzazione di fatto?

Sul punto si è autorevolmente sostenuto che la prassi dei rapporti internazionali che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha legittimato l'uso della forza anche al di fuori della legalità ONU avrebbe «appannato» il principio pacifista della nostra Costituzione, richiedendone una revisione interpretativa¹⁵⁷. Questo perché l'ingresso sulla scena internazionale di guerre umanitarie e preventive avrebbe ampliato consuetudinariamente le ipotesi di guerra difensiva compatibili con lo Stato costituzionale modificando i confini tra guerra lecita e illecita. Poi, sempre seguendo un'analogia linea di pensiero, proprio in occasione del conflitto russo-ucraino, si è giustificato l'invio di armi italiane come esempio di integrazione tra ordinamento interno e internazionale, inquadrandolo nell'ambito degli obblighi derivanti dalla adesione dell'Italia alle «organizzazioni internazionali» (art. 11

¹⁵⁴ R. Kagan, *Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, London, Atlantic Books, 2003.

¹⁵⁵ Classico sul tema resta V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

¹⁵⁶ A. Cassese, *Art. 11*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 575.

¹⁵⁷ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 10.



Cost.) e dell'obbligo di interpretazione conforme alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 Cost.)¹⁵⁸.

Tuttavia, tali conclusioni, per quanto autorevoli, non convincono del tutto. Esse contrastano con la genealogia dell'art. 11 cui si è accennato in precedenza. Inoltre, è la stessa struttura sintattica dell'articolo a render difficile aderire all'impostazione ermeneutica ora prospettata. L'articolo in parola non è diviso in commi. Esso ha una struttura unitaria, constando di un'unica frase divisa da due punti e virgola, e ciò riflette la *ratio* unitaria e la continuità logico-concettuale del principio contenuto al suo interno. L'enunciazione del principio pacifista e la sua precettività si trovano nel primo alinea in cui si afferma che «l'Italia ripudia la guerra». È sì vero che il prosieguo del testo recita che l'Italia consente a limitazioni di sovranità e partecipa a organizzazioni internazionali. Nondimeno, nell'aprire l'ordinamento italiano a quello internazionale e sovranazionale, i Costituenti non hanno certo inteso lasciare *carte blanche* al diritto e alle organizzazioni internazionali trasferendo ad esse pieni poteri decisionali in merito alla propria politica estera in campo bellico. Al contrario, l'art. 11 funzionalizza le limitazioni di sovranità e la partecipazione ad organismi internazionali al raggiungimento di due fini: la «pace e la giustizia tra le Nazioni» che, dunque, costituiscono allo stesso tempo sia la *condicio sine qua non* della adesione italiana che anche gli obiettivi del suo piano internazionalistico¹⁵⁹.

Ne è che, nell'architettura democratica e istituzionale del nostro ordinamento, il diritto internazionale e la Costituzione sono pensati come un doppio sistema di garanzie a tutela della pace. E non potrebbe esser diversamente per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto l'obbligo di interpretazione conforme ex art. 10 Cost. non può portare in alcun caso ad una interpretazione decostituzionalizzante dell'art. 11. Questo perché i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, di cui l'art. 11 fa parte, costituiscono, secondo consolidata giurisprudenza del Giudice delle leggi, un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute»¹⁶⁰ laddove tali norme si pongano in conflitto con essi.

¹⁵⁸ Si veda, ad esempio, M. Iovane, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Oss. Cost.*, 3, 2022, 18-19; G. De Vergottini, *La Costituzione e il ritorno alla guerra*, *ivi*, 89-90.

¹⁵⁹ In tal senso v. U. Allegretti, *Guerra del Golfo e Costituzione*, in *Foro It.*, 1991, 384 ss.; Id., *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Dir. pubbl.*, 2005, spec. 104 ss.; L. Carlassarre, *L'art. 11 nella visione dei Costituenti*, cit.; G. Azzariti, *La Costituzione rimossa*, cit., pp. II-II. V. anche E. Caterina – M. Giannelli – D. Siciliano, *Il ripudio della guerra preso sul serio. Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina* consultabili sul sito <http://www.sidiblog.org/2022/04/26/il-ripudio-della-guerra-preso-sul-serio-quattro-tesi-sullincostituzionalita-dellinvio-di-armi-allucraina/>.

¹⁶⁰ Corte Cost. sent. n. 48/1979, 73/2001, 238/2014.



Inoltre, gli organismi internazionali come l'ONU dovrebbero tendere geneticamente alla risoluzione pacifica delle controversie (art. 52, 3 Carta ONU) e certo l'adesione italiana alla NATO – che è un'alleanza difensiva più che un'organizzazione internazionale – non può fungere da scusante per operare *contra constitutionem*¹⁶¹.

Ed ecco, allora, che anche in occasione del presente conflitto lo iato tra parola e azione, tra principio e realtà, si è reso nuovamente tanto palese quanto inaccettabile. Questo perché si è abdicato all'idea di utilizzare la politica come processo di costruzione democratica e il diritto e la diplomazia come strumenti per raggiungere tale scopo.

Alla posizione appena espressa si risponde frequentemente con argomentazioni che, in ultimo, risultano funzionali ad una visione belligerante della realtà. Ad esempio, quella secondo la quale la Russia sarebbe la personificazione del Male radicale – qui la retorica degli Stati canaglia (*rogue states*) utilizzata dall'Amministrazione Bush nel post 9/11 si ripresenta come il fantasma di Banquo – con il quale non solo non sarebbe *possibile*, ma non sarebbe *etico* e *legittimo* trattare. In più, la stessa idea per la quale la Russia è personificazione del nemico serve altresì a legittimare misure eccezionali. E in effetti, l'articolo 1 del D.L. 2 dicembre 2022, n. 185 con quale si è autorizzata la proroga della cessione di armi all'Ucraina è una deroga eccezionale alla Legge Organica del 1990 che sancisce il divieto di collaborazione bellica con un paese in guerra¹⁶².

Ora, non occorre aver letto Schmitt o Agamben per comprendere che l'eccezione si invoca laddove non si possa/voglia applicare la norma ordinaria. Nel caso di specie, dato che l'Ucraina non fa parte della NATO e non è uno Stato membro dell'Unione Europea, e considerato che l'Italia non versa in stato di guerra (artt. 78 e 87 Cost.) né è direttamente coinvolta in una guerra difensiva del proprio territorio (art. 52 Cost.), non ci troviamo propriamente di fronte ad un atto obbligato. Di conseguenza, non può parlarsi di 'impossibilità'¹⁶³. Sarebbe stato sufficiente invocare il principio di neutralità e l'applicazione dell'art. 11 Cost. contribuendo alla causa del paese invaso esclusivamente attraverso una solidarietà disarmata, ossia mediante aiuti umanitari. Ma se non si tratta di comportamento obbligato, allora la

¹⁶¹ G. Azzariti, *op. loc. ult. cit.*; U. Allegretti, *Guerra del Golfo e Costituzione*, cit., 392-394; L. Sico, *Senso e portata dell'art. 11 della Costituzione nell'attuale contesto normativo e nelle proposte di riforma costituzionale*, in *Dir pubbl. comp. eur.*, 2003, 1511 ss.

¹⁶² Più precisamente i decreti di invio armi derogano alle disposizioni di cui alla legge 9 luglio 1990, n. 185, agli artt. 310 e 311 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 e alle relative disposizioni attuative.

¹⁶³ C. De Fiores, *op. cit.*, 39 ss.



condotta dell'Esecutivo cade nell'alveo della discrezionalità politica e l'eccezionalità è più che altro un *vestmentum* utilizzato per giustificare le proprie azioni. La straordinarietà della situazione è, poi, sempre secondo la suddetta vulgata di pensiero che tinge le proprie argomentazioni di giusnaturalismo nel tentativo di far passare alcune azioni come naturali e necessarie, esattamente ciò che renderebbe l'attuale conflitto un *bellum iustum*.

Orbene, a tacer del fatto che qualsiasi naturalismo è in sé antipolitico – poiché serve a tacitare la discordia politica – ed antiggiuridico – poiché mira a paralizzare l'evoluzione del diritto e la critica dello *status quo* – l'idea di guerra giusta è una narrazione da sempre impiegata a fini (neo)coloniali per prendere e mai per comprendere (es. si ricorse ad essa durante la *Conquista* delle Americhe col fine di depredare i nativi dei loro beni)¹⁶⁴. Non può esistere alcuna guerra giusta¹⁶⁵. Sia nella versione giusnaturalistica che giustifica i mezzi (la guerra) attraverso la giustizia dei fini (es. esportare la democrazia, contribuire all'autodeterminazione dei popoli etc.), che in quella giuspositivista che giustifica, invece, i fini attraverso la legittimità dei mezzi (la guerra legale o legalizzata), trattasi di strategie argomentative utilizzate per rendere socialmente accettabile e oggettivizzare, depoliticizzandola, la decisione soggettiva e politica di chi dà avvio all'atto bellico o vi aderisce. La stessa idea di atto «giusto», infatti, implica un atto *secundum jus*, ma la guerra, in virtù della sua eccezionalità ontologica rispetto alla *rule of law*, potrà anche avvenire *secundum legem*, ma non può, perlomeno nel diritto contemporaneo, a rigore dirsi legittima e condotta *jure*. Essa, semmai, determina un «fallimento del diritto»¹⁶⁶ se non, addirittura, la sua «antitesi»¹⁶⁷.

Risibile è, poi, l'idea della guerra come mezzo di promozione di «valori superiori»¹⁶⁸. La storia insegna, almeno dalle crociate in poi, che dietro le guerre condotte sotto il pretesto di promuovere o difendere alcuni valori (es. democrazia e

¹⁶⁴ T. Todorov, *La conquista dell'America: il problema dell'«altro»*, Torino, Einaudi, Torino 2005; E. Ariano, *Ius includendi, Note su natura e beni comuni in America Latina: il caso dell'Ecuador*, in A. Quarta - M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016, spec. 60-64.

¹⁶⁵ M. Dogliani, *La guerra in Ucraina*, cit., 11 cristallinamente conclude: «le guerre andrebbero considerate nel loro eterno ripetersi, come fenomeni esecrabili ma diffusi e continui, tutti identici perché non esistono guerre giuste e ingiuste [...] nessuno da giustificare in nome di principi superiori non negoziabili neanche se proclamati da vaste «alleanze difensive»».

¹⁶⁶ U. Allegretti, *Guerra del Golfo e Costituzione*, cit., 382.

¹⁶⁷ N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, 2 ed., Bologna, Il Mulino, 1984, 112.

¹⁶⁸ Un classico esempio di tale retorica si trova in F. Fukuyama, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.



libertà) si cela una volontà di dominio e conquista, semplicemente inserita in una narrazione atta a renderla accettabile dall'opinione pubblica internazionale¹⁶⁹. La missione di denazificazione dell'Ucraina di Putin o la promozione della democrazia in Afghanistan condotte *attraverso* interventi militari, al netto delle differenze specifiche, rispondono entrambe ad una vocazione imperialista che con la libertà e la democrazia poco c'entrano. Del pari, non esistono armi puramente difensive e, tantomeno, armi non letali a meno che il nostro paese stia inviando dardi e cerbottane, cosa che non è dato sapere visto che la lista dei dispositivi bellici inviati dall'Italia resta secretata, mentre la conoscenza dello specifico tipo di armi inviate contribuirebbe alla valutazione della legittimità/illegittimità costituzionale degli aiuti italiani¹⁷⁰.

4. *Concludendo: per un ritorno al diritto*

Due anni sono ormai trascorsi dallo scoppio del conflitto russo-ucraino. A fronte della persistente imprevedibilità del suo esito, però, un aspetto è emerso in modo cristallino: le ragioni della forza hanno prevalso su quelle del diritto. Le parole del diritto sono state nuovamente distorte e piegate sino ad indebolire il dettato costituzionale che ha dovuto ceder il passo di fronte a esigenze belliche e pressioni internazionali. Questo rende ancor più manifesta l'attuale fragilità del discorso giuridico nel circuito di produzione delle idee e delle soluzioni istituzionali. È, dunque, ancora possibile, in questo quadro, parlare di ritorno al diritto?

4.1. *La fragilità del legal discourse*

Il *legal discourse* appare, oggi più che mai, recessivo rispetto ad altri linguaggi influenti.

Lo è rispetto a quello economico, giacché in un'epoca neoliberale nella quale la «teologia economica» diviene paradigma di interpretazione della tradizione giuridica¹⁷¹, il diritto per esser efficiente deve esser *market friendly* e limitarsi a «mimare il mercato» senza intralciarlo né correggerlo. Il che porta a due storture: in primo luogo, si continua ad alterare il compromesso tra capitalismo (disuguaglianza economica) e democrazia (eguaglianza politico-sociale) a favore

¹⁶⁹ L. Canfora, *Esportare la libertà. Il mito che ha fallito*, Milano, Mondadori, 2007.

¹⁷⁰ G. Zagrebelsky, *Il governo dichiara che armi invia a Kiev*, in *La Stampa*, 8 giugno 2023.

¹⁷¹ G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2022, 204 ss.



del primo e a danno della seconda, tradendo l'idea stessa di Stato Costituzionale che, in quanto stato sociale, è chiamato ad intervenire proprio per «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona»; in secondo luogo, l'idea stessa del *market-mimicking* trasforma il dialogo tra diritto ed economia in un monologo della seconda sul primo, secondo i canoni della più retriva *Economic Analysis of Law*¹⁷².

Lo è rispetto a quello tecnologico poiché nell'attuale fase di *surveillance capitalism* che mira a incorporare tutta l'esperienza umana (abitudini, orientamenti politici etc.) nelle dinamiche di mercato per mercificarla¹⁷³, il diritto è ridotto a meccanismo di estrazione del capitale sulla nuova frontiera di accumulo capitalistico, ossia quella tecnologica¹⁷⁴.

Lo è rispetto a quello politico poiché lo stato di emergenza permanente, di cui anche questa guerra fa parte, serve a spegnere lo spirito critico di cui il diritto è – *rectius* dovrebbe essere – portatore.

Si badi bene, l'attenzione alla lingua con la quale gli apparati di potere si esprimono, è centrale. Non solo perché, al di là di falsi purismi, il rapporto tra diritto, potere e gruppi d'interesse è inscindibile¹⁷⁵, ma anche perché, come è stato ben detto, «la lingua è fascista»¹⁷⁶. Essa ha un potere coercitivo su chi parla e veicola una serie di significati ben precisi. Laddove, dunque, non si voglia cadere in un cieco fideismo nella neutralità del diritto o restar confinati in una visione meramente normativistica del fenomeno giuridico, diviene essenziale considerarne la

¹⁷² Guido Calabresi, con l'usuale chiarezza, distingue tra la *Economic Analysis of Law*, in cui è il discorso economico a costituire l'unica lente attraverso la quale osservare i fenomeni sociali, e la *Law and Economics* che, invece, costituisce un tentativo di dialogo interdisciplinare tra diritto e economia (G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven-London, 2016, 2-23).

¹⁷³ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it., Luiss, Roma, 2019; C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Washington DC, Penguin, 2016.

¹⁷⁴ K. Pistor, *The Code of Capital. How Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton-Oxford, 2019; U. Mattei, *Do Smart Things Make Us Dumb? Reflections on the Addiction Crisis of Cyborg Consumerism*, in *Rev. Eur. Droit La Consomm / Eur. J. Consum. L.* 613 (2020).

¹⁷⁵ Per tutti, R.M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975; Id., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Risk*, London-New York, Verso, 2015.

¹⁷⁶ R. Barthes, *Lezione. Il punto sulla semiotica letteraria*, Einaudi, Torino, 2001, 178.



dimensione narrativa¹⁷⁷ e linguistica¹⁷⁸. Il diritto, infatti, funge anche da prisma teorico-linguistico attraverso il quale si rappresenta ed esprime una particolare *Weltanschauung*¹⁷⁹. Questo perché il discorso giuridico ha un carattere sia «educativo» – nel senso che prescrive cosa di volta in volta può esser detto/fatto attraverso quel linguaggio – che «creativo» – poiché crea un linguaggio ed una comunità di riferimento che aderisce a determinati codici narrativi e valoriali di cui quel linguaggio è foriero¹⁸⁰.

Ne è che la colonizzazione del discorso giuridico da parte di altri linguaggi influenti e, pertanto, il diffondersi di linguaggi la cui semantica è sottratta al magistero del giurista, deve esser studiata attentamente poiché mette in luce trasformazioni sistemologiche e sociali che non possono che incidere sulla grammatica del diritto e della democrazia. È ovvio, infatti, che se compito del diritto è conformarsi al mercato o tradurre in legge un diktat politico, esso diviene replica di un ordine che sta *fuori* (eteronomia del discorso giuridico) e *sopra* di esso (subordinazione). Inoltre, in tale processo conformativo a modificarsi è il ruolo del giurista. Questi, da guardiano dell'ordine giuridico e tessitore della delicata dialettica tra teoria giuridica e prassi politica¹⁸¹, diviene meccanico ripetitore di saperi altri che non padroneggia. Ma proprio in questo modo il giurista perde pericolosamente la capacità di critica e resistenza rispetto ai processi decisionali rischiando di abdicare a quella vocazione sapienziale e civile che ha storicamente caratterizzato il suo successo professionale¹⁸².

Per queste ragioni, così come i realisti criticavano la «mechanical jurisprudence»¹⁸³ per esser cieca rispetto agli effetti sociali del suo operato, va del pari stigmatizzata

¹⁷⁷ R.M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.* 4 (1983).

¹⁷⁸ Per tutti, P. Goodrich, *Legal discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, New York, St. Martin's Press, 1987, *spec. cap.* 6-8; R. Sacco, *Langue et droit*, in *Les multiples langues du droit européen uniforme*, éd. par Id. et L. Castellani, Torino, L'Harmattan, 1999, 163-185.

¹⁷⁹ C. Costantini, *Nomos e rappresentazione. Ripensare metodi e funzioni del diritto comparato*, Milano-Udine, Mimesis, 2017.

¹⁸⁰ Così J.B. White, *Heracles Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, 34. L'A. definisce il diritto come una «constitutive rhetoric» che crea una «ethical identity [...] The lawyer's speech is always implicitly argumentative not only about the result - how should the case be decided? - and about the language -in what terms should it be defined and talked about? - but also about the rhetorical community of which one is at that moment a part» (*ibidem*).

¹⁸¹ Cfr. R.C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1991.

¹⁸² A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in *Foro Italiano*, V, 1983, 85 ss.

¹⁸³ R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, in 8 *Columbia L. Rev.* 695 (1908).



l'allarmante *deminutio* del giurista a «mechanical lawyer» che, sordo alle sfide poste alla cultura dei diritti dagli eventi recenti, si limiti ad *aderire* al pensiero dominante. Inoltre, questa condizione di persistente subalternità del giuridico fa sì che il *diritto*, inteso come istituzione posta a guardia della razionalità del potere, perda mordente sociale e sia sempre più ridotto a *legge*¹⁸⁴ - quest'ultima intesa in senso formale¹⁸⁵. E se è vero che ogni riduzione produce una perdita di senso, la transizione da *jus* (giustizia) a *lex* (obbligatorietà), segna un passo indietro nella civiltà giuridica perché la legge da sola è, in ultimo, solo il «comando del sovrano che esercita il proprio potere»¹⁸⁶. Tale passaggio allontana la visione ordinamentale del fenomeno giuridico inteso come specchio della società nel suo divenire storico, a favore di una visione potestativo-formalista. Si riduce il diritto a comando e quindi a legge del più forte, a ordine del *Commander in chief*, che stabilisce le regole del gioco cui gli altri debbono semplicemente *aderire* e *obbedire*. Se questo è un diritto democratico, ciò che esprime è una «democrazia dei signori»¹⁸⁷. A ben vedere, infatti, tale lettura agevola l'imporsi di istituzioni autoritarie e guarda al diritto come mero strumento di «disciplinamento sociale» con cui trasformare i cittadini in un aggregato di sudditi «docili e obbedienti» i cui diritti possono esser violati o affievoliti quando la *voluntas principis* lo ritiene necessario¹⁸⁸.

Lo stridore di questa condizione rispetto all'*idéal* della *rule of law* si avverte soprattutto in una tradizione giuridica come quella occidentale. Quest'ultima, ha costruito la propria narrazione sul primato del diritto rispetto ad altri meccanismi di regolazione sociale (religione, politica, tradizione)¹⁸⁹. Nella *Western legal tradition* al diritto è stata riconosciuta la virtù taumaturgica di regolare l'antagonismo sociale e salvare l'umanità dal disordine dello stato di natura e, financo, la capacità di trascendere l'esistenza di Dio, secondo il celebre «etiamsi daremus» con cui Ugo Grozio inaugura la stagione moderna del giusnaturalismo laico. Ma, allora, proprio

¹⁸⁴ Da ultimo, U. Mattei, *The Death of the Law*, in 3 *Global Jurist* 1 (2023).

¹⁸⁵ La precisazione non è superflua poiché il formalismo legalistico tende a equiparare la legge alla legislazione obliterando l'eccedenza di significato che il termine possiede al di là della tradizionale lettura riduzionista. Sul tema v. la colta disamina di P.G. Monateri, *Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal 'costume' alla soft law*, Napoli, ESI, 2013; Id., *I confini della legge*, Torino, Bollati Boringhieri, 2014.

¹⁸⁶ J. Bodin, *Les six livres de la République*, lib. I, cap. VIII (1576).

¹⁸⁷ L. Canfora, *La democrazia dei signori*, Roma-Bari, Laterza, 2022.

¹⁸⁸ M. Foucault, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France (1975-76)*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2020.

¹⁸⁹ Per tutti, v. U. Mattei – P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997, 62-79; H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1998.; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2017.



secondo questa visione della giuridicità, una emergenza bellica dovrebbe rappresentare il banco di prova perfetto per dimostrare l'impegno verso lo stato di diritto. Durante le emergenze le leve del potere si spostano nelle mani degli esecutivi. Il dissenso viene limitato in nome di un bene superiore (es. sicurezza pubblica, salute etc.) e, pertanto, lo iato tra la legalità formale delle decisioni politiche e la loro legittimità democratica tende farsi maggiore. Proprio in queste condizioni, quando anche la *lex* comprime i diritti, il *jus* dovrebbe funzionare come scudo ultimo delle libertà civili¹⁹⁰. In tempo di guerra, infatti, l'alternativa al diritto è ciò che Polibio chiamava la *cheirocrazia* ossia la degenerazione della democrazia in dominio della forza bruta¹⁹¹.

Eppure, questo non accade. Anche solo restringendo il discorso ai conflitti bellici, è sufficiente osservare con quanta facilità la cultura dei diritti sia stata tradita nelle guerre che hanno coinvolto l'Occidente (es. Kosovo, Iraq, Afghanistan, Libia) per saggiare la misura in cui lo stato di diritto abbia ceduto e ceda rispetto alla *rule of politics*. Ma se è proprio nei momenti in cui il sistema di garanzie offerte dal diritto è più necessario che si disattende la *rule of law*, essa diviene una mera strategia discorsiva: un principio *à la carte* che si invoca laddove esso sia funzionale all'egemonia e alla circolazione del modello occidentale, ma che si sacrifica ogniqualvolta intralci i suoi interessi¹⁹². Ed è proprio in questa persistente discrasia tra declamazioni e regole operative, tra detto e fatto, che la giuridicità occidentale tradisce sistematicamente la propria immagine e i suoi valori fondativi: se il diritto è ridotto a utile idiota del potere, esso si impoverisce e passa dall'esser guardiano del potere e istituito *hominum causa* – ossia edificata *da e per* l'uomo secondo la celebre definizione di Ermogeniano¹⁹³ – a mero dispositivo di riproduzione dell'ordine esistente manipolabile dal potere di turno¹⁹⁴.

Sovvengono alla mente, a tal proposito, le parole proferite da Lord Radcliffe nel corso delle *Rosenthal Lectures* del 1960. Egli rimarcava che le democrazie liberali prendono con troppa leggerezza il proprio ordine giuridico, dandolo talora per scontato sul presupposto che esso meriti obbedienza e vigenza per il solo peso della tradizione. Questa leggerezza, aggiungeva Radcliffe, è preoccupante poiché il

¹⁹⁰ Cfr., *e multis*, A. Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in 116 *Harv. L. Rev.* 19 (2002).

¹⁹¹ POLIBIO, *Storie*, trad. it., Milano, Mondadori, 1988, VI, 9, 6-7.

¹⁹² U. Mattei – L. Nader, *op. cit.*

¹⁹³ D. 1, 5, 2.

¹⁹⁴ Cfr. J.B. White, *Keep Law Alive*, Durham, North Carolina Academic Press, 2019, 130-134 *et passim.*; U. Mattei, *A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in 10 *Indiana J. Global Leg. Stud.* 383 (2003).



cittadino, nel decidere se aver fiducia nel sistema giuridico e riconoscervisi aderendo ai suoi principi e osservando i suoi precetti, deve sapere cosa esso rappresenta e quali siano i suoi scopi ultimi. Perché ciò sia possibile il diritto deve presentarsi come un'incarnazione della saggezza collettiva e non come il prodotto della volontà politica di questo o quel legislatore¹⁹⁵. E ciò vale a maggior ragione per la Costituzione che è fondamento normativo dello Stato democratico e riferimento identitario, culturale e assiologico della comunità dei suoi cittadini.

4.2. *Diritto e guerra tra resistenza e contro-egemonia*

Per le ragioni ora esposte, la riproposizione della narrazione che erge l'Occidente a campione di legalità e difensore dei diritti degli oppressi anche in occasione dell'attuale emergenza bellica continua ad esser vuota retorica se le fonti che più di tutte dovrebbero materializzare tale narrazione nella storia – le Costituzioni – restano lettera morta o si cerca di eluderne i principi con *escamotage* linguistici o interpretazioni abroganti, come è avvenuto per l'art. 11 Cost.

Con quanto detto non si intende certo prender posizione a favore della ossificazione del testo costituzionale né si vuole negare l'importanza di prassi interpretative che adeguino il dettato costituzionale alle trasformazioni sociali. Tuttavia, un conto è constatare che il diritto non è ma *diviene* e che questo dinamismo giustifica evoluzioni interpretative; un altro è aprire a interpretazioni revisioniste del testo costituzionale che ne limitano a tal punto la portata operativa da snaturarne le parole, il portato assiologico e le finalità, risultando in un'abrogazione sostanziale dello stesso a fronte di una sua vigenza formale¹⁹⁶. Un esempio di questa tendenza revisionista si ritrova nella riproposizione dell'idea secondo la quale l'estensione semantica del concetto di guerra difensiva dovrebbe tenere conto degli equilibri egemonici; in particolare dell'egemonia degli USA che «con la forza persuasiva dei fatti, consentita dalla loro potenza bellica» hanno affermato «un proprio diritto che si affianca, derogandolo di volta in volta pur non impedendone la permanente validità, a quello delle Nazioni Unite»¹⁹⁷.

Orbene, siffatte posture interpretative non sono condivisibili poiché contribuiscono a ridurre il diritto ad apologia del potere politico facendo prevalere

¹⁹⁵ Lord Radcliffe, *The Law and its Compass*, London, Faber & Faber, 1960, 3-11 e 69 ss.

¹⁹⁶ Per una autorevole critica di tale atteggiamento, G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamenti*, 2 ed., Roma-Bari, Laterza, 2016.

¹⁹⁷ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione*, cit., 11.



la legge della forza sulla forza della legge¹⁹⁸. Al contrario, specialmente in un momento come quello attuale in cui l'eccezione è normalizzata, servirebbe una *lettura resistente*¹⁹⁹. E al centro della resistenza c'è la critica²⁰⁰, per cui urge un ripensamento radicale della giuridicità che non sia mera riproduzione degli assetti egemonici esistenti, ma che anzi concepisca il diritto in chiave contro-egemonica per evidenziare le contraddizioni del potere, proporre alternative allo *status quo* e garantire il diritto al dissenso come momento necessario di intelligenza collettiva, capace di generare civiltà giuridica e trasformazione sociale²⁰¹.

Seguendo tale impostazione e superando la cortina di fumo creata per giustificare l'indebito perseverare delle operazioni belliche, gioverebbe sì un ritorno alle armi, ma a quelle offerte dal diritto e dalla diplomazia. L'unica lotta accettabile è, infatti, «la lotta per il diritto» di jheringhiana memoria²⁰². Questa sola sarebbe la via per comprendere, al di sopra di divisioni partigiane tra amico e nemico, che il ripudio della guerra di cui all'art. 11 Cost. va «preso sul serio»²⁰³. Al di là del fatto che, come sostenevano Freud e Einstein nel loro scambio epistolare sul tema, l'indignazione contro la guerra non abbisogna di argomentazioni perché «siamo pacifisti [...] per ragioni organiche»²⁰⁴, è l'essenza stessa della guerra ad esser antigiuridica – in quanto esercizio di nuda forza che è, allo stesso tempo, fallimento e negazione del diritto – nonché illogica poiché essa si pone come dispositivo di soluzione di un conflitto che, invece, non fa che attualizzare e perpetuare.

Seguire nell'invio di armamenti in costanza di conflitto equivarrebbe a voler sedare una rissa tra conoscenti dotando l'agredito più minuto e debole di un'arma; cosa che, come ben si coglie dalla semplice metafora ora impiegata, non farebbe che esacerbare lo scontro e innalzare il livello della violenza sino ad esiti potenzialmente letali. E comunque, persino nella denegata ipotesi di voler concedere la possibilità di inviare armi, una decisione politica di tale portata, che

¹⁹⁸ Avvertiva di questo rischio con focus specifico sul diritto internazionale: M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005.

¹⁹⁹ J.B. White, *Living Speech*, cit.

²⁰⁰ Sul punto, E. Said, *Umanesimo e critica democratica. Cinque lezioni*, trad. it., Milano, il Saggiatore, 2007, 87-108.

²⁰¹ B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution*, in *We the People*, vol. 3, Cambridge (Mass.) – London, Harvard University Press, 2014.

²⁰² R. Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it., Bari, Laterza, 1960.

²⁰³ U. Allegretti, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, cit., 106-110. V. anche *supra*, § 3.3.

²⁰⁴ S. Freud – A. Einstein, *Riflessioni a due sulle sorti del mondo* (1932), trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 1989, 87.

incide sulla vita e i diritti dei cittadini, avrebbe dovuto per opportunità essere sottoposta a referendum²⁰⁵. Il referendum rappresenta uno strumento che, agendo dal basso, è in grado di ridurre il divario tra legalità formale e legittimità democratica di una decisione politica. Tale meccanismo permette al depositario ultimo della sovranità – il popolo – di partecipare attivamente alla vita democratica del paese e di attuare il diritto di resistenza rispetto a scelte ritenute ingiuste o in disaccordo con la volontà della cittadinanza²⁰⁶. Ma anche questa via non è stata intrapresa.

E allora, in chiusura, non solo adatte alle circostanze attuali ma divinatorie ci sembrano le parole di Hannah Arendt quando, discutendo delle degenerazioni totalitarie del politico, ci ricorda che «[...] il potere lasciato a se stesso non può produrre altro che più potere, e la violenza impiegata per il potere (e non per la legge) scatena un processo distruttivo che si arresta solo quando non rimane più nulla da calpestare»²⁰⁷. Per non lasciare libero il potere occorre che esso sia sottoposto a vaglio critico attraverso un controllo di razionalità del suo operato che il diritto come meccanismo di organizzazione sociale è chiamato a svolgere.

La guerra, come ogni evento tragico, porta con sé la necessità di uno sguardo critico sul presente poiché, a seguito di un conflitto, «le parole perdono il loro significato»²⁰⁸ e richiedono una rifondazione semantica. Allora, sembra giunto il momento del tanto auspicato *ritorno al diritto*²⁰⁹. Ritorno che, però, non deve essere uno sguardo nostalgico al passato o un'accettazione passiva del presente, ma un avanzare verso la riaffermazione dell'autonomia della dimensione giuridica rispetto all'economia e alla politica attraverso un richiamo contro-egemonico ai

²⁰⁵ Due comitati composti da giuristi e intellettuali hanno promosso una campagna referendaria presentando due quesiti diretti all'abrogazione della L. 27-01-2023 n. 8 nella parte in cui proroga l'invio di armi, mezzi, equipaggiamenti e materiali militari ai Paesi coinvolti nel conflitto (<https://generazionifuture.org/il-significato-del-referendum-contro-la-guerra-e-a-favore-della-sanita-pubblica/i-quesiti/>). Nonostante un buon riscontro, proprio la polarizzazione del dibattito pubblico cui si è accennato ha impedito che ci fosse una reale copertura mediatica e, di conseguenza, che tale proposta giungesse ai cittadini in modo consono ad un referendum su un argomento così sensibile.

²⁰⁶ Sulla connessione tra l'istituto del referendum e le decisioni in materia di politica bellica del paese, v. l'acuta ricostruzione in chiave assiologica di P. Perlingieri – P. Femia, *Art. 78*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, 2 ed., Napoli, ESI, 2001, *spec.* 573 ss.

²⁰⁷ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, Edizioni di Comunità, 1951, 191.

²⁰⁸ J.B. White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago, Chicago University Press, 1984 (l'A. mutua il titolo da una celebre frase di Tucidide).

²⁰⁹ Per tutti, P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.



valori fondanti il nostro ordine costituzionale. Soprattutto in un'epoca segnata dalla frammentazione giuridica e sociale, e percorsa da incessanti conflitti e antinomie,²¹⁰ assume particolare rilievo il recupero della forza performativa e trasformativa del diritto. In questa prospettiva, il diritto va inteso come prassi politica di trasformazione sociale e pratica intellettuale di resistenza, utile a generare quella dose di contro-egemonia necessaria per la sopravvivenza della dialettica democratica²¹¹. L'alternativa è che il diritto continui ad esser complice del progressivo scivolamento verso ciò che Stefano Rodotà chiamava «una democrazia per sottrazione». Un regime post-democratico nel quale, dietro la retorica della *rule of law* e in nome di presunti valori superiori (sicurezza, efficienza, democrazia, libero mercato etc.) si *riducono* i diritti fondamentali secondo una pericolosa logica mercantile di *do ut des* che trasforma i diritti in merce di scambio.

A ben vedere, il ritorno al diritto è geneticamente iscritto nella tradizione del costituzionalismo sociale che, sin dal principio, è stato disegnato per disinnescare la volontà di potenza della politica ed evitare la degenerazione del potere legittimo e legale in violenza e arbitrio. La Costituzione è guardiana dell'ordine democratico perché non è frutto della volontà contingente di un legislatore né di una effimera maggioranza parlamentare, ma è espressione di principi che costituiscono l'ossatura valoriale, giuridica e civica profonda di un popolo. Come fu ben detto da uno dei suoi padri, la Carta costituzionale «porta l'impronta di uno spirito universale e in certo modo trans temporale»²¹². Supportare una guerra non è, dunque, solo tradimento del dettato costituzionale, ma è anche tradimento delle cause e dei diritti dei popoli in guerra che hanno bisogno che il conflitto termini e non che si protragga *sine die* ampliando le falangi dei combattenti e i dispositivi di morte di cui sono provvisti.

Rivolgere lo sguardo alla Costituzione permetterà di osservare quanto sta accadendo *al di sopra della mischia*.

²¹⁰ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, trad. it., Milano, Bruno Mondadori, 2012.

²¹¹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012; U. Mattei – A. Quarta, *The Turning Point in Private Law. Ecology, Technology and the Commons*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2018.

²¹² G. Dossetti, *La Costituzione. Le radici i valori le riforme*, Roma, Ed. Lavoro, 1996, 25.