

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Eguaglianza
e diritto civile.

Le nuove frontiere
dei diritti umani, al tempo
dell'esternalizzazione
delle frontiere italiane
ed europee.

2020

1

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Armone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Giuseppe Cascini, Giulio Cataldi, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Mariarosaria Guglielmi, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibáñez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

Segreteria di redazione

Mosè Carrara

Service editoriale

Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

I trimestre 2020 - chiuso in redazione in maggio 2020

Sommario

Editoriale

Le “variabili” della crisi e la “costante” del principio di uguaglianza di <i>Nello Rossi</i>	5
---	---

Obiettivo 1. Eguaglianza e diritto civile

Introduzione

di <i>Enrico Scoditti</i>	10
---------------------------	----

L'importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte

Intervista a cura di <i>Enrico Scoditti</i>	12
---	----

L'imperativo dell'eguaglianza

Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione

di <i>Nicolò Lipari</i>	15
-------------------------	----

Principio di eguaglianza e diritto civile

di <i>Emanuela Navarretta</i>	23
-------------------------------	----

Contrastare le disuguaglianze nelle relazioni contrattuali: fra diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato

di <i>Vincenzo Roppo</i>	28
--------------------------	----

L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisdizione (qualche riflessione a partire da un saggio di Enrico Scoditti)

di <i>Giovanni D'Amico</i>	33
----------------------------	----

Principio di eguaglianza e libertà nel diritto privato delle persone

di <i>Claudio Scognamiglio</i>	38
--------------------------------	----

Eguaglianza e contrattazione

di <i>Fabrizio Di Marzio</i>	46
------------------------------	----

Eguaglianza e ragionevolezza nel tecnicismo della Cassazione: note minime

di <i>Stefano Pagliantini</i>	50
-------------------------------	----

L'innesto della giustizia ecologica nel codice civile. Eguaglianza e beni comuni fra legge e diritto di <i>Ugo Mattei</i>	53
Il diritto civile fra fattispecie e clausola generale	
Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali di <i>Enrico Scoditti</i>	60
Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile di <i>Guido Alpa</i>	63
Certezza del diritto e clausole generali di <i>Massimo Luciani</i>	67
L'equità civile: suggestioni settecentesche di <i>Marco Nicola Miletto</i>	73
Dal "diritto mite" alla legge? Anche no di <i>Giuseppe Vettori</i>	78
Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze di <i>Francesco Macario</i>	87
Gnoseologia della fattispecie di <i>Mauro Orlandi</i>	95
Fattispecie e clausola generale: alternativa o binomio? di <i>Luca Nivarra</i>	100
<i>Algorithmic legal decision making</i>: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie? di <i>Roberto Pardolesi e Antonio Davola</i>	104
Norme "vaghe", poteri del giudice e sindacato di legittimità di <i>Domenico Dalfino</i>	112
Principi, clausole generali e definizioni nella disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza di <i>Guido Federico</i>	117
Un caso paradigmatico: nullità selettiva e clausola generale	
Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario di <i>Renato Rordorf</i>	120
Nullità a vantaggio e nullità selettiva di <i>Aldo Angelo Dolmetta</i>	127

Obiettivo 2.

Le nuove frontiere dei diritti umani, al tempo dell'esternalizzazione delle frontiere italiane ed europee

Introduzione

di *Luca Minniti e Luca Masera*

136

Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove

di *Chiara Favilli*

143

I Paesi sicuri alla prova del diritto internazionale

di *Massimo Frigo*

155

Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale

di *Alice Riccardi*

163

L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo

di *Asgi*

178

Esternalizzazione delle frontiere e *non-refoulement*: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019

di *Mariagiulia Giuffré*

190

I ritorni di emergenza dalla Libia e dal Niger: una risposta centrata sulla protezione o una fonte di problematiche relative alla protezione?

di *Maybritt Jill Alpes*

200

Attori e sfide intorno all'asilo in Niger

di *Florence Boyer e Harouna Mounkaila*

215

La frontiera marocchina: uno spazio-tempo liminale che si cristallizza

di *Anaik Pian*

223

Gli autori

228

Le “variabili” della crisi e la “costante” del principio di uguaglianza

1. Un numero della Rivista concepito e composto prima dell'emergenza e della crisi

Come è naturale, dati i tempi di programmazione di una Rivista trimestrale, questo numero è stato concepito e composto prima dell'emergenza.

Nell'intervallo temporale della pubblicazione, le difficoltà derivanti dall'epidemia hanno investito tutti gli aspetti della vita sociale, mettendo in tensione i principi di libertà e di uguaglianza che fondano la nostra civiltà giuridica.

Il disciplinamento sociale necessario per fronteggiare il contagio ha posto innanzitutto spinose questioni di libertà. E ha dato vita a un confronto a tratti aspro nel quale si sono mescolati, nel nostro come in altri Paesi, interrogativi e pensieri seri – sulle fonti dei comandi impartiti alla popolazione, sulla validità delle soluzioni adottate, sui limiti invalicabili delle limitazioni delle libertà fondamentali – e proclami di libertà insensati e astrusi.

Sino allo spettacolo estremo di uomini in armi dinanzi ai parlamenti di alcuni Stati americani invocanti la liberazione dai *lockdown*, mentre il Presidente Donald Trump definiva i manifestanti «*good people*».

Se possibile ancora più aspro si preannuncia il confronto sulla crisi economica conseguente all'epidemia quando – dopo la fase febbrile del primo sostegno agli individui e alle imprese – si tratterà di decidere dell'equa distribuzione, nel medio e lungo periodo, dei pesi e dei sacrifici derivanti dalla congiuntura economica.

Poiché non tutto potrà essere risolto dagli interventi della mano pubblica, è prevedibile la nascita di una complessa “conflittualità della crisi”, destinata a coinvolgere i mondi della produzione, della distribuzione, del lavoro.

Parliamo di conflitti giuridici individuali – di volta in volta tra datori di lavoro e lavoratori, locatori e conduttori, produttori e consumatori – destinati a trasferirsi almeno in parte dalla realtà sociale nelle

aule di tribunale, dando vita a un contenzioso con caratteristiche assolutamente inedite.

Anche se sarà il legislatore a dover fissare i principali punti di riferimento e le coordinate generali entro cui incanalare la specifica conflittualità giuridica del periodo di crisi, ai giudici toccherà il compito, difficilissimo, di risolvere i singoli casi e di individuare equilibri accettabili tra soggetti confliggenti che recheranno “tutti” su di sé, anche se in maniera disuguale, il segno della crisi.

Senso della realtà, sensibilità sociale e la “costante” dei principi generali di uguaglianza, solidarietà, dignità, saranno spesso l'unica bussola sulla quale orientarsi nelle innumerevoli “variabili” della crisi economica e della sua particolarissima litigiosità.

È per questo che siamo convinti che proprio le riflessioni sulla “costante” dell'uguaglianza nel diritto civile ospitate in questo numero possano aiutare quanti operano nella giurisdizione a svolgere con più strumenti intellettuali e con accresciuta consapevolezza il lavoro, nuovo e complesso, che li aspetta.

2. La permanente attenzione della Rivista al tema dell'uguaglianza

È la seconda volta, nel giro di tre anni, che questa Rivista pone al centro della sua riflessione il tema dell'uguaglianza e delle disuguaglianze.

Nel 2016, con un atto di umiltà intellettuale di cui può essere fiera, Magistratura democratica chiamò a intervenire nel suo XXI Congresso – svoltosi a Bologna e intitolato «*Disuguaglianze. Compiti della giurisdizione*» – sociologi, politologi, economisti, filosofi, per ricevere dall'esterno del mondo dei giuristi apporti di conoscenza e di analisi sulla fisionomia e sulle dimensioni della moderna disuguaglianza.

Chiese allora un aiuto per penetrare le nuove forme della disuguaglianza, nella convinzione che tale sforzo di comprensione costituisse la premessa necessaria per meglio definire i compiti dei magistrati tanto

nell'affermazione rigorosa del principio di eguaglianza dinanzi alla legge quanto nell'opera di rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale che si manifestano nel processo e nella realtà che nel processo si esprime e si riflette.

E dai lavori di quel congresso nacque il numero 2 del 2017 della Rivista, *Le nuove disuguaglianze*, nel quale figurano, accanto ai contributi di tanti magistrati, scritti di Paolo Guerrieri, Elena Granaglia, Nadia Urbinati. Un numero significativamente dedicato a Stefano Rodotà, giurista geniale, per decenni ispiratore e compagno di strada del gruppo dei magistrati di orientamento democratico.

Oggi la Rivista ritorna a ragionare dell'*imperativo dell'uguaglianza* con lo sguardo rivolto al diritto civile, chiamando a raccolta – grazie all'iniziativa e alle cure di Enrico Scoditti – molte delle migliori intelligenze del mondo giuridico e tenendo insieme riflessioni generali e approfondimenti specialistici, come nella migliore tradizione del diritto civile.

Impossibile, naturalmente, ripercorrere qui passo per passo il complesso itinerario intellettuale disegnato dai diversi contributi di studio.

Saranno come sempre i lettori, chinandosi ad osservare le singole tessere, a ricostruire o creare, integrando con gli autori, i tratti del mosaico animato nato dalla riflessione collettiva.

A noi preme invece sottolineare il senso e il valore della continua attenzione che al tema dell'uguaglianza, in tutte le sue declinazioni, dedicano una parte significativa della magistratura italiana e Magistratura democratica in particolare.

All'origine di questo atteggiamento non stanno solo i principi giuridici che all'uguaglianza attribuiscono rilievo essenziale nel quadro di una società democratica.

Vi è anche l'acuta percezione che le molteplici disuguaglianze che si annidano in tutti gli ambiti della vita umana e sociale – e di cui i giudici sono spesso i primi osservatori e testimoni – debbono essere costantemente “svelate” e “rivelate”, identificate e nominate, riconosciute e portate alla luce, se si vuole evitare che esse continuino ad apparire naturali e indiscutibili e siano sopraffatte e occultate dalla coltre del senso comune, divenendo invisibili.

Se il superamento di ogni disuguaglianza è sempre il frutto di un conflitto tra privilegiati ed esclusi, tra una cerchia più o meno ampia di uguali e quanti sono relegati all'esterno di essa, nessun passo sul cammino di una maggiore uguaglianza può essere compiuto senza essere preceduto da un'opera intellettuale di individuazione, di riconoscimento, di disvelamento delle disuguaglianze che ne metta in evidenza l'assenza di ragionevoli giustificazioni, e perciò l'arbitrarietà, l'irrazionalità, l'iniquità.

3. Il giudice tra la persona e l'uomo concreto

Di quest'opera, costante e necessaria, di percezione e di riconoscimento della disuguaglianza, il giudice è uno dei naturali protagonisti.

Nell'esperienza del giudiziario, nell'incredibile e imprevedibile molteplicità dei casi che approdano al giudizio, uguaglianza e disuguaglianza si presentano infatti continuamente intrecciate.

E il giudice ha il dovere di “vederle” entrambe e di temperare nella sua attività l'istanza dell'uguaglianza formale e le esigenze di tutela dell'essere umano concreto.

Deve cioè ricordare sempre che quella che gli sta di fronte è una “persona”, con il suo corredo di intangibili diritti, con la sua dignità che non può essere scalfita da nessun comportamento tenuto, per quanto riprovevole od orribile.

E non deve mai dimenticare che ha dinanzi a sé un “uomo concreto”, con il suo carico di potenzialità ma anche di bisogni, di debolezze, di insufficienze.

Per quanto un magistrato possa essere personalmente refrattario alle teorizzazioni generali egli maneggia dunque quotidianamente gli “strumenti” di una lunghissima elaborazione teorica.

Da un lato l'astrazione emancipatrice della “persona” originata dalla potente azione culturale dell'illuminismo, demolitrice di ogni *status* giuridico privilegiato.

Dall'altro lato la presenza dell'uomo “situato” economicamente e socialmente, rivendicata e imposta dalla serrata critica della mera uguaglianza formale.

Forse la vera sapienza del giudice sta nel non farsi irretire dai furori, spesso astratti, delle diverse teorizzazioni (per quanto affascinante possa essere il loro impianto concettuale), avendo cura di salvaguardare il portato straordinario dell'uguaglianza formale e di non smarrire la percezione del carico di disuguaglianze che le persone recano con sé nella vita sociale e nei giudizi.

Del resto questo approdo – che a prima vista può apparire modesto nel suo sincretismo – racchiude e ricapitola in sé, nell'ambito di ciascun giudizio, la filogenesi che ha condotto dal secolare primato del “principio di disuguaglianza” all'affermazione dell'uguaglianza dinanzi alla legge e poi ai tentativi di superare i limiti di una parità solo formale tra gli esseri umani.

4. Oltre il secolare dominio del principio di disuguaglianza: l'astrazione eguagliatrice della persona

Come sappiamo, di disuguaglianze “natural” e perciò invisibili l'intera storia dell'Occidente reca una impronta profondissima e offre testimonianze

eclatanti, spesso relegate sullo sfondo dai contemporanei che a loro volta possono tranquillamente restare inconsapevoli delle loro moderne cecità.

Si tratta di disparità che si sono riflesse, fedelmente e senza remore, nei luoghi più alti dell'arte, del pensiero filosofico, del diritto.

L'Antigone di Sofocle – oggetto di tante successive trasfigurazioni che ne hanno fatto di volta in volta il simbolo della coscienza morale in lotta con il potere costituito, della disobbedienza civile alla legge ingiusta, del diritto naturale, della stessa Costituzione – rivendica di fronte al suo antagonista Creonte di non essersi mossa per “uno schiavo” ma per dare sepoltura a un “fratello”. Da donna del suo tempo, considera infatti, come tutti nella città di Tebe, uno schiavo alla stregua di una *res* immeritevole di considerazione e non ne vede la comune umanità. Di contro Creonte protesta che mai si farà comandare da “una donna”, mostrando quanto ampia e “fisiologica” fosse nella città la sfera dell'esclusione e dell'emarginazione.

La *polis* greca – nella quale muove i suoi primi passi la politica democratica e si delinea il modello della “libertà degli antichi” – è al tempo stesso il luogo nel quale, con più rigore, si vive e si teorizza la realtà «*evidente che taluni sono per natura liberi, altri schiavi, e che per costoro è giusto essere schiavi*»¹.

E nel suo libro, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Aldo Schiavone ripercorre con finezza un lungo itinerario. Dall'assunto iniziale della disciplina romana della schiavitù – lo schiavo come «*macchina umana, cosa, merce, strumento parlante, in accordo con una tradizione che trovava (...) in una pratica mediterranea secolare il suo riscontro quotidiano*» – sino alla successiva nascita di «*una specie di diritto commerciale della schiavitù*», mirante a integrare «*senza mettere in discussione il vincolo di subordinazione personale, l'organizzazione schiavistica con una valorizzazione del lavoro dei sottoposti*» in un quadro di “soggezione di *status*” coesistente con una “autonomia contrattuale” «*destinata a riflettere una limitata ma pur sempre dirompente soggettività patrimoniale e commerciale degli schiavi*»².

La disuguaglianza, dunque, con il corredo delle sue multiformi giustificazioni, è il dato che sta alla radice della nostra storia e che l'ha percorsa nei secoli attraverso successive reincarnazioni.

Radicali differenze di *status* tra gli uomini; assetti istituzionali fondati su vincoli di subordinazione personale e correlate situazioni di potere; imposizione

di pesi differenti a seconda della collocazione nella gerarchia sociale e, di contro, minuziosi cataloghi di privilegi, di esenzioni, di libertà particolari. Sino alla previsione di giudici e giudizi diversi a seconda della posizione sociale degli autori di illeciti.

Il secolare primato della disuguaglianza sarà inciso solo dalla forza potente e rivoluzionaria dell'illuminismo, proteso a demolire architetture sociali e giuridiche profondamente asimmetriche e a invertire il corso del pensiero e della storia. Portando alla ribalta il principio di uguaglianza di tutti dinanzi alla legge e l'idea di essere umano che a questo principio si addice: l'astrazione emancipatrice della “persona”.

Dal coacervo delle disuguaglianze emerge, allora, l'uomo astratto, la persona “*a priori*”, l'uomo indipendente per natura al quale Kant poteva indirizzare l'esortazione a entrare «*con gli altri in una società tale che in essa ognuno possa conservare ciò che gli appartiene*».

Un individuo padrone della sua vita e dei suoi beni, «*solitario, presociale e preistorico*» che presenta, come a suo tempo osservato da Galvano Della Volpe, singolari coincidenze con la «*persona originaria*» della tradizione cristiana³, soggetto di diritti innati che precedono il suo inserimento nella vita sociale.

5. L'emersione nell'esperienza giuridica dell'uomo “situato”

La tappa successiva – profondamente influenzata dalla critica marxiana dell'uomo astratto – ci porta già dentro alle vicende della cultura giuridica del nostro tempo.

Alla percezione dei limiti di quell'astrazione e alla valorizzazione dell'uomo concreto, situato socialmente, si è accompagnata – lo sappiamo bene per averla vissuta – la stagione della critica di un intero assetto sociale e istituzionale fondato “esclusivamente” sul principio di uguaglianza di fronte alla legge, imperniato su di una democrazia solo politica, regolato da un diritto civile fondato sul presupposto di un universo di liberi ed uguali che si scambiano tutte le merci, incluso il lavoro, in condizioni di uguaglianza.

Da quel clima culturale e politico è scaturita, nel nostro Paese, un'iniziativa riformatrice, breve ma intensa, che ha dato i suoi frutti migliori quando la cultura giuridica, il legislatore, la parte più viva e sensibile della magistratura assunsero come paradigma

1. Aristotele, *Politica*, I, 4-5.

2. A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2017 (nuova ed.), cap. XIV, par. 3 (disponibile in *e-book*).

3. G. Della Volpe, *Rousseau e Marx*, Editori Riuniti, Roma, 1964.

l'uomo concreto, il soggetto collocato socialmente che ha bisogno di ricevere effettivamente determinati beni della vita (di volta in volta il lavoro, l'abitazione, un adeguato livello di tutela della salute, di istruzione, di libera informazione e così via) per essere uguale e ugualmente partecipe della società e della politica.

Una serie di figure sociali concrete, di donne e di uomini "situati" hanno popolato la legislazione riformatrice a partire dalla seconda metà degli anni sessanta: il mezzadro, il colono, il lavoratore stabile e quello precario, la lavoratrice discriminata, il conduttore di un appartamento, il consumatore, l'abitante di una zona inquinata...

E furono introdotte nuove tecniche di tutela dirette a garantire effettivamente beni essenziali della vita come la reintegrazione nel posto di lavoro, l'eliminazione degli effetti di una condotta nociva, la costituzione autoritativa di un contratto.

Anche le regole del processo, i riti, hanno seguito un percorso di differenziazione al fine di meglio riconoscere diritti e tutele ai disuguali, privi di quella indipendenza personale originaria e autosufficiente conferita dalla ricchezza, dal potere, dalla cultura.

Non ci si nasconde che i risultati di quella legislazione riformatrice sono stati parziali e discutibili e in più di un caso risultano oggi datati e meritevoli di revisione.

Ma resta irrinunciabile l'ispirazione di fondo di quelle riforme, che va ripercorsa ancora oggi per comprendere – grazie allo sguardo rivolto alle concrete particolarità delle figure sociali – le nuove disuguaglianze, la fisionomia dei nuovi soggetti deboli e le inedite forme di privilegio e di svantaggio, non ricollegabili solo alla dimensione economica ma nascenti di volta in volta dalla condizione di consumatore, dall'ambiente fisico in cui si vive, dall'inclusione o meno nell'area della cittadinanza, dalla collocazione rispetto al circuito dell'informazione e della cultura.

6. Ostacoli e "frontiere" nel percorso dell'uguaglianza

Se questo è il passato con i suoi inevitabili chiaroscuri che dire del confronto culturale e degli scontri del presente?

Vi è chi ritiene che – nell'economia e nel mondo globalizzati – non vi sia alternativa a un puro e semplice ritorno indietro: al paradigma dell'individuo

astratto, alla sola regola dell'uguaglianza formale, al dispiegarsi delle dinamiche proprie delle forze in campo nel mercato, nella società, nelle istituzioni.

Un quadro nel quale la dimensione pubblica, statale o sovranazionale, si limita a fissare le regole del gioco utili per la "crescita" dell'economia e abbandona metodi di intervento – del legislatore prima e dell'interprete poi – ispirati alla consapevolezza delle disuguaglianze sociali reali e alla necessità di agire per colmarle⁴.

In questo contesto si inseriscono i tentativi di restituire predominanza, nell'economia e nella società, all'efficacia regolatrice del mercato, del contratto, del diritto civile classico.

A questo sguardo rivolto all'indietro si contrappone, per fortuna, una diversa cultura del diritto e dei diritti che intende preservare e valorizzare la potente forza uguagliatrice del concetto di "persona" senza per questo rinunciare a rivolgere lo sguardo all'uomo e alla donna concreti, con il loro carico di disuguaglianze di fatto.

L'uguaglianza formale e il correlato concetto di valore e dignità di ogni persona sono infatti il perno su cui poggia ogni battaglia contro discriminazioni fondate sul genere, sull'etnia, sugli orientamenti di vita personali e culturali, sulle convinzioni religiose. Linee di differenza che in una società economicamente avanzata e pluralista acquistano un peso crescente e aspirano al riconoscimento, all'inclusione e alla piena legittimazione nella sfera del diritto.

Per altro verso, l'uguaglianza formale – nonostante la sua immensa carica di liberazione e la sua funzione di permanente critica interna di ogni forma di disparità – ha ancora bisogno di essere integrata e accompagnata da leggi e decisioni giudiziarie che contemplino nel loro raggio di intervento i bisogni, le debolezze, le insufficienze degli esseri umani in carne e ossa.

Isaiah Berlin ha ricordato che «*nel loro entusiasmo per creare le condizioni economiche e sociali affinché la libertà sia un valore autentico, gli uomini tendono a dimenticare la libertà stessa; e se ci si ricorda di essa è facile che si spinga da parte per far posto a quegli altri valori che hanno assorbito i rivoluzionari o i riformatori*»⁵.

Non sembra che alla cultura democratica del nostro Paese possa essere mosso questo rimprovero.

La "persona", i suoi valori, la sua libertà non sono infatti stati "spinti da parte" mentre si operava per

4. Cfr. sul punto C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 26, che ricorda come nell'ultimo trentennio siano divenute dominanti «l'ideologia e le politiche del liberismo, in una sorta di ritorno all'800».

5. I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989, p. 52.

superare i limiti di una concezione solo formale della libertà e della democrazia, ma sono stati sempre considerati come presupposti essenziali ed insostituibili e come la base di ogni ulteriore progresso dell'uguaglianza e della democrazia.

Dal canto loro, i magistrati più sensibili al tema dell'uguaglianza hanno sempre avuto presente – anche in ragione della loro quotidiana esperienza del processo – che la “persona”, con i suoi corollari di libertà anche solo negativa, di insopprimibile dignità, di uguaglianza di fronte alla legge costituisce non solo un argine essenziale nei confronti delle ricorrenti spinte alla discriminazione che percorrono la nostra come altre società ma anche una potente leva di emancipazione (prima di tutto nel processo) degli svantaggiati.

Le frontiere sempre in tensione dell'uguaglianza possono perciò essere presidiate solo da magistrati che sappiano tenere insieme, nelle loro prassi, i complessi approdi della riflessione sull'uguaglianza di fronte alla legge e sull'uguaglianza sostanziale, il cui percorso è illustrato nella relazione istituita dall'art. 3, comma 2 della Costituzione tra l'uguaglianza come

“condizione” della partecipazione democratica e di tale partecipazione come “veicolo” di uguaglianza.

È significativo che di “ostacoli da rimuovere” e di “frontiere” in tensione si parli anche nel secondo Obiettivo di questo numero della Rivista, nato dall'impulso di Luca Minniti e intitolato «*Le nuove frontiere dei diritti umani, al tempo dell'esternalizzazione delle frontiere italiane ed europee*».

Vi sono frontiere materiali – ci ricordano gli Autori degli scritti raccolti nell'Obiettivo – che si ergono come altrettanti impedimenti al riconoscimento di diritti umani fondamentali delle persone che migrano.

Ma vi sono anche le frontiere, più aperte, “mobili e progressive”, dell'espansione e del riconoscimento, al di là dei confini materiali, dei diritti di questi nuovi disuguali.

Su questo duplice terreno è in corso una ricerca di soluzioni politiche e giuridiche che dalla continua riflessione sull'uguaglianza può e deve trarre indicazioni di principio e scelte concrete di politica del diritto.

Nello Rossi

Maggio 2020

Introduzione

di *Enrico Scoditti*

Il diritto civile reca il sigillo dell'eguaglianza fin dalla sua nascita. Quando a Roma al termine *ius civile* viene aggiunto l'aggettivo civile, si schiude la prospettiva di una sfera dell'agire sociale nella quale sono garantite un complesso di relazioni paritarie sottratte alla sfera pubblica della politica. La soglia fra diritto civile e politica a Roma non fu mai superata. La cifra della modernità risiede invece in un diverso rapporto fra diritto e politica, intesa quest'ultima nel senso costituzionale di indirizzo fondamentale di una comunità. Quando l'antico diritto romano ritorna centrale nell'Europa continentale, dopo le persistenze e riscoperte medievali, la rivoluzione egualitaria del 1789 è già esplosa. Dalla presa della Bastiglia parte un cammino egualitario che il Novecento, nei trent'anni gloriosi dopo il secondo conflitto mondiale, conduce a un punto mai conosciuto finora. L'invenzione novecentesca dei diritti sociali fa dell'eguaglianza non più una riserva garantita per coloro i quali operano nell'ordine del mercato. L'eguaglianza diventa l'obiettivo della politica, la quale deve ora rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto l'eguaglianza dei cittadini, come recita la norma fondante della Repubblica italiana. Il diritto civile è così attraversato dall'imperativo dell'eguaglianza in senso sostanziale.

Alla "scoperta" da parte dei civilisti italiani della Costituzione fece seguito, negli anni sessanta e settanta del secolo scorso, una legislazione che aprì circuiti di distribuzione di beni e servizi sottratti alle negoziazioni private. Trattandosi di immissione di eguaglianza sostanziale nel diritto civile per via legislativa, lo strumento della disciplina fu essenzialmente quello della fattispecie legale, anche se alcuni giuristi (Stefano Rodotà primo fra tutti) sollecitavano un uso più coraggioso delle clausole generali da parte dei giudici. L'intervento della legge era sul regolamento contrattuale e non sul comportamento delle parti del contratto, prima e dopo la conclusione dell'atto. L'intervento della fonte eteronoma sul contratto introduceva così, in funzione redistributiva e di gestione del processo economico, una regolazione

di interessi affidata non al mercato, ma all'autorità politica e a quella amministrativa, nei limiti in cui fosse delegata dalla prima.

L'irruzione della disciplina comunitaria, a partire dalla fine degli anni ottanta, introduce un nuovo modello di Stato. Non più lo Stato gestore del processo economico, ma lo Stato regolatore. Il nuovo compito del potere pubblico è quello della disciplina dei comportamenti privati mediante la creazione di un'infrastruttura giuridica in grado di rimediare ai cd. fallimenti di mercato, in primo luogo le asimmetrie informative fra professionisti e consumatori. Il punto di riferimento di questa disciplina sono soprattutto i comportamenti degli attori economici e l'atto contrattuale rileva nella misura in cui possa costituire la leva per la disciplina delle condotte. La normativa sulle clausole abusive dei consumatori è disciplina dell'atto in funzione del divieto di condotte abusive dello stato di superiorità informativa del professionista. La regola di comportamento, tradizionalmente affidata alla clausola generale della buona fede, diventa parte della disciplina dell'atto, realizzando un'originale combinazione di fattispecie legale e clausola generale.

Lo Stato regolatore, a differenza dello Stato gestore, non sembra fare dell'eguaglianza in senso sostanziale la propria mission principale, anche se nel corso degli anni il divieto di discriminazione, contemplato dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha in qualche modo rappresentato il ponte fra la tradizione universalistica dei sistemi nazionali di welfare e il diritto unionale, una sorta di modello euro-unitario di giustizia sociale. I nuovi orizzonti che nel 2019 la Commissione europea ha delineato configurano un terzo modello di Stato, dopo quello gestore di origine nazionale e quello regolatore di origine comunitaria. Si tratta del modello, teorizzato da qualche economista, di Stato innovatore, secondo cui il potere pubblico diventa il motore dell'innovazione, trasformandosi nel catalizzatore di nuovi investimenti e nuovi mercati, in direzione di quella che si prospetta come la nuova rivoluzione dopo quella informatica, la

rivoluzione verde. È apparsa poi, in modo violento e improvviso, la pandemia. Il Covid-19 obbliga oggi gli Stati, in un contesto reso drammatico dagli eventi, a intervenire con tutto il loro peso in modo straordinario a sostegno del processo economico.

Nel quadro di questo nuovo interventismo del potere pubblico la questione sociale può e deve tornare al primo posto nell'agenda politica. Se il passaggio dallo Stato regolatore allo Stato innovatore prenderà piede, avverrà sullo sfondo della radicale riconfigurazione della composizione sociale delle società europee che si è materializzata nell'ultimo decennio e nella quale la disegualianza, vecchia e nuova, è tornata a riaffacciarsi prepotentemente come questione politica. Si tratta di un esito che la pandemia aggrava in modo straordinario.

Al tema delle "nuove disegualianze" è stato già dedicato il fascicolo n. 2 del 2017 della Rivista trimestrale *Questione giustizia*. L'interrogativo che il fascicolo odierno intende sollecitare è come possano impattare oggi sul diritto civile i nuovi scenari che la questione dell'eguaglianza in senso sostanziale apre. Come si riclassifica la tradizionale dialettica fra fatti-

specie legale e clausola generale, asse portante della disciplina del diritto civile europeo, alla luce di una nuova centralità che oggi l'art. 3 cpv. della Costituzione può riacquistare? I contributi, con diversità di accenti e punti di osservazione, ruotano per lo più intorno a questa domanda, muovendo anche dalle linee di riforma che propone il disegno governativo di revisione del codice civile. Il circuito "giudice, fattispecie e clausola generale" è comunque oggetto di specifico esame da parte di una serie di contributi. Si tratta di un tema che entrerà in gioco quando i giudici dovranno dirimere le controversie che potranno insorgere per le conseguenze sui contratti in corso della sopravvenienza della pandemia.

Il diritto civile, nella sua millenaria storia, ha sempre avuto un rapporto privilegiato con l'eguaglianza. Si tratta di capire oggi se, in questo rapporto, si aprano nuove vie. L'ora più buia, che avvolge le nostre società al momento di chiudere questa introduzione, può proiettare, nel futuro a noi prossimo, una nuova luce egualitaria sulla totalità dei rapporti civili, immettendo solidarietà in quello che è per eccellenza il diritto dell'individuo, il diritto civile.

L'importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte*

Intervista a cura di *Enrico Scoditti*

Presidente Conte, per iniziativa del precedente Governo da Lei presieduto è stato presentato un disegno di legge avente come contenuto la delega al Governo per la revisione e integrazione del codice civile. Quale esigenza è alla base di una simile iniziativa?

Grazie, consigliere Scoditti, per questa intervista e per l'opportunità che mi offre di esprimere il mio punto di vista, indirizzandolo a interlocutori qualificati e attenti quali i lettori di *Questione giustizia*.

Prima di rispondere alla sua domanda, mi permetta di rivolgere un pensiero commosso a tutte le vittime del coronavirus e ai loro familiari, e di porgere un sentito ringraziamento a tutti coloro che, medici e infermieri in primo luogo, stanno approfondendo le loro risorse, umane e professionali, per fronteggiare questa emergenza, anche mettendo a repentaglio la propria stessa esistenza. Un memore pensiero rivolgo a una illustre vittima di questa epidemia, il professore Piero Schlesinger, figura di primo piano della cultura giuridica italiana e, in particolare, punto di riferimento per svariati decenni della scuola civilistica meneghina. Mi auguro che le azioni che il Governo sta ponendo in essere, con grande impegno e determinazione, consentiranno di tornare presto alla normalità, anche grazie alla collaborazione di tutto il popolo italiano. Vengo alla sua sollecitazione.

L'intenzione alla base di un'iniziativa legislativa ambiziosa come quella della quale discorriamo deriva, certamente, dall'esigenza di adeguare il quadro normativo, anche in ambito civilistico, alle continue modificazioni della realtà socio-economica, oltre che alle nuove sensibilità maturate in seno, non soltanto alla giurisprudenza, ma anche alla dottrina giuridica. Il nostro ordinamento, ove, come spero, venisse completato questo processo di revisione del codice,

seguirebbe la scia di ordinamenti che si sono dimostrati ben più solleciti, quali l'ordinamento tedesco e quello francese, che hanno già provveduto a operare un "ammodernamento" della disciplina codicistica, soprattutto nella materia delle obbligazioni e dei contratti. Una riforma della disciplina civilistica è stata intesa, nell'ambito di questi ordinamenti, anche come un fattore di promozione della competitività e, sotto questo aspetto, il ritardo nell'opera di aggiornamento può contribuire a penalizzare il nostro Paese anche nell'ambito della sfida globale di mercato.

Un adeguato ammodernamento del nostro codice si inserisce, peraltro, all'interno di un quadro di riforme più ampio che, con il Governo attuale, stiamo portando a termine con grande determinazione. Ravviso un chiaro collegamento tra questo progetto riformatore e i disegni di legge di delega riguardanti il processo civile e il processo penale, che mirano, nel loro complesso, a rendere più chiari e spediti i nostri riti, in coincidenza con una maggiore rispondenza ai bisogni attuali della disciplina sostanziale.

L'obiettivo finale è avere una disciplina dei rapporti privati più organizzata sul piano sistematico, più rispondente agli attuali bisogni della prassi, come pure un sistema giuridico nel suo complesso più competitivo e sempre più attento alla tutela dei diritti.

Sul danno non patrimoniale, si manifesta l'intenzione di estendere le ipotesi di risarcibilità anche disancorandole dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi. Si tratta dell'approdo cui è pervenuta la giurisprudenza ormai da più di un decennio. Qual è il senso di un intervento legislativo in questo quadro? Puntare alla non tipizzazione e

* L'intervista è stata pubblicata su questa *Rivista online* il 24 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/l-importanza-della-riforma-del-codice-civile-nel-pensiero-di-giuseppe-conte_24-03-2020.php.

alla correlazione diretta al piano costituzionale non significa riproporre la clausola generale che ha consentito alla giurisprudenza di emancipare il danno non patrimoniale dalla tipizzazione legislativa ancorandolo alla dimensione dei valori costituzionali?

Ritengo che un intervento legislativo in questo specifico settore sia quanto mai opportuno. Oggi è pressoché impossibile ricostruire il sistema della responsabilità civile provando a leggere direttamente e a interpretare le previsioni contenute nel codice civile. Lo iato tra il dato e il costruito, come direbbe François Gény, in questa materia è davvero notevole. L'intervento riformatore potrà fare tesoro dei risultati interpretativi più consolidati, filtrati al vaglio della migliore dottrina civilistica. Quanto alla tecnica legislativa, suggerirei di evitare una disciplina per fattispecie tipiche, che rischierebbe di ritrovarsi presto superata dall'incessante evoluzione della realtà socio-economica. Stabilire un diretto ancoraggio al dato costituzionale e rinvenire in esso il criterio selettivo principe è sicuramente la soluzione che appare preferibile, in linea con gli indirizzi interpretativi più collaudati.

Sul piano della disciplina del contratto emerge, dal disegno di legge, in modo chiaro la tendenza al passaggio da una disciplina per clausole generali, rilevante in sede di formazione ed esecuzione del contratto, a una disciplina per fattispecie tipizzate (ad esempio prevedendo obblighi di informazione o di rinegoziazione, esiti cui la giurisprudenza, anche di merito, era pervenuta grazie alla clausola generale di buona fede). Quali sono le ragioni di questa scelta? Non vi è il rischio che si perda qualcosa sul piano dell'efficacia della disciplina con la messa da parte della tecnica della clausola generale?

Francamente non ritengo che possa esserci un pericolo del genere. La disciplina per clausole generali non è toccata dal progetto di riforma. Si è inteso soltanto adeguare, anche qui, l'assetto normativo alle letture interpretative più collaudate e più sensibili rispetto alla nuova realtà economico-sociale. La cristallizzazione o la concretizzazione di alcuni obblighi discendenti dalle clausole generali alle quali ha fatto opportunamente riferimento non escludono che ulteriori concretizzazioni vengano proposte sulla base della ulteriore attività interpretativa affidata alle corti di giustizia, dietro incitamento della letteratura giuridica. In definitiva, non ritengo che la positivizzazione di alcune fattispecie più analitiche debba esiliare il ruolo delle clausole generali. Questo rapporto può essere adeguato, senza che venga meno, sulla base

del progresso della cultura giuridica e dell'evoluzione della realtà socio-economica.

Il disegno di legge delega contempla anche l'introduzione di una nullità del contratto o della clausola in contrasto con diritti fondamentali della persona umana, rilevabile d'ufficio dal giudice e operante soltanto a vantaggio del titolare del diritto. Non si torna così a una tecnica per clausole generali, spostata dal piano dell'efficacia (art. 1375 del codice civile) a quello della validità del contratto?

L'esigenza di porre al centro della disciplina civilistica i diritti fondamentali della persona non deve rimanere astratta. Non può essere affidata a mere declamazioni di principio. Con questa proposta, in particolare, proveremo a declinare in maniera concreta una possibile applicazione dei diritti umani nell'ambito privatistico. D'altronde temi a me molto cari, come la responsabilità sociale delle imprese, vengono oggi finalmente declinati, da parte della letteratura giuridica più attenta e sensibile, anche nell'ottica di loro possibili applicazioni concrete. Inoltre, e vengo alla seconda parte del suo intervento, mi pare oramai acclarata la tendenza, non soltanto giurisprudenziale, ma anche propria della legislazione speciale, a dar vita a un rapporto di continua interferenza, o meglio ancora, contaminazione fra regole di validità e regole di responsabilità. Ritengo che sia opportuno che l'attività di normazione sia sempre più volta, piuttosto che ad assecondare aprioristiche impostazioni dogmatiche, a proporre concrete soluzioni giuridiche idonee a soddisfare concrete esigenze di vita.

Si suole collegare la tecnica della fattispecie legale alla prevedibilità e certezza del diritto quale espressione dell'eguaglianza in senso formale. In realtà, a tale valore sono preposti la funzione nomofilattica della Corte di cassazione e il principio di tendenziale stabilità degli orientamenti giurisprudenziali. Se certezza del diritto ed eguaglianza in senso formale sono imperativi della giurisprudenza, possiamo individuare nel tempo presente, caratterizzato dall'emersione di nuove grandi questioni sociali, un altro e forse prevalente significato della tecnica della fattispecie legale, che è quello del perseguimento dell'universalismo e dell'eguale accesso a beni e servizi, e cioè l'eguaglianza in senso sostanziale (art. 3, comma 2, della Costituzione)?

L'eguaglianza è un imperativo che attraversa in modo trasversale l'intero diritto civile ed è una

dimensione che, come impone la nostra Carta fondamentale, non è circoscrivibile all'eguaglianza in senso formale, ma si estende all'eguaglianza in senso sostanziale. Sotto questo aspetto, è vero che la legge generale e astratta è non solo garanzia di parità di trattamento, ma è anche strumento di riforma sociale. Trovo interessante la sua sollecitazione a riflettere sulla fattispecie legale quale tecnica privilegiata del diritto inteso come leva della trasformazione sociale. Pur nell'ottica della fattispecie come strumento di riformismo sociale, ritengo tuttavia che il giurista moderno debba acquistare un punto di vista più largo rispetto alla mera operazione sussuntiva che caratterizza questa forma di disciplina giuridica. Il processo di produzione normativa deve oramai considerarsi, come del resto rilevato dalla letteratura più sensibile, quale procedimento complesso che non termina con la promulgazione della legge, ma che accorpa in sé anche la fase interpretativo-applicativa. Sotto quest'aspetto non c'è una netta divisione del lavoro

fra la giurisprudenza e la legislazione, quasi che la prima debba limitarsi a garantire la prevedibilità delle decisioni a tutela dell'eguaglianza formale, mentre è della seconda il compito del perseguimento dell'eguaglianza sostanziale. L'applicazione del diritto riveste un ruolo centrale, al pari di quello di posizione della norma. Anche il giudice, e dunque l'interprete, è così partecipe, con l'essenziale contributo del formante dottrinale, del processo di produzione del precetto normativo. Il rapporto fra diritto e riforma sociale a cui Lei fa riferimento vede pertanto mobilitati una pluralità di soggetti: dai diversi attori del processo legislativo, con le distinte responsabilità politiche e di governo, al mondo dell'accademia, fino all'universo del diritto in azione, giudici e professionisti legali. L'eguaglianza diventa così un imperativo che per davvero attraversa l'esperienza giuridica nella sua complessità, nel momento in cui questa chiama tutte le sue componenti alla produzione della regola di diritto.

Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione

di Nicolò Lipari

L'Autore intende come necessario il raccordo tra i due commi dell'art. 3 Cost. e sostiene, di contro all'opinione prevalente che considera il secondo comma come norma semplicemente direttiva, che l'attuazione del principio in essa enunciato spetti anche alla giurisdizione, la quale quindi, oltre a sollevare la questione di costituzionalità, potrà, se possibile, svolgere una interpretazione conforme a Costituzione che conduca a un ripianamento delle eventuali disuguaglianze di fatto.

1. Il tradizionale significato del riferimento al principio di eguaglianza e la peculiarità della nostra Costituzione. L'eguaglianza non come principio da affermare, ma come risultato da conseguire, al di là dell'alternativa tra interpretazione per principi e interpretazione per fattispecie / 2. La tesi che ritiene anche le norme costituzionali dotate di fattispecie. Critica / 3. Il necessario raccordo fra i due commi dell'art. 3 Cost. Questione di costituzionalità e intervento diretto / 4. Giurisprudenza della Corte e secondo comma dell'art. 3. La posizione di chi assegna a questa norma una più penetrante funzione / 5. Principio di eguaglianza sostanziale e diversità oggettiva. Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione del principio / 6. Il punto di equilibrio fra i due commi dell'art. 3 e il momento applicativo. L'eventualità di un recupero della tecnica della fattispecie. Legge uguale e diritto diseguale. Necessità di ripensare il principio di legalità

1. Il tradizionale significato del riferimento al principio di eguaglianza e la peculiarità della nostra Costituzione. L'eguaglianza non come principio da affermare, ma come risultato da conseguire, al di là dell'alternativa tra interpretazione per principi e interpretazione per fattispecie

Il riferimento al principio di eguaglianza è inevitabilmente carico di suggestioni, lo si intenda come realtà e come speranza, come verità o come programma rivoluzionario. In una prospettiva storica, esso è stato volta a volta inteso come un necessario punto di partenza di qualsiasi assetto sociale, come un tendenziale punto di arrivo da conquistare o addirittura come traguardo rivoluzionario che implicasse una

radicale ristrutturazione della società. La stessa idea di diritto, laddove inteso come volto a conseguire un risultato di giustizia, si raccorda al principio di eguaglianza perché, come è stato giustamente rilevato¹, sulla traccia indicata da Kant e poi ribadita da Fichte, una teoria del diritto è concretamente possibile solo in una società di uomini egualmente liberi, e cioè capaci di un concreto rapporto. Dalle carte della Francia rivoluzionaria alle moderne costituzioni degli Stati di diritto, l'affermazione che tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge appare ormai scontata, quasi un riferimento ovvio. Questa evidenza, tuttavia, si esaurisce nella formalità dell'enunciazione, essendo ancora molto varia l'articolazione in cui la dottrina e la giurisprudenza dei diversi Paesi intende e, quindi, attua il principio di eguaglianza. Talora in maniera netta,

1. Cfr. E. Opocher, *J.G. Fichte e il problema dell'individualità*, Cedam, Padova, 1944, p. 173.

talaltra con diverse intersezioni e sovrapposizioni, si distingue l'eguaglianza come progetto di legislazione dall'uso di tale principio come norma generale dell'attività di esecuzione e segnatamente della discrezionalità amministrativa, e infine, nella sua massima affermazione, come presupposto giustificativo della legge e quindi come carattere dell'intero sistema normativo².

Con riguardo a quest'ultimo profilo, il nostro ordinamento costituzionale si caratterizza peraltro per una specificazione esclusiva. Non si limita a enunciare l'eguaglianza in termini formali, ma afferma, all'art. 3 cpv., che «è compito della Repubblica» (quindi di tutte le sue articolazioni istituzionali, ivi compresa la giurisdizione) rimuovere gli ostacoli che limitano «di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini». La nostra cultura giuridica (e segnatamente quella universitaria) ha sempre sistematicamente rifiutato ogni tentativo di intendere il procedimento interpretativo alla luce di questo rivoluzionario dettato. Lo sforzo da me compiuto con un gruppo di ricerca dell'Università di Bari, più di quarant'anni fa, di ripensare l'intero impianto del codice civile alla luce dell'art. 3 cpv. Cost., pur avendo suscitato all'epoca un appassionato dibattito sulle modalità della didattica giuridica, è rimasto sostanzialmente senza seguito³. Per quanto possa sembrare paradossale, quella norma ha finito per apparire anche alla dottrina apparentemente più aperta come l'unica disposizione veramente programmatica della nostra Carta costituzionale, risultando, a ben vedere, insuscettibile di una applicazione diretta⁴.

Nell'ottica dei Costituenti l'eguaglianza non è solo un principio da affermare, ma un risultato da conseguire. Se così è, l'alternativa tra interpretazione per principi e interpretazione per fattispecie, intorno alla quale tanti dibattiti si vanno consumando, non può esaurirsi, per quanto attiene all'attuazione del principio di eguaglianza, nelle modalità di svolgimento di un procedimento, ma nell'analisi degli strumenti idonei a raggiungere un traguardo che si reputa essenziale e ineludibile. Certo, il riferimento a principi sembra in apparenza consentire una maggiore duttilità, ma si tratta pur sempre di un'apparenza. Se il problema è attingere, per quanto possibile, il risultato dell'eguaglianza, questo incide comunque sulla consistenza della fattualità. Nel primo caso si tratterà di intendere il principio in maniera tale che implichi anche la vicenda concreta che si tratta di disciplinare; nel secondo si tratterà, invece, di ricostruire la fattispecie secondo confini tali da consentirne la tutela. Ovviamente è più probabile che, operando con questo secondo paradigma, il giudice si trovi di fronte alla necessità di sollevare la questione di costituzionalità della norma che si tratta di applicare ove tale applicazione conduca a un esito di diseguaglianza, ma non si può escludere che egli possa conseguire il risultato anche secondo un'interpretazione conforme a Costituzione⁵. Si può anzi soggiungere che, in linea di principio, questa è preferibilmente destinata proprio a una rimodulazione del procedimento rigido che i vecchi paradigmi argomentativi riconducevano al modo di operare della fattispecie⁶.

2. Sul punto, lucidamente, L. Paladin, *Eguaglianza, diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 520.

3. Cfr. N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1974 (seconda ed.).

4. Nella corrente valutazione dei costituzionalisti, la norma del cpv. dell'art. 3 sembra avere un valore semplicemente direttivo, senza incidenza sulla disciplina concreta dei casi specifici e quindi sull'esercizio della giurisdizione: cfr. B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984, p. 31; vds. anche G.U. Rescigno, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. Ghera e A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 124 ss.; V. Crisafulli, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in Aa. Vv., *Scritti in memoria di Luigi Cosattini*, Annali triestini, vol. XVIII, Università di Trieste, Trieste, 1948, oggi in *Id.*, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 40 ss.

5. Non credo si possa sostenere – come invece assume M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss., spec. pp. 466 ss. – che, estendendo oltre confini impropri l'interpretazione conforme a Costituzione, si tende a trasformare in diffuso un sindacato di costituzionalità che era stato all'origine concepito come accentrato, perché – a parte che una tale perentoria affermazione cancella in radice tutto quel processo di costituzionalizzazione del diritto civile sul quale sono stati scritti interi volumi – l'osservazione non risulta comunque rilevante con riguardo al principio di eguaglianza, segnatamente nella versione di cui al secondo comma dell'art. 3, perché esso comunque suppone una valutazione specifica e individualizzata in funzione del conseguimento di un risultato concreto (che è compito tipico del singolo giudice).

6. Il problema riguarda sempre il modo di utilizzazione del procedimento interpretativo. Chi ha, ad esempio, riflettuto intorno alla soluzione di un caso limite (cfr. G. Gazzolo, *Il caso-limite e le funzioni dei concetti giuridici*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2019, pp. 31 ss.), ha giustamente evidenziato che, se il concetto rispetto al quale il caso *borderline* è inteso nella sua funzione classificatoria (se si ragiona, cioè, secondo il paradigma delle fattispecie), il caso-limite darà luogo a dubbi o disaccordi circa "l'estensione del concetto" (*scilicet*: l'ambito della fattispecie); se invece il concetto è inteso nella sua funzione ordinatoria (se, cioè, si ragiona secondo il paradigma di un riferimento a principi), allora si verificheranno dubbi o disaccordi circa "le regole d'uso del concetto" (*scilicet*: il modo di intendere il principio). Nel primo caso si ragionerà sull'estensione della fattispecie; nel secondo, sull'indeterminatezza del principio. In entrambi i casi rimarrà, tuttavia, decisivo il ruolo del giudice nel raccordare la vicenda concreta al criterio classificatorio idoneo a fornire una soluzione che appaia plausibile e condivisibile alla comunità di riferimento.

2. La tesi che ritiene anche le norme costituzionali dotate di fattispecie. Critica

A scanso di equivoci, va immediatamente accantonata la tesi⁷ secondo la quale anche le norme costituzionali dovrebbero ritenersi dotate di fattispecie, in quanto non si limitano a enunciare valori assoluti (ricongrueibili potenzialmente a qualunque situazione), ma principi, che sono quindi riconducibili a situazioni circoscritte oltre a essere soggetti a un bilanciamento con altri principi. È chiaro che qui è necessario non avvitarsi nell'uso delle parole. L'ottica della fattispecie suppone un'alternativa fra mezzi tutti concretamente offerti dal legislatore; quella dei principi si limita a un'indicazione di fini, senza specificazione degli strumenti idonei ad attuarli. Nella sua accezione tradizionale⁸, la fattispecie, che letteralmente suona come figura o apparenza del fatto⁹, viene intesa come causa degli effetti, con la conseguenza che «essenziale ad una sua corretta attuazione sia l'esatta determinazione degli elementi della fattispecie, cioè del materiale da analizzare»¹⁰. Che, ad esempio, nel testo costituzionale la "funzione sociale" sia riferita alla proprietà significa solo che quel valore (o principio, come lo si voglia chiamare) non dovrà essere valutato esclusivamente nel rapporto del titolare con il bene, ma in un'ottica che implichi anche soggetti estranei a quel rapporto, senza in alcun modo definirne le modalità applicative. A ciò si aggiunga che nel testo costituzionale sono spesso indicati principi suscettibili di un ambito applicativo praticamente indefinito: si pensi al principio di solidarietà di cui all'art. 2, che la Corte ha utilizzato sia per giustificare la tutela delle unioni omosessuali, sia per incidere sul contenuto di contratti in cui l'attuazione di clausole pur formalmente legittime avrebbe condotto a un risultato di oggettiva sperequazione a danno di uno dei contraenti. D'altra parte, la stessa astratta possibilità di sottoporre ciascun principio a un bilanciamento con altri principi esclude la possibilità di configurare in astratto una fattispecie, sia pure a maglie larghe, perché introduce volta a volta nella determinazione dei confini del fatto circostanze imprevedibili suscettibili di determinare alternativamente l'operatività o la paralisi del principio da bilanciare. Come aveva giustamente evidenziato Mengoni¹¹, i principi costituzionali, giuridicizzando

valori morali, si sottraggono, per loro natura, a ogni riconducibilità entro i confini della fattispecie.

Per intendere il ruolo del giudice nel processo applicativo del principio di eguaglianza, specie assumendo questo principio nel necessario raccordo tra i due commi dell'art. 3, credo ci si debba liberare, ancora una volta, dalla forza costringente delle vecchie categorie, al fine di conseguire quel risultato concreto che il Costituente ha posto come traguardo necessario. Quel che mi sembra essenziale evidenziare, nonostante le persistenti resistenze della cultura giuridica sul punto, è che il disegno tratteggiato nel cpv. dell'art. 3 non appartiene soltanto a un astratto futuribile, ma qualifica il ruolo inderogabile del nostro complessivo assetto costituzionale e quindi anche la funzione istituzionale della giurisdizione. Ovviamente il vero problema sorge al di fuori dei casi in cui l'effetto di disuguaglianza può essere paralizzato in radice (nullità del contratto per mancato rispetto degli obblighi di informazione nel corso delle trattative precontrattuali, per pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o per situazioni di dipendenza e simili), fermo restando che è da escludere, per quanto analitiche possano essere le previsioni del legislatore, che la legge possa esaurire tutte le potenziali situazioni di disuguaglianza. La forza espansiva del principio fa comunque premio su qualunque pretesa di una analitica elencazione esaustiva. In questo senso può dirsi che, quali che siano le intenzioni di chi gestisce precariamente il potere politico, nessuna legislazione per fattispecie potrà mai valere a paralizzare la rilevanza del principio costituzionale. In termini generali, un'articolazione per fattispecie può rendere più agevole nei casi previsti l'applicazione del principio di eguaglianza, ma non può certo valere a paralizzarne gli ambiti operativi per i casi non previsti. Ogni ingiustizia in chiave di disuguaglianza si palesa con le peculiarità di un caso.

3. Il necessario raccordo fra i due commi dell'art. 3 Cost. Questione di costituzionalità e intervento diretto

Quel che mi sembra essenziale chiarire è che, nell'intento dei Costituenti, i due commi dell'articolo 3 implicano una necessaria integrazione senza

7. G. D'Amico, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2019, p. 61, nota 32.

8. Cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1952, p. 2, nota 2.

9. Cfr. A. Cataudella, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 926.

10. A. Cataudella, *ivi*, p. 941.

11. L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2001, pp. 1 ss.

possibilità di collocare il primo nel quadro delle regole direttamente attuabili e il secondo sul terreno, molto più sfumato e generico, di un programma d'azione indirizzato al futuro legislatore. Se cioè si ammette che il giudice, di fronte a un risultato applicativo che gli appaia, anche in funzione delle condizioni del destinatario, oggettivamente ingiusto, non abbia altra via che quella di sollevare una questione di costituzionalità della norma che è chiamato ad applicare, il principio dell'eguaglianza sostanziale finisce per svuotarsi perché si consegue il medesimo risultato al quale si sarebbe pervenuti in base al richiamo classico all'eguaglianza formale. Che la differenza risulti enunciata nella previsione legislativa o che emerga in sede applicativa, in entrambi i casi l'affermazione del principio di eguaglianza esige che essa sia riconosciuta.

Contrapporre un'uguaglianza di principio a una di fatto significa, a mio giudizio, cosa diversa. L'uguaglianza formale di cui alle affermazioni classiche tende a sanzionare discipline normative che regolino in maniera difforme situazioni *formalmente* identiche o, reciprocamente, che regolino in maniera identica situazioni *formalmente* difformi. Il riferimento al "fatto" lascia invece intendere che vi possa essere un modo di ripianare, in sede applicativa, la disuguaglianza che si consumerebbe applicando in maniera miope un testo di legge che, pur nella sua enunciazione formale, non aveva ipotizzato alcuna disparità. Muove cioè dal presupposto che il paradigma astratto (proprietario, acquirente, contraente, consumatore, etc.) non sia di per sé sufficiente se non si valutano in concreto le condizioni del soggetto che ne risulta investito. Può quindi accadere che un provvedimento (amministrativo o giurisdizionale) debba essere diversamente cadenzato in relazione alle peculiarità del soggetto cui si indirizza, solo così realizzando un'eguaglianza che altrimenti l'applicazione (formale) della legge finirebbe per frustrare. In sede amministrativa, tuttavia, un risultato equilibrato può astrattamente conseguirsi trincerandosi dietro l'elasticità del concetto di discrezionalità amministrativa. Più difficile un simile procedimento appare in sede giurisdizionale, essendo la discrezionalità del giudice assunta come una patologia che va semmai combattuta.

Qui sta, a mio avviso, la delicatezza del raccordo tra principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione, un raccordo che va cercato rompendo i condizionamenti di vecchie sedimentazioni concettuali.

È fisiologico che il giudice si trincerò dietro il richiamo a principi o a clausole generali per superare un'*impasse* che gli risulterebbe altrimenti irresolubile. Il riferimento all'abuso del diritto, ad esempio, spesso discende dalla constatazione che l'obbligo (o addirittura la soggezione) che a quel diritto si contrappone implicherebbe una situazione di oggettiva disuguaglianza ove ritenuta operante nei modi del suo riconoscimento formale. Si tratta talvolta, a ben vedere, di un mero espediente argomentativo. Si potrebbe analogamente sostenere, facendo applicazione diretta dell'art. 3 cpv., che, essendo chiamato il giudice ad applicare una legge a una situazione concreta in cui le condizioni del soggetto implicato non corrispondono a quelle astrattamente previste (o comunque prevalentemente operanti in sede applicativa), trovandosi in una situazione peggiore, è necessario tener conto del "fatto" assumendolo come capace di dare alla previsione astratta una diversa valenza concreta.

Fermo restando che la previsione di cui all'art. 3 cpv. diventa determinante per stabilire la legittimità costituzionale di una norma che in sede applicativa finisce per determinare un risultato di disuguaglianza, il problema consiste nello stabilire se sia consentito al giudice, oltre che – com'è ovvio – sollevare la questione di costituzionalità, anche svolgere, nella logica di un'interpretazione conforme a Costituzione, una sua applicazione commisurata alla disuguaglianza di fatto, così realizzando la parità non in sede enunciativa, ma applicativa. Riprendendo il modello argomentativo delle celebri ordinanze della Corte sulla riduzione della caparra confirmatoria¹², si tratta di chiedersi, per esempio, se sia consentito al giudice di disporre la riduzione non solo in ragione della sua misura oggettiva, ma anche, per esempio, in relazione alle condizioni economiche di chi dovrebbe sopportarne l'onere.

4. Giurisprudenza della Corte e secondo comma dell'art. 3. La posizione di chi assegna a questa norma una più penetrante funzione

Si deve comunque ammettere che il problema della rilevanza diretta del principio di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. è rimasto sotto traccia nella nostra cultura giuridica¹³. È opinione diffusa quella secondo la quale il *tertium comparationis* al quale

12. Cfr. Corte cost., ordinanze 13 ottobre 2013, n. 248 e 26 marzo 2014, n. 77.

13. Anche chi si è di recente occupato dell'incidenza del principio di eguaglianza sui rapporti fra privati – cfr. F. Vari, *L'affermazione del principio dell'uguaglianza nei rapporti fra privati. Profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2017 (seconda ed.) – lo ha fatto sul presupposto della «difficoltà di far richiamo all'art. 3 secondo comma Cost., per estendere ai rapporti fra privati l'applicazione del principio di eguaglianza di cui al primo comma dello stesso articolo» (ivi, p. 52).

deve essere ragguagliata la relazione binaria tra norma impugnata e parametro costituzionale ai fini del giudizio di eguaglianza non può che avere carattere normativo, con conseguente irrilevanza della disuguaglianza di fatto¹⁴. Il principio di eguaglianza sostanziale è talora invocato dalla Corte quale fondamento giustificativo delle deroghe apportate al principio di eguaglianza formale o ad altre norme costituzionali. Non mancano tuttavia esempi, ancorché del tutto isolati, nei quali la considerazione dei rapporti di fatto sottostanti alla disciplina legislativa viene assunta in una chiave concettuale e logica autonoma rispetto alle motivazioni fondate sul primo comma dell'art. 3, così da acquisire una distinta rilevanza ai fini del giudizio di illegittimità costituzionale. Sintomatico il caso di cui alla sentenza n. 7/1962 sulla riduzione coattiva per i canoni in grano o ragguagliati al prezzo del grano, in cui si ritenne ragionevole ricondurre ad equità i rapporti contrattuali a vantaggio della parte più debole. Analogamente si dica per le note, ancorché risalenti, sentenze sul principio del *solve et repete* (nn. 67/1960, 212/1161, 80/1966), in cui il fatto che il pagamento anticipato di alcune somme fosse dalla legge previsto come condizione per far valere in giudizio alcuni diritti fu ritenuto lesivo del principio di eguaglianza sostanziale in quanto avrebbe potuto rappresentare un disincentivo per i non abbienti ai fini della tutela giudiziale dei loro diritti. Nella stessa linea si potrebbero citare altre (peraltro non numerose) sentenze: la n. 134/1994, che ha abrogato una disciplina relativa al pagamento delle spese di soccombenza nelle controversie in materia di assistenza e previdenza senza far salva la situazione dei lavoratori non abbienti; la n. 88/1998, che ha confermato la disciplina dell'assunzione obbligatoria di persone appartenenti a categorie svantaggiate; la n. 167/1999, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1052, secondo comma, cc «nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di *handicap* – degli edifici destinati ad uso abitativo», proprio perché l'impossibilità del portatore di *handicap* di accedere alla pubblica via avrebbe finito per determinare «quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo del-

la persona che il legislatore deve, invece, rimuovere». Con la sentenza n. 10/2016, la Corte, con riguardo a una legge finanziaria e di bilancio della Regione Piemonte, ne ha individuato, fra l'altro, la contraddittorietà con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 «per il pregiudizio alla fruizione di servizi sociali causata dal mancato finanziamento dei servizi».

Al di là di questi esempi isolati, il riferimento al cpv. dell'art. 3 è rimasto tuttavia prevalentemente sullo sfondo nella giurisprudenza della Corte, pur non potendosi escludere che, anche quando la disuguaglianza di fatto non abbia operato da ragione giustificativa dell'illegittimità costituzionale, essa abbia potuto in concreto incidere «per orientare i percorsi argomentativi del giudice costituzionale o la selezione assiologica delle conseguenze della decisione»¹⁵. È rimasta quindi del tutto minoritaria la posizione di chi, assegnando al secondo comma dell'art. 3 funzione «mediatrice tra il mondo delle scelte politiche e la sfera dei valori costituzionali»¹⁶, ha ipotizzato che esso avrebbe dovuto imporre una forma di controllo diretta non semplicemente a verificare la razionalità interna o la coerenza sistematica delle scelte legislative, ma la loro strumentalità rispetto a fini di promozione sociale. Secondo questa tesi, la Corte non deve «limitarsi ad esaminare se la legge è razionale e giustificata dalle concrete situazioni storiche ed ideologiche da cui scaturisce, ma deve accertare che essa rispetto a quelle non risulti per il suo contenuto di impedimento alla realizzazione dei fini del “pieno sviluppo” e dell’“effettiva partecipazione” (fattori di libertà “negativa”), anziché si ponga come strumento di “rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale” (fattori di libertà “positiva”)»¹⁷. Ed è ovvio che una valutazione del genere non può che discendere dal modo di atteggiarsi della situazione fattuale, anziché dalla struttura della previsione normativa.

Comprendo bene che un giudizio del genere, riferito all'integralità di una scelta legislativa, potrebbe determinare il rischio di una intersezione del giudizio di costituzionalità con le scelte politiche rimesse al legislatore ordinario, anche se non sarebbe difficile cogliere negli svolgimenti di molte motivazioni della Corte (pur senza possibilità di ricostruire i tragitti della camera di consiglio) la sostanza di un fondamento che, al di là delle giustificazioni finali, affonda le

14. Cfr., per tutti, G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 60 ss.

15. Cfr. G. Scaccia, *op. ult. cit.*, p. 71, nota 113. Qualche volta la Corte, pur non facendo diretto richiamo alla norma dell'art. 3 cpv., lascia intendere che la questione di legittimità costituzionale è legata alla rilevanza di condizioni oggettive. Così, per esempio, è accaduto con la sent. n. 275/2016 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Abruzzo per la parte in cui condizionava l'assistenza e il trasporto per studenti disabili ai «limiti delle disponibilità finanziarie della legge di bilancio».

16. Cfr. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 282.

17. Cfr. G. Volpe, *op. ult. cit.*, p. 288.

sue radici in ragioni di giustizia sostanziale¹⁸. Al di là delle motivazioni tecniche, è stata questa comunque la chiave con la quale molte decisioni della Corte sono state recepite dalla comunità di riferimento. Quel che mi sembra in ogni caso opportuno evidenziare è che, ove il richiamo al secondo comma dell'art. 3 non fosse ritenuto sufficiente a sanzionare la radicale illegittimità della norma, questa consente comunque sempre al giudice di farne un'applicazione conforme a Costituzione, facendo sì che l'effetto subito dal destinatario sia oggettivamente conforme a quello di altri e, quindi, scontando l'eventuale differenza dei punti di riferimento oggettivi. Se così non fosse, il raccordo tra i due commi dell'art. 3 perderebbe significato perché, laddove la disparità non emerga da un dato formale, l'esperienza giuridica non farebbe che ratificare le disuguaglianze di fatto, con ciò vanificando il principio fondativo di cui al secondo comma. Esito tanto più paradossale nella stagione del postmoderno, che tende a evidenziare sempre nuove diversità.

5. Principio di eguaglianza sostanziale e diversità oggettiva. Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione del principio

Da taluno¹⁹ è stato avanzato il sospetto che il principio di eguaglianza sostanziale, anziché costituire un rafforzamento dell'eguaglianza formale, finisca per risolversi in un possibile svuotamento del principio, addirittura teorizzando l'idea che qualsiasi caso concreto è diverso da tutti gli altri e quindi merita un trattamento differenziato. Si tratta – com'è evidente – di un tipico paradosso. Essendo ogni uomo diverso dall'altro, è chiaro che ogni decisione finisca per determinare effetti diversi, se non altro per le ricat-

dute di tipo psicologico che la decisione è destinata a determinare nella sfera del soggetto implicato. C'è, tuttavia, un punto – ovviamente non definibile *a priori* e in astratto – in cui la differenza incide sul valore e quindi vulnera il principio costituzionale che lo garantisce. E, come ha ammonito Max Weber²⁰, tra i valori «non è possibile nessuna relativizzazione e nessun compromesso». A quel punto, il giudice non potrà trincerarsi dietro il riconoscimento dell'eguaglianza formale, ma dovrà scegliere tra sollevare una questione di costituzionalità di quell'affermazione di principio ovvero trovare strumenti operativi idonei a riequilibrare in punto di fatto le disuguaglianze. Per quanto assurdo possa apparire ai cultori di un neopositivismo critico, la prima soluzione può risultare talora più pericolosa ed estrema perché potrebbe condurre a rendere più evanescente la tutela²¹.

Certamente Francesco Viola²² coglie uno snodo essenziale del problema quando ammonisce sulla dissociazione che, nel processo storico, si è venuta a determinare tra «un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza», specificando che «oggi il problema centrale è quello della tipizzazione di questi giudizi di ragionevolezza». È chiaro, tuttavia, che si tratta di una tipizzazione che non potrà essere compiuta *a priori* in chiave di fattispecie, ma solo *a posteriori* sulla base di una serie conforme di pronunce giurisprudenziali²³.

Il concorso di tutti gli assetti istituzionali all'esito di cui al cpv. dell'art. 3 non può evidentemente escludere il momento giurisdizionale. Né varrebbe, in tal caso, la consueta accusa di chi assume che si finirebbe in tal modo per assegnare al giudice un potere spropositato, perché, a prescindere dal rilievo che la norma sull'eguaglianza sostanziale ha pari dignità rispetto a quella

18. Osserva giustamente M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 48, che i diritti umani e sociali «nascono prima nella coscienza morale e sociale, e solo dopo – spesso con grave ritardo – vengono riconosciuti e disciplinati dai legislatori sostanziali; talvolta, anzi, questo riconoscimento non si verifica mai. Allora, se si limitasse la funzione della giurisdizione ad accertare solo ciò che già esiste, si finirebbe col chiudere la strada a forme di garanzia che potrebbero assicurare l'attuazione di tali diritti pur nell'inerzia colpevole dei legislatori sostanziali».

19. Cfr. G. D'Amico, *L'insostituibile leggerezza*, op. cit., p. 65, nota 49.

20. Cfr. M. Weber, *Il significato della "avalutabilità" delle scienze sociologiche ed economiche*, in *Id.*, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1958, p. 332.

21. Non va mai dimenticato che, come è stato giustamente rilevato, la dichiarazione di incostituzionalità altro non è che «il fallimento dell'interpretazione»: così G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 257.

22. Cfr. F. Viola, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2018, 1, p. 20.

23. Cfr. G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. società*, n. 1/2011, pp. 134 ss. Osserva giustamente L. Rovelli, *Certezza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2019, p. 138, che il potenziamento del ruolo dell'interpretazione e della funzione giurisdizionale ritrova il recupero di "razionalità" e di "calcolabilità" proprio nella formazione del precedente giudiziario e nella sua progressiva stabilizzazione, specificando che la "vincolatività presuntiva" del precedente stabilizzato e divenuto diritto vivente non nasce mai dal puro soggettivismo del giudicante, ma è il punto di emersione di un lavoro articolato prodotto da una "comunità interpretante", con la conseguenza che, senza superare la "prova di resistenza" del dibattito dottrinale, sia pure complessivamente considerato, difficilmente può formarsi su una *quaestio iuris* alcun diritto vivente.

del comma precedente sull'eguaglianza formale, rimane il dato decisivo che le disuguaglianze di fatto sono quelle più direttamente esposte al controllo sociale e quindi più facilmente motivabili, quando diventano criterio giustificativo della soluzione concreta, in chiave di ragionevolezza e di argomentazione persuasiva.

Se, nell'ottica del giudice costituzionale, la disuguaglianza di fatto, laddove non giustifichi *ex se* l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, può diventare criterio di orientamento per una soluzione altrimenti motivata, per il giudice ordinario, chiamato ad applicare la norma nella maniera più egualitaria possibile, la comparazione fra situazioni diverse può indurlo a dare alla norma una diversa cadenza applicativa in funzione delle condizioni del destinatario. Anche in mancanza della concreta utilizzazione di una clausola generale (e sarebbe superfluo qui ricordare l'uso che della buona fede è stato fatto nella disciplina dei rapporti di fonte contrattuale), lo consente il riferimento alla valenza assorbente del principio costituzionale.

Anzi, a ben vedere, una simile impostazione, che sposta a valle il finale giudizio di eguaglianza, finisce per diventare il punto di equilibrio del sistema, che altrimenti finirebbe per avvitarci su se stesso, posto che – come è stato giustamente osservato²⁴ –, se è indubbio che l'identica disciplina di situazioni di fatto ineguali è tratto peculiare di ogni normazione generale ed astratta, allora negarla in nome del principio di eguaglianza materialmente inteso significa spingere in direzione di una accentuata individualizzazione della legislazione, che dovrebbe rincorrere costantemente le differenze fattuali, anche le più insignificanti, per assicurare a ciascuna situazione o rapporto la più peculiare disciplina²⁵.

6. Il punto di equilibrio fra i due commi dell'art. 3 e il momento applicativo. L'eventualità di un recupero della tecnica della fattispecie. Legge uguale e diritto diseguale. Necessità di ripensare il principio di legalità

È ovvio che il punto di equilibrio fra i due commi dell'art. 3 si può cogliere solo nel momento applica-

tivo e trova, quindi, nella sede giurisdizionale il suo più significativo punto di emersione. Sarebbe improprio e temerario pretendere di delineare le modalità di tale emersione secondo paradigmi astratti. È inevitabile che il giudice costituzionale continui ancora ad oscillare, nella varietà di modelli argomentativi, tra soluzioni di illegittimità costituzionale legate allo squilibrio fattuale che un'applicazione della norma determinerebbe in funzione dei rapporti di fatto sottostanti alla disciplina legislativa e altre più genericamente giustificate, in chiave di ragionevolezza, da ragioni di giustizia sostanziale. Analogamente, è inevitabile che il giudice ordinario continui volta a volta, in funzione delle peculiarità del caso, a cercare un punto di equilibrio tra la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma la cui applicazione determinerebbe, a suo avviso, un esito di oggettiva disuguaglianza e la possibilità di risolvere in concreto il problema attraverso una riequilibrio della situazione mediante uno degli strumenti che l'ordinamento gli offre. Lo strumentario del quale si varrà la giurisprudenza ordinaria per conseguire un simile risultato potrà essere il più vario e non è da escludere, come suppone Enrico Scoditti²⁶, che ciò possa anche implicare un recupero della tecnica della fattispecie, per esempio assegnando a talune previsioni normative un ambito più puntuale e specifico. Quel che è certo è che si tratta di un tragitto il cui traguardo è inesorabilmente tracciato nell'ottica dell'art. 3 cpv. Un traguardo che non sarà raggiunto – come da qualcuno si teme – in un quadro di inclinazioni soggettive o immotivate suggestioni assiologiche, ma in un contesto ordinamentale che il nostro assetto costituzionale rende molto solido, e che la comunità dei giuristi deve concorrere a rendere comprensibile e accettabile a tutta la collettività sociale.

Nella chiave del nostro disegno costituzionale, dobbiamo cominciare a comprendere e a far capire perché, se la legge è uguale per tutti, il diritto deve essere inesorabilmente diseguale²⁷. Un'interpretazione coordinata dei due commi dell'art. 3 conduce inevitabilmente a questo risultato, superando in radice la posizione di chi afferma che la previsione di cui al secondo comma dell'art. 3 sia sovrapponibile «alla

24. Cfr. L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 195.

25. Peraltro, non va mai dimenticato che «nella forma di Stato accentuatamente pluralista la differenza è divenuta ragione di identità e l'uniformità motivo di discriminazione»: così G. Scaccia, *Gli "strumenti"*, *op. cit.*, p. 46.

26. Cfr. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

27. Cfr. A. Kaufmann, *Gesetz und Recht*, in *Id.*, *Rechtphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum, Francoforte sul Meno, 1977 (1972), p. 157: «Legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi però non sono solo occasionalmente differenti l'una dall'altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto; è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità dei casi *possibili*, il diritto decide invece una situazione *reale*, qui ed ora».

norma precedente, giacché non vige nella medesima sfera di questa, ma tende a produrre effetti sussidiari di un principio altrove stabilito in tutti i suoi elementi»²⁸. Qui non si tratta, a mio avviso, di contrapporre Stato di diritto e Stato sociale, collocandoli su piani sostanzialmente paralleli, ma di intendere che, se il diritto è funzionale a un risultato di giustizia, non si potrà mai dare attuazione a una norma che determini oggettivamente un risultato valutabile in chiave di disuguaglianza. Assegnare cioè l'eguaglianza formale allo Stato di diritto e quella sostanziale allo Stato sociale, intendendo la prima attuata in un enunciato, la seconda quale semplice prospettiva di un traguardo futuro, significa, a mio giudizio, svuotare dal di dentro quella che personalmente considero la norma fondante dell'intero impianto costituzionale, il principio che ha dato vita al nostro assetto democratico nella sintesi fra le tre culture (quella cattolica, quella liberale e quella socialista), emblematicamente evidenziata nell'uso delle tre espressioni – «persona», «cittadino», «lavoratore» – che il cpv. dell'art. 3 riferisce ovviamente al medesimo soggetto. Il giudice non potrà che trovarsi di fronte a un'alternativa: o ritenere quell'attuazione impraticabile in chiave di costituzionalità, sollevando quindi la relativa questione innanzi alla Corte, ovvero ritenere che sia possibile una sua applicazione differenziata in relazione alle peculiari condizioni del destinatario, ammettendo quindi che la previsione legislativa sia suscettibile di essere modulata in relazione alla situazione oggettiva del destinatario. Né varrebbe

opporre che un comportamento di questo tipo da parte della giurisdizione finirebbe per «sottrarsi al principio di legalità sostanziale»²⁹, perché il problema allora si sposta sul modo di intendere il principio di legalità. Alla legalità in senso formale della tradizione del positivismo si è venuto oggi sostituendo – nell'ottica del diritto come scienza pratica³⁰ – un modo di intenderla nella chiave di una prassi volta a un risultato di giustizia³¹. Non è senza significato il fatto che un'opera come l'*Enciclopedia del diritto* abbia avvertito la necessità, dopo aver proposto la voce «*Legalità, principio di*» di Sergio Fois³², voce che si concludeva avvertendo la tendenziale contraddizione tra il vecchio concetto positivistico di legalità e l'idea di effettività del diritto, di proporre, a distanza di oltre quarant'anni, una nuova affidata a Massimo Vogliotti³³, che invece argomenta di una legalità come «*εὐπραξία*», cioè come prassi indirizzata a un risultato di giustizia³⁴. Il fatto stesso comunque che si ammetta la possibilità, a distanza di lustri, di ripensare la legalità all'interno di un ordinamento giuridico definito, fa capire che la sua idea non può essere assunta come presupposto, ma semmai come risultato, del modo stesso di intendere una determinata esperienza giuridica.

La preveggenza dei Costituenti, che induceva a spostare il fulcro dell'attenzione dal presupposto enunciativo all'esito applicativo, può dirsi che abbia anticipato una prospettiva che l'esperienza giuridica tende ormai ad acquisire, sia pure incontrando ancor oggi le resistenze di una vecchia cultura giuridica.

28. Così L. Paladin, *Eguaglianza*, op. cit., p. 548.

29. Cfr. L. Paladin, *ibid.*

30. Non va mai dimenticato che il sapere giuridico va collocato nell'alveo delle scienze pratiche, facendo nuovamente propria l'idea di una scienza giuridica non descrittiva e oggettivante, in altri termini avalutativa, ma chiaramente orientata. In questo modo si sovverte la tesi di H. Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 13), secondo il quale la giustizia, che è il fine delle scienze pratiche, diventa un ideale irrealizzabile. Come giuristi dobbiamo abituarci a un sapere che non è – come una volta si riteneva – veritativo e descrittivo, ma ipotetico, valutativo, costruttivo, dubitativo. Il risultato della conoscenza giuridica non può dunque essere qualificabile in chiave di verità supponendo la possibilità di una dimostrazione, ma, in una prospettiva epistemologicamente molto più fragile, deve accontentarsi di verosimiglianza e può essere accolto solo in chiave di persuasione.

31. È chiaro che una simile tesi contraddice alla posizione di chi (cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme*, op. cit., spec. pp. 440 ss.), contrapponendo legalità legale a legalità costituzionale, si rifà a un concetto di legalità formale che non può ormai più ritenersi condivisibile nell'ottica di un diritto inteso come scienza pratica. Come dimostrano tutte le sentenze in cui la Corte ha modificato, a legislazione invariata, una precedente decisione di legittimità costituzionale in funzione di sopravvenienze culturali o sociali, non è vero che «per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il significante di riferimento» e che anzi «per l'interprete della Costituzione quel significante reclama una stabilità interpretativa maggiore di quella richiesta dalla legge e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico» (*ivi*, p. 461).

32. In *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 659 ss.

33. Cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 371 ss.

34. È appena il caso di ricordare che anche Bobbio, teorico del positivismo, riconosce che il sapere giuridico non è un sapere descrittivo e oggettivante; il suo fine non è la verità aristotelicamente intesa come *adaequatio mentis et rei*, ma un sapere produttivo teleologicamente orientato (cfr. N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1967, pp. 235 ss.). L'azione è sempre determinata dal contesto spazio-temporale in cui si compie e dal fine a cui si tende. Le norme non possono quindi costituire l'insuperabile orizzonte del giurista, che, al contrario, nel suo lavoro di comprensione del diritto, deve necessariamente attingere alle categorie di senso e di valore presenti nella società in cui vive.

Principio di eguaglianza e diritto civile

di *Emanuela Navarretta*

Il contributo si confronta con il dilemma giuridico della distinzione fra eguale e diseguale e con la ricchezza assiologica dell'art. 3 Costituzione, affidando all'impegno corale e coordinato di una pluralità di organi istituzionali un metodo complesso di incessante ricostruzione dell'impatto di tale principio sul diritto civile, che ne risulta profondamente rinnovato nella sua identità e nelle sue funzioni; è quanto emerge in maniera emblematica da taluni snodi critici del diritto della famiglia, del diritto dei contratti e della responsabilità civile.

1. Eguaglianza, diritto civile e metodo giuridico / 2. Il cammino del diritto di famiglia verso la parità / 3. Dall'eguaglianza formale al divieto di discriminazione e all'eguaglianza sostanziale nel contratto / 4. Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale nella responsabilità civile / 5. Principio di eguaglianza e funzioni del diritto privato

1. Eguaglianza, diritto civile e metodo giuridico

«Far parti uguali fra diseguali è un'ingiustizia» – scrive Michele Ainis, riprendendo Don Milani – «Tuttavia i problemi sorgono quando si tratta di distinguere i primi dai secondi, gli uguali dai diseguali»¹. Il dilemma del principio di uguaglianza appare tutto racchiuso nella linea distintiva tra diverso trattamento, che incorre nel divieto di discriminazione, e ragionevole differenziazione, che impone finanche «azioni positive». Tale dilemma rimanda all'immagine del circolo: «dal concetto di eguaglianza (...) al concetto di giustizia e [da] quest'ultimo (...) di nuovo all'eguaglianza»², ma la giustizia non è che un obiettivo esterno al diritto, al quale il diritto deve tendere, proprio elaborando un metodo di ricostruzione incessante della dialettica fra eguale e diseguale.

Deve trattarsi di un metodo corale e condiviso fra una pluralità di organi istituzionali che devono

contribuire a una costruzione sistematica e coerente del diritto, tale da incorporare essa stessa il valore dell'eguaglianza, prendendo le distanze dalla fallace tendenza odierna a una polarizzazione contrapposta: tra i fautori dell'uguaglianza formale, affidata al legislatore e alla tecnica della fattispecie, e i paladini dell'uguaglianza sostanziale e dell'effettività, che consegnano la giustizia nelle mani del solo diritto giurisprudenziale. La rimozione di ingiustificate differenze e, al contempo, la valorizzazione di diversità giuridicamente rilevanti sono profili inscindibili del medesimo concetto, che respingono tanto l'immagine di una calcolabilità omologante, dissociata da qualsivoglia tensione verso l'uguaglianza anche sostanziale, quanto quella della costante differenziazione del caso distaccata da qualsivoglia prevedibilità, coerenza sistematica e parità di trattamento.

Legislatore e corti devono, viceversa, collaborare e coordinarsi nella tecnica del bilanciamento di interessi, secondo ragionevolezza e proporzionalità,

1. M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 43.

2. A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza*, Editori Riuniti, Roma, 1983, pp. 15 ss.

che non può mai riferirsi al puro caso, ma sempre al sistema delle regole nella sua capacità di evolvere attraverso la spinta del caso e alla luce dei principi. Parimenti, essi devono collaborare e coordinarsi nella disciplina dei rapporti patrimoniali, che orientano i suddetti parametri attraverso precisi obiettivi economico-politici, che aggiungono al distinguo eguale/diseguale un'ulteriore dose di contingenza e di "artificiosità". «Ogni teoria normativa di giustizia sociale che in epoca recente abbia ricevuto sostegno e favore», scrive Amartya Sen nel 2010, «tend[e] ad esigere l'uguaglianza di "qualcosa", qualcosa che quella teoria considera particolarmente decisivo»³.

La complessità di tale corale sforzo ricostruttivo rinviene nel diritto civile un punto di osservazione esemplare: per il suo aprire lo scenario su rapporti sia personali sia patrimoniali; per il suo coinvolgere non soltanto la legge, ma anche la «legge creata dai privati» (come già segnalava Pietro Rescigno nel 1979⁴); per la varietà di diramazioni contenutistiche che chiamano in causa tutti i protagonisti istituzionali dell'ordinamento giuridico.

2. Il cammino del diritto di famiglia verso la parità

Se l'immagine generale del diritto civile consegnata dalle codificazioni ottocentesche e del primo Novecento, compreso il codice italiano del 1942, è quella di un diritto fra pari, il diritto di famiglia si distaccava nettamente da tale narrazione, poiché appariva un diritto delle differenze che ben presto si sono palesate quali discriminazioni: tra moglie e marito, tra coniugi e conviventi, tra figli legittimi, naturali e incestuosi. L'impulso a ravvisare in tali differenziazioni mere violazioni dell'art. 3, comma 1, seconda parte, Cost., è venuto dapprima dalla Corte costituzionale, che sin dagli anni sessanta ha iniziato a dare incessante impulso al legislatore; questi, a sua volta, è intervenuto con storiche riforme – da quella sul diritto di famiglia (legge n. 151/1975) a quella sulla filiazione (legge n. 219/2012) –, ma resta, tuttavia, ancora silente rispetto al più recente invito della Corte a fornire una soluzione definitiva all'irrisolta questione del cognome, che i giudici delle leggi hanno potuto solo migliorare (con la sentenza n. 286/2016). Di seguito, è stata la Corte di Strasburgo a colorare con i tratti della discriminazione riferita

all'orientamento sessuale la mancanza di tutela per le unioni tra *partner* del medesimo sesso, sollecitando in tal modo l'intervento del legislatore nazionale che, con la legge n. 76/2016, ha previsto un esteso rinvio alla disciplina del matrimonio e una garanzia di parità di trattamento fra i *partner*. Peraltro, nel nostro sistema non si è ancora pervenuti a un'equiparazione totale, quale si è avuta in Germania con la riforma "*Ehe für alle*" del 2017, che ha dato accesso al matrimonio a persone di sesso diverso o uguale (§ 1353 BGB): una riforma che, tuttavia, è giunta solo dopo che la Corte costituzionale (BverfG, 19 febbraio 2013, n. 3247/09) aveva indirettamente già risolto in senso affermativo il principale nodo critico, costituito dall'accesso all'adozione per la coppia omosessuale⁵. Ed è proprio tale problematica a costituire un banco di prova sia per la metodologia da seguire sia per il dialogo istituzionale.

Certamente erronea, a livello metodologico, è stata la strategia accolta dal nostro legislatore, che sembra aver affidato all'irragionevole diversità di disciplina dell'obbligo di fedeltà il compito di costruire in modo artificioso una presunta ragionevolezza del negato accesso all'adozione. Ma altrettanto non convince la proposta di mimare il ragionamento tedesco secondo cui, posto che l'incapacità procreativa non può costituire un elemento identificativo del matrimonio tale da giustificare una diversità di trattamento che non si connota come discriminatoria, ne consegue l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso. Se è vero, infatti, che il matrimonio in sé non implica la genitorialità, non si può però trascurare che la sua disciplina la consente, dando accesso all'adozione da parte della coppia. Il tema dell'adozione non può, dunque, affidarsi né a una differenziazione artificiosa, che dissimula pregiudizi ideologici, né al mero postulato dell'identità, che non si confronta con il complesso degli interessi coinvolti. Dove, pertanto, emerge un interesse del minore a "veder consolidata una relazione affettiva già instaurata", esso deve ritenersi certamente prevalente su ogni altra ragione e, trovando tale esigenza un punto di riferimento nell'art. 44, punti 1, 3 e 4 della legge n. 184/1983, è la stessa giurisprudenza ordinaria ad aver potuto consentire l'adozione nei casi particolari a favore del *partner* dello stesso sesso o anche a favore del *single* (vds., da ultimo, Cass., 26 giugno 2019, n. 17100). Dove, invece, viene in gioco l'adozione legittimante che incide sullo stato giuridico del sogget-

3. A. Sen, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2009, p. 299.

4. P. Rescigno, *Diritti civili e diritto privato*, in Aa. Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1979, pp. 234-235.

5. Cfr. F. Azzarri, "*Ehe für alle*": ragioni e tecnica della legge tedesca sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 3/2018, pp. 795 ss.

to e postula una complessità di requisiti di accesso, la valutazione da svolgere è quella di verificare se il *best interest of the child* debba postulare requisiti ancora plasmati sul modello della genitorialità biologica o debba guardare – anche tenendo conto della parità di trattamento tra diversi modelli familiari – a un paradigma solidaristico con maglie in astratto più allargate e magari in concreto più rigorose.

Il metodo da applicare resta, dunque, quello di farsi carico, nel dialogo istituzionale e nel rispetto delle relative competenze, dell'individuazione del gioco degli interessi coinvolti e dell'onere e della fatica di un loro cauto e ragionevole bilanciamento.

3. Dall'eguaglianza formale al divieto di discriminazione e all'eguaglianza sostanziale nel contratto

Se nel diritto di famiglia si è assistito a una evoluzione dalla diversità alla parità, frutto però di un complesso bilanciamento di interessi, nella disciplina dell'autonomia contrattuale, che governa la circolazione della ricchezza, il cambiamento appare rovesciato, ma parimenti attento alla complessità degli interessi in gioco. Il contratto che, nella sua moderna configurazione concettuale, presuppone il coordinamento con il principio di eguaglianza formale, rinviene, nell'esclusività di una simile corrispondenza, solo le antiche vestigia di una tramontata concezione liberista, che deve invece misurarsi nel presente con nuove ideologie e con esigenze ulteriori rispetto alla mera costruzione concettuale dell'accordo.

All'eguaglianza formale funzionale alla pura definizione dell'accordo subentrano, da un lato, il problema del rapporto fra il divieto di discriminazione e l'accesso al contratto e, da un altro lato, la questione della relazione fra l'eguaglianza sostanziale e il controllo sul contenuto del contratto, funzionale alla possibilità di orientare gli effetti redistributivi dell'autonomia contrattuale. Le ideologie del presente pongono cioè come problema giuridico quelle che, per i sociologi e filosofi degli albori del XX secolo – primo fra tutti Max Weber –, erano soltanto constatazioni di fatto: che cioè i contratti, pur «formalmente (...) liberi a tutti, di fatto non sono accessibili a molti» e che l'accordo è basato su una «parità che di fatto molto spesso non c'è»⁶.

Il primo profilo, messo in luce dalla legislazione europea come problema di accesso al mercato e poi riletto in chiave personalistica, anche nel contesto

della rinnovata identità assiologica dell'Unione, interroga l'interprete sulla possibilità che la scelta dei contraenti sia guidata dal divieto di discriminazione. La difficoltà e la delicatezza del tema risiedono nell'esigenza di rinvenire un punto di equilibrio fra la necessaria lotta a comportamenti discriminatori ostativi dell'accesso al contratto e l'esigenza di non aprire la via a indagini sui motivi della scelta contrattuale, che andrebbero a inficiare quello spazio di autonomia sottratto al sindacato normativo e protetto dalla garanzia costituzionale d'istituto. Il punto di equilibrio pare, allora, ravvisarsi nella discriminazione che esca dalla pura sfera dei motivi e contami il recesso dalle trattative o il tessuto dell'atto di autonomia, attraverso il contenuto dell'offerta al pubblico o tramite una clausola condizionale o altri impegni escludenti. E affinché la tutela non sia solo quella risarcitoria, il rimedio auspicabile è la nullità parziale necessaria delle clausole escludenti, sì da consentire, con la loro eliminazione dal contratto o con l'accettazione dell'offerta al pubblico, la protezione effettiva dell'accesso al contratto. Parimenti, quando la Costituzione vieta la discriminazione nella stessa determinazione del contenuto contrattuale, come nel caso dell'art. 37 Cost., dovrebbe ammettersi non solo la *Drittwirkung* immediata, ma con essa la sostituzione automatica.

La possibile combinazione, nel rapporto fra contratto e divieto di discriminazione, fra istanze proprie del personalismo, con le relative ricadute sociali, e ideologia ordo-liberista, che vede nella massima apertura del mercato uno strumento di benessere economico-sociale (*l'access justice*), pare potersi riproporre anche nella relazione fra eguaglianza sostanziale e contratto.

Il senso di tale rapporto, e l'elemento che deve orientare la ragionevolezza nel distinguere l'eguale dal diseguale, devono infatti rinvenirsi negli obiettivi politico-economici affidati al contratto. Questi appaiono fortemente mutati sia rispetto all'approccio liberista, che reagiva alle sole diseguaglianze capaci di alterare la pura volontà, sia rispetto all'illusione interventista degli anni settanta, che cercava di risolvere le diseguaglianze sociali imponendo un controllo sul contenuto del contratto, ma, in tal modo, attuava una redistribuzione iniqua e non proporzionale dei costi sociali gravanti sullo Stato e alterava a tal punto il contratto da vederlo respingere dal medesimo mercato.

Nel presente, viceversa, a *latere* di strategie che continuano a tutelare debolezze sociali, come il lavoratore subordinato o il conduttore di immobili, ma

6. U. Breccia, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, in E. Ripepe (a cura di), *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Edizioni Plus, Pisa, 2001, p. 99.

solo attraverso la tecnica del contratto normativo, si delinea, quale diretto portato dell'ideologia ordo-liberista, la tecnica di dare rilevanza a disparità di potere contrattuale in vista di una giustizia del contratto, capace, a livello di sistema, di perseguire obiettivi regolatori generali. Ebbene, se l'obiettivo generale è stato inizialmente ravvisato nella sola apertura ed efficienza del mercato, l'evoluzione del dibattito lascia intravedere, quale possibile ulteriore obiettivo, quello di attuare, tramite la giustizia contrattuale, una redistribuzione capace di dare un contributo alla prevenzione di ingiustizie sociali. In particolare, se le asimmetrie plasmate sulla debolezza sul mercato tendono, in via primaria, all'obiettivo dell'*access justice*, non può negarsi che il risparmio di costi inutili ai consumatori e la facilitazione dell'ingresso nel mercato di piccole e medie imprese possano anche contribuire a prevenire squilibri sociali, in una maniera che di regola è generica, ma che talora diviene anche specifica, come quando la Corte di giustizia plasma il rimedio a tutela del consumatore in relazione al suo rischio di perdere l'abitazione. Al contempo, un obiettivo mirato di prevenzione di ingiustizie sociali potrebbe affidarsi a una radicale rivisitazione della rescissione: non solo cambiando e rendendo più effettivo il rimedio, ma anche mutando il modo di intendere lo stato di bisogno e lo stato di pericolo – dalla prospettiva dell'alterazione della volontà a quella della debolezza economico-sociale – ed estendendo le disuguaglianze all'incompetenza tecnologica e alla relazione di fiducia (anch'essa da associare alla condizione economico-sociale). Far risparmiare costi contrattualmente iniqui a chi incrocia già debolezze sociali o nelle stesse può più facilmente incorrere, proprio per effetto del contratto, produce un effetto preventivo mirato all'ingiustizia sociale, che non sostituisce le tutele pubblicistiche, ma certo restringe l'ambito del loro necessitato intervento.

Appare allora evidente che, nella disciplina del contratto, distinguere l'eguale dal diverso implica una valutazione sulla ragionevolezza parametrata su precisi obiettivi politico-economici, che devono plasmare il contratto senza distruggerlo. Simile valutazione non può essere affidata al solo giudice senza che la legge gli dia un orientamento su tali obiettivi politico-economici: non può il giudice rimettere in discussione la forza di legge del contratto sulla base di disparità che, da solo, percepisce come rilevanti. Parimenti, le asimmetrie giuridicamente meritevoli di tutela non possono ritenersi una volta per tutte cristallizzate dal legislatore. L'opera ricostruttiva deve proseguire incessantemente nel dialogo fra legislatore e giudice, che mai come oggi assistono a

cambiamenti repentini e radicali. Da un lato, l'evoluzione del mercato sembra mettere in discussione figure tradizionali di debolezze sociali e contrattuali: attraverso i nuovi "lavoratori deboli", che sembrano sfuggire al paradigma della subordinazione, o tramite la controversa figura del *prosumer*, che assomma in sé il ruolo di consumatore e di professionista. Da un altro lato, la stessa visione semplificata del mercato come frutto della mera sommatoria di contratti, tale per cui l'intervento sulla loro disciplina automaticamente è in grado di orientare il primo, sembra, se non messa in discussione, quanto meno resa più complessa dall'incerta qualificazione giuridica delle piattaforme sulle quali si svolge il nuovo mercato digitale. È, dunque, questa una delle principali sfide che la tecnologia sottopone al giudice e al legislatore nella loro tensione verso una piena attuazione del principio di eguaglianza.

4. Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale nella responsabilità civile

Se – come si è appena evidenziato – la tecnologia complica la realtà e, di riflesso, la tensione del diritto verso il principio di eguaglianza, vi è, tuttavia, un ambito nel quale forse solo la tecnologia può venire in aiuto alla solitudine del giudice ordinario, sul quale grava tutto il peso del principio di eguaglianza nel campo della responsabilità. Si tratta del problema della liquidazione dei danni non patrimoniali da lesione dei diritti della persona diversi dal danno biologico, che palesa una forte inadeguatezza proprio rispetto alle esigenze dettate dal principio in esame.

Superate – grazie all'ampliamento in via interpretativa dell'art. 2059 cc – sia l'irragionevole disparità di trattamento fra danneggiati, derivante dal ruolo dominante (se non quasi esclusivo) del danno patrimoniale, fondato sul censo, sia l'irragionevole disparità di trattamento fra danneggiati lesi nella salute e danneggiati lesi in altri diritti della persona, la sfida al principio di eguaglianza viene oggi dal difetto di coerenza nella liquidazione dei danni non patrimoniali, a parità di elementi da cui si inferiscono le conseguenze pregiudizievoli. Si tratta, in particolare, di conciliare due opposte esigenze: la pari dignità di tutti i danneggiati, che proprio il danno non patrimoniale alla persona ha inteso garantire rispetto al danno patrimoniale, e la necessità di valorizzare, nel rispetto della nozione di danno emotivo ed esistenziale del soggetto, anche la sua specificità e peculiarità. Tale ricerca di equilibrio fra eguaglianza e diversità ha trovato un'appagante

soluzione nel caso del danno biologico, grazie alla possibilità di dare una stima uniforme al punto di invalidità permanente e al paradigma dell'invalidità temporanea, preservando al giudice la possibilità di un adattamento equitativo, e ciò non per una presunta distinzione fra dimensione statica e dinamica del danno biologico (che giustamente la pronuncia n. 7513 del 2018 della Cassazione contesta), ma proprio per l'esigenza di bilanciare uguaglianza e diversità. Viceversa, quel medesimo obiettivo incarna uno sforzo letteralmente immane rispetto ai danni non patrimoniali da lesione degli altri diritti della persona, per i quali manca un parametro di riferimento omogeneo. L'eguaglianza formale, allora, non può che affidarsi al confronto tra i valori assegnati ai paradigmi descrittivi da cui si inferiscono elementi indiziari dell'entità del danno: la gravità oggettiva dell'offesa specificata in relazione alla tipologia di illeciti, gli elementi che condizionano oggettivamente il suo riverbero pregiudizievole sulla vittima, l'eventuale gravità soggettiva. Sennonché, il carattere descrittivo di tali indici e la loro variabile combinazione rendono talmente complessa la comparazione con i precedenti, che solo l'intelligenza artificiale può fornire un supporto tecnologico capace di combinare parametri descrittivi e valori, sì da lasciare al giudice il solo compito di una verifica *a posteriori*, nonché quello di una personalizzazione del risarcimento che tenga conto delle eventuali peculiarità del caso.

5. Principio di eguaglianza e funzioni del diritto privato

Il diritto civile, dall'emanazione del codice a oggi, ha conosciuto un mutamento profondo della sua identità per effetto della progressiva, acquisita consapevolezza della complessità del dilemma eguale/diseguale e della latitudine dell'art. 3 Costituzione, che traduce in linguaggio giuridico il mistero stesso dell'uomo, per cui tutti rivestiamo una pari dignità, ma, al contempo, tutti incarniamo un'assoluta specificità e siamo protagonisti di differenti destini.

Confrontarsi con tale latitudine del principio necessita – come si è visto – di un metodo complesso affidato sia al legislatore sia alle corti e capace: di ponderare tutti gli interessi di volta in volta coinvolti; di bilanciarli considerando il caso in una prospettiva di coerenza sistematica e di equilibri istituzionali; di coordinarli con la variabilità delle ideologie politico-economiche; infine, di procedere senza timore di quel misto di empiria e di coerenza logica che incarna la miseria e la nobiltà del diritto e che non disdegna, talora, finanche di avvalersi di un certo sperimentalismo tecnologico.

Solo la complessità di tale metodo può misurarsi con la ricchezza assiologica dell'art. 3 e solo quest'ultima può affidare al diritto civile un rinnovato compito, che è quello di promuovere il personalismo e di dare un suo peculiare contributo a una maggiore giustizia del sistema economico-sociale.

Contrastare le disuguaglianze nelle relazioni contrattuali: fra diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato

di *Vincenzo Roppo*

Quando il contratto riflette e produce disuguaglianze sostanziali, il diritto reagisce a tutela della parte che soffre l'asimmetria con tecniche diverse, a seconda del contesto in cui la disuguaglianza si produce: nel contesto delle comuni relazioni fra privati, le disuguaglianze si possono rimediare con clausole generali concretizzate dal giudice; al contesto delle relazioni fra attori del mercato si addice meglio la normazione per fattispecie legali. Il disegno di legge delega per la riforma del codice civile sembra coerente con questo schema.

1. Il disegno di legge delega per la riforma del codice civile: ascesa o declino delle norme “a fattispecie”? / 2. Quando l'atipico prende la sua rivincita sulla fattispecie: in materia di contratto... / 3. [Segue] ... e di responsabilità civile (per danno non patrimoniale) / 4. Contratto e uguaglianza: una relazione ambigua / 5. Lo strumento appropriato per le politiche di uguaglianza sostanziale: giurisdizione per clausole generali o legislazione per fattispecie? / 6. La disciplina dei contratti asimmetrici: diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato / 7. Tornando, per concludere, al disegno di legge delega

1. Il disegno di legge delega per la riforma del codice civile: ascesa o declino delle norme “a fattispecie”?

Nel suo intervento Enrico Scoditti sostiene che il disegno di legge delega per la riforma del codice civile¹ segna la vittoria delle norme a fattispecie legal-tipica (e specificamente la loro rivincita sulle clausole generali a *Konkretisierung* giudiziale)².

A me sembra che ciò sia vero per molti aspetti, ma che per altri sia vero l'opposto. Risulta senz'altro vero, per esempio, quando nel testo si incontrano previsioni dirette a tipizzare legalmente situazioni e solu-

zioni che tradizionalmente appartengono a “ciò che i giudici fanno” quando applicano il principio di buona fede: così, per esempio, quando l'art. 1, lettera l, esorta il futuro legislatore delegato a tipizzare un generale obbligo di informazione precontrattuale (dove poco si comprende, peraltro, l'esclusione dell'obbligo quanto alle «*informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*»).

Il punto è che vi s'incontrano anche previsioni di segno contrario, nel senso che finiscono per erodere gli spazi delle fattispecie legali, attirando situazioni e rapporti sotto modalità di regolazione che non sono quelle della tipicità normativa. Questo accade,

1. Atti parlamentari, XVIII legislatura, Senato della Repubblica, n. 1151.

2. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

in particolare, tutte le volte che le norme del disegno di legge aprono nuovi spazi (in precedenza chiusi) all'autonomia privata e specialmente al suo strumento principe che è il contratto: per la semplice ragione che il contratto, proprio in quanto atto di autonomia, costituisce generalmente parlando una via di fuga dalle fattispecie legali; rappresenta sempre in qualche misura (anche quando è un contratto "tipico") uno spazio aperto all'atipico.

È vero che alcuni dei «*principi e criteri direttivi*» dettati al Governo per l'esercizio della delega a riformare il codice civile (art. 1, comma 1), e relativi alla materia contrattuale, vanno nella direzione di ricondurre a fattispecie legali situazioni che prima fluttuavano nel mare del legalmente atipico: si pensi alla lettera *l*, che manda al legislatore delegato di «*disciplinare nuovi schemi contrattuali che vantino una sufficiente tipizzazione sul piano sociale*»; alla lettera *o*, che lo invita a «*disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario*»; e infine alla lettera *p*, recante delega a «*disciplinare le modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario*». Qui si delinea senza dubbio un itinerario che va dall'atipico (affidato alla creatività dell'autonomia privata) verso il tipico, verso la regolazione tipizzante per fattispecie legali: e alla luce di previsioni siffatte pare giustificarsi il rilievo di Enrico Scoditti, che nell'insieme delle norme del disegno di legge delega dedicate al contratto scorge il «*filo comune (...) del passaggio da una disciplina per clausole generali a una disciplina per fattispecie tipizzate*»³.

In questi termini, il rilievo mi sembra però troppo generale e assoluto. Trascura la presenza di altri passaggi del disegno di legge che – con la loro apertura all'atto di autonomia, e dunque all'atipico, in aree della realtà sociale prima largamente presidiate dalle norme di legge – disegnano un tracciato di senso opposto, divergente dalla normazione per fattispecie legali.

2. Quando l'atipico prende la sua rivincita sulla fattispecie: in materia di contratto...

Con la lettera *b* si punta a «*consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro (...) i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri*

per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli». Come dire: un territorio gigantesco e relevantissimo di relazioni sociali – l'intero campo dei rapporti di famiglia – viene affidato all'autoregolazione degli interessati, e così affrancato dall'obbedienza agli schemi legali che (nella logica della fattispecie) tradizionalmente definiscono le posizioni dei membri della comunità familiare.

Il medesimo spirito anima la lettera *d*: smantellando il divieto dei patti successori e consentendo la rinuncia irrevocabile ai futuri diritti di eredità, la norma prefigura una disciplina del fenomeno successorio in cui – di nuovo – l'eteroregolazione basata su norme descrittive di fattispecie legali cede all'autoregolazione liberamente (e atipicamente) costruita dagli interessati senza vincolo di sussumibilità entro schemi normativi predefiniti.

Nel diritto vigente, la sorte del rapporto contrattuale colpito imprevedibilmente da eccessiva onerosità della prestazione è stretta nell'alternativa fra due fattispecie rimediali: la risoluzione, o l'offerta unilaterale di riduzione a equità proveniente dalla parte non gravata. La lettera *i* rompe questa gabbia binaria, e (ferma l'opzione risolutoria) apre a mille possibili soluzioni, variamente costruibili secondo una logica che non è quella della fattispecie ma è all'opposto quella della clausola generale. Perché si prevede che le parti intraprendano la «*rinegoziazione in buona fede*» del rapporto squilibrato: rinegoziazione che potrà portare a tante soluzioni diverse, non definibili *ex ante*, quante la fantasia dell'autonomia privata saprà escogitarne (sotto l'ombrello della più classica fra le clausole generali – il principio di buona fede). E si prevede ancora che, in caso di mancato accordo, ciascuna possa «*chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*»: previsione che introduce anch'essa una serie aperta di tante possibili soluzioni diverse (qui di fonte giudiziale, non negoziale) fra cui il giudice sceglierà, "concretizzando" una formula che – come quella della originaria «*proporzione tra le prestazioni*» – non esaurisce la sua portata su un piano puramente aritmetico, ma presenta a sua volta i contorni sfumati della clausola generale.

3. [Segue] ... e di responsabilità civile (per danno non patrimoniale)

La stessa linea – una linea che, lungi da segnare il trionfo della fattispecie e la ritirata delle clausole

3. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie*, op. ult. cit.

generali, si sviluppa in senso esattamente opposto – appare sottesa *expressis verbis* alla lettera *n*, che incarica il legislatore delegato di ridisciplinare la responsabilità per danni non patrimoniali «*anche discorrendola dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi*»

Dove il rinvio a «*criteri (...) di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi*» non potrebbe esprimere in modo più chiaro e conclamato la volontà di sottrarre la decisione dei casi alla sussunzione di fattispecie concrete entro fattispecie normative generali e astratte, per devolverla alla *Konkretisierung* giudiziale di principi ad ampio o amplissimo raggio semantico.

4. Contratto e uguaglianza: una relazione ambigua

Ma torniamo al contratto: un terreno privilegiato – forse il terreno ottimale – su cui ragionare intorno alla coppia “uguaglianza e diritto civile”, che costituisce l’asse tematico di questo fascicolo.

Fra contratto e uguaglianza c’è un rapporto ambiguo, che sconta l’ambiguità insita nell’idea stessa di uguaglianza: declinabile, come noto, in termini di uguaglianza formale oppure di uguaglianza sostanziale.

L’uguaglianza formale è l’uguaglianza davanti alla legge, è la pretesa del soggetto – qui l’astratto soggetto giuridico – a essere trattato dalla legge esattamente come tutti gli altri, senza discriminazioni, senza differenze (art. 3, comma 1, Cost). Inteso così il concetto, il contratto si presenta come il regno, il paradiso dell’uguaglianza: tutti i contraenti sono giuridicamente uguali, nel senso che ciascuno ha uguale libertà giuridica di determinarsi rispetto al contratto; nessuno ha il potere giuridico di imporre a un altro di fare un contratto, o di farlo a determinate condizioni, perché la volontà di qualunque contraente pesa e vale quanto la volontà di qualunque altro. In questo senso, l’uguaglianza dei contraenti è il riflesso di una libertà negativa, di un’immunità garantita ugualmente a tutti: la libertà di non fare contratti non voluti, l’immunità da effetti contrattuali indesiderati.

Ma su questo stesso terreno si annida il seme della disuguaglianza, che porta il contratto a manifestarsi come poderoso strumento di differenziazione, diciamo pure di discriminazione (e questo a prescindere dai fattori di disuguaglianza sostanziale fra i contraenti pur giuridicamente uguali, cioè dai condizionamenti e «*ostacoli di ordine economico e sociale*» di cui parla l’art. 3, comma 2, Cost.). Nessuno può essere costretto a vendere il proprio bene a

un compratore sgradito, tutti sono ugualmente liberi di vendere il proprio bene a chi gradiscono. Questo significa che potendo A scegliere se vendere il proprio bene a X oppure a Y, che vorrebbero entrambi comprarlo da lui, la sua scelta finisce inevitabilmente per essere discriminatoria: decidendo di vendere a X, egli discrimina Y. È la libertà di scelta del contraente, tradizionalmente concepita come fondamentale profilo della libertà contrattuale, dunque dell’autonomia privata, a generare effetti che non possono non essere discriminatori. In termini ancora più secchi: l’autonomia privata è intrinsecamente discriminatoria.

Ma la potenzialità discriminatoria dell’autonomia privata e del contratto, il loro essere potenzialmente avversi al valore dell’uguaglianza, si manifestano in modo ancora più pesante quando l’uguaglianza venga declinata nella sua accezione di uguaglianza sostanziale: quando si tratti dell’uguaglianza pregiudicata da «*ostacoli di ordine economico e sociale*», dell’uguaglianza che può perseguirsi solo con politiche idonee a «*rimuovere*» tali ostacoli, così da consentire «*il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» (art. 3, comma 2, Cost.).

In una società di soggetti formalmente (giuridicamente) uguali, ma resi sostanzialmente disuguali dalle differenze economico-sociali, il contratto – la libertà di contratto –, nel momento in cui ne garantisce e attua l’uguaglianza giuridico-formale, al tempo stesso ne perpetua e ne acuisce le disuguaglianze sostanziali, quali continuamente si manifestano nel mercato: sia nel mercato del lavoro, sia nel mercato dei beni e dei servizi. Quelle disuguaglianze che la Repubblica ha l’obbligo costituzionale di rimuovere.

5. Lo strumento appropriato per le politiche di uguaglianza sostanziale: giurisdizione per clausole generali o legislazione per fattispecie?

Ma come, con quali strumenti, con quali tecniche di intervento?

Sul punto, la posizione di Enrico Scoditti è molto netta: «*In un mondo segnato dal potente ritorno del tema della disuguaglianza e della disgregazione sociale bisogna guardarsi dall’esaltazione delle “magnifiche sorti e progressive” della giurisdizione per clausole generali e assegnarle il posto discreto che le compete. Torna oggi in campo la vecchia e blasonata legge quale strumento elettivo di riforma sociale. Se il diritto vuole marcare la propria autonomia rispetto a una fattualità dominata dalle potenze sociali e guadagnare forza deontologica rispetto alla*

società, non può fare a meno della principale eredità dell'illuminismo giuridico, la legge generale e astratta»⁴, fondata, secondo tradizione, sul disegno di fattispecie.

Non posso dire altro, se non che sono fondamentalmente d'accordo. Dirmi d'accordo fa tutt'uno con l'esprimere qualche riserva sulla linea sottesa al «Manifesto per la giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti», elaborato e diffuso nel 2004 a cura di uno *study group* formato da 18 accademici provenienti da tutta l'Europa⁵. Lì, infatti, l'approccio è per così dire più "ecumenico", e quindi meno netto, meno incisivo, meno penetrante. Posto che l'obiettivo è estendere e intensificare i contenuti di giustizia sociale nella pratica delle relazioni contrattuali, l'attuazione di esso viene infatti affidata indistintamente all'insieme delle istituzioni euro-unitarie (Parlamento europeo, Commissione, Consiglio, Corte di giustizia), senza differenziare quelle con funzioni normative da quelle con funzioni giurisdizionali; e, altrettanto indistintamente, al complesso della strumentazione presente nell'arsenale dell'ordinamento europeo (regolamenti, direttive, principi "para-costituzionali" come quella della Cedu e della Carta di Nizza), senza differenziare fra norme a fattispecie e principi da applicarsi mediante concretizzazione e/o bilanciamento giudiziale.

La selezione degli strumenti e degli agenti più appropriati in vista degli obiettivi di giustizia presuppone la capacità di distinguere fra gli ambiti e le finalità della regolazione. A differenza del «Manifesto» europeo, Enrico Scoditti si mostra consapevole dell'esigenza di una distinzione siffatta: là dove contrappone politiche di «tutela nel mercato» (perseguibili con l'applicazione giudiziale di clausole generali) e politiche di «tutela dal mercato» (più efficacemente realizzabili con norme legislative a fattispecie).

6. La disciplina dei contratti asimmetrici: diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato

Per quanto mi riguarda, mi è capitato di proporre una distinzione non antagonista, ma un po' diversa, che nell'immaginare la disciplina dei rapporti contrattuali asimmetrici, diretta per fini di giustizia alla tutela della parte "debole", la divide in due grandi regioni: quella compresa nel diritto comune dei contratti, definito dagli artt. 1321 ss. cc, e quella contenuta nel diritto dei contratti del mercato, cui danno corpo le nu-

merose e variegate normative di *market regulation*. Rappresentavo questa distinzione come segue:

«Nel diritto comune dei contratti non esistono né consumatori né professionisti; esistono bensì contraenti deboli e contraenti forti. I primi sono deboli in quanto vittime di quelli che mi piace chiamare "fallimenti dell'autonomia privata": cioè vittime di fattori che intaccano le condizioni soggettive per un regolare ed efficace esercizio dell'autonomia, dando luogo a pregiudizievole asimmetrie che penalizzano il soggetto colpito nella sua relazione con controparte. Si tratta di fattori perturbanti, e di asimmetrie, che si manifestano su basi individuali e occasionali, non standardizzate né socialmente tipiche; e che si presentano come socialmente patologici rispetto alle fisiologiche condizioni soggettive di corretto esercizio dell'autonomia privata. A loro volta, i secondi sono contraenti forti proprio perché si trovano di fronte una controparte indebolita, e sono quindi in condizione di approfittare della sua debolezza.

È chiaro di cosa stiamo parlando: deficit psico-fisici (incapacità di agire), minorazioni delle potenzialità di cognizione e autodeterminazione (vizi della volontà, stati di pericolo o bisogno). Ed è altrettanto chiaro quali siano i rimedi tipici che il diritto dei contratti appresta a favore del contraente reso debole dall'incidenza di questi fattori di asimmetria: azioni di annullamento e di rescissione».

E proseguivo così: «Nel diritto dei contratti del mercato incontriamo invece i "fallimenti del mercato", che sono in definitiva una sottospecie qualificata dei fallimenti dell'autonomia privata: (...) si connotano per il fatto di dipendere dalla struttura oggettiva del mercato, il quale – essendo strutturalmente esposto a fallimenti – per questo pone alcuni dei suoi attori in posizione di forza e altri in posizione di debolezza nei rapporti reciproci.

In ragione di ciò, a differenza dei generici fallimenti dell'autonomia privata, gli specifici fallimenti del mercato hanno natura non di patologia ma di fisiologia sociale; non toccano singoli individui su basi di occasionalità, bensì investono stabilmente intere classi di soggetti; e li investono in ragione non di specifiche menomazioni soggettive, ma delle posizioni di mercato in cui essi si trovano oggettivamente collocati», come s'intende facilmente pensando a datori di lavoro e lavoratori, imprese e consumatori, *franchisor* e *franchisee*, preponenti e agenti, debitori e creditori commerciali, etc. Orbene, alle asimmetrie che il mercato crea, «il diritto dei contratti costruito dalle discipline di regolazione del

4. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie*, op. ult. cit.

5. Aa.Vv., *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, vol. 10, n. 6/2004, pp. 653 ss.

mercato risponde offrendo al contraente debole un arsenale di strumenti ben caratterizzati: recessi di pentimento; obblighi di condotta (specie informativi, ma non solo) e vincoli di contenuto a carico del contraente forte, presidiati essenzialmente col rimedio della nullità, che a sua volta si frastaglia nelle diverse tipologie di nullità speciali»⁶.

Per ricollegarmi al contesto tematico in cui si svolge questo contributo, devo aggiungere qui che mentre nel diritto comune dei contratti, teso a proteggere i contraenti resi deboli da asimmetrie (disuguaglianze) patologiche dipendenti da fallimenti dell'autonomia privata, abbondano le clausole generali affidate alla concretizzazione giudiziale, nel diritto dei contratti del mercato, che protegge i contraenti deboli per asimmetrie (disuguaglianze) create dai modi fisiologici di organizzazione e funzionamento del mercato, domina invece il modello delle norme legislative a fattispecie.

7. Tornando, per concludere, al disegno di legge delega

In chiusura, ci si può domandare se le previsioni del disegno di legge delega per la riforma del codice civile, là dove segnano quella che ho chiamato poco fa la rivincita dell'atipico (e delle clausole generali) sulle norme a fattispecie tipica, siano coerenti oppure dissonanti rispetto allo schema delineato nelle pagine che precedono.

Rispondo che mi pare di registrare una coerenza di fondo, indicata dal fatto che le aree in cui il progetto di riforma dà spazio all'atipico e alle clausole generali, erodendo quello della disciplina per fattispecie (accordi di regolazione dei rapporti familiari, patti sulle successioni, rapporti contrattuali resi squilibrati da sopravvenienze imprevedibili), appartengono tutte al diritto comune dei contratti e non al diritto dei contratti del mercato.

6. V. Roppo, Behavioural Law and Economics, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Rivista di diritto privato*, vol. 18, n. 2/2013, pp. 168-170. Per una trattazione più ampia e articolata, cfr. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, ora in *Id.*, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011 (terza ed.), pp. 65 ss., e *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, *ivi*, pp. 91 ss.

L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisdizione (qualche riflessione a partire da un saggio di Enrico Scoditti)

di Giovanni D'Amico

Più che di un “tempo delle clausole generali” bisognerebbe parlare, oggi, di un “tempo dei principi”. Non vi è una vocazione specifica della regolamentazione per clausole generali a realizzare la “giustizia commutativa”, e un’altrettanto specifica idoneità della regolamentazione per fattispecie a perseguire obiettivi di “giustizia distributiva”. Gli interventi che mirano a garantire l’eguaglianza sostanziale non possono che competere al legislatore, e non possono essere affidati all’attività giurisdizionale di concretizzazione di clausole generali.

1. Premessa / 2. Il “tempo delle clausole generali” o “il tempo dei principi”? / 3. Tutela dei diritti nel mercato, e tutela (dei diritti) dal mercato / 4. [Segue] Contratto e principio di eguaglianza (sostanziale)

1. Premessa

Il saggio di Enrico Scoditti (*Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo) che ha dato origine al dibattito ospitato in questo numero della *Rivista* si lascia apprezzare anzitutto per alcune prese di posizione, per così dire, “fuori dal coro”. Inoltre, esso prospetta un’analisi e delle valutazioni su diverse questioni, certamente assai dibattute negli ultimi anni, ma che cionondimeno sollecitano sempre una rinnovata riflessione – si pensi a temi come il rapporto tra legislazione e giurisdizione, o la domanda circa le modalità più idonee per dare attuazione a determinati “principi” (segnatamente, il principio di eguaglianza) etc.

Le posizioni “fuori dal coro” si intravedono, in particolare, nella garbata ma decisa contestazione della “narrazione” corrente, secondo cui l’epoca attuale sarebbe contrassegnata da una (irreversibile) “crisi della fattispecie”¹ (espressione con la quale si fa riferimento sia a una pretesa “recessività” della tecnica legislativa di tipo “regolamentare”, ossia della tecnica che si propone di individuare in maniera il più possibile “precisa” la “regola” da applicare ai fatti presi in considerazione dalla norma, sia soprattutto all’asserito prevalere nella prassi giudiziaria di tecniche argomentative sempre più “slegate” dal “testo legislativo” e sempre più propense a motivare la decisione attraverso il ricorso a “principi”, più o meno generali). A questa “narrazione”, Scoditti replica che

1. Al tema è stato dedicato un convegno, svoltosi a Padova il 12 ottobre 2018, i cui atti sono stati poi pubblicati in *Ars Interpretandi*, n. 1/2019 (si veda, volendo, il saggio dal titolo *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, *ivi*, pp. 49-70, nel quale svolgiamo più diffusamente considerazioni in parte riprese anche in queste pagine).

«ben lungi dal vivere un tempo di declino, la fattispecie ha vissuto una grande fortuna nella legislazione degli ultimi decenni», e individua in particolare nell'attuazione della disciplina comunitaria di regolazione dei mercati finanziari, bancari e di consumo, una circostanza che «ha comportato un'espansione straordinaria della tecnica della fattispecie». Per parte nostra, aggiungeremmo – con riferimento al secondo (preteso) indizio di una “crisi della fattispecie”, poc'anzi indicato – l'osservazione (fattuale, se si vuole, ma non per questo meno rilevante) che anche sul piano della prassi giudiziaria, pur dovendosi registrare (in generale) una maggiore “libertà argomentativa” dei giudici, non sembra cionondimeno che si possa parlare di una *prevalenza* (nelle sentenze, e nei provvedimenti giudiziari in genere) delle *motivazioni per principi*, restando indubitabile che la stragrande maggioranza delle decisioni giudiziarie vengono adottate facendo riferimento al *testo* di (una o più) specifiche disposizioni legislative – naturalmente, a un “testo” (ormai lo sappiamo bene) che deve essere, e viene, continuamente “interpretato” dal giudice, la cui attività è ben lungi dall'aver una funzione meramente “dichiarativa”, pur non potendo peraltro qualificarsi come un'attività “creativa”, nel senso stretto e proprio del termine.

Venendo, adesso, al merito delle tesi che Scoditti propone, esso può probabilmente riassumersi nella proposizione secondo cui «la giurisdizione per clausole generali assolve (...) una funzione di tutela dei diritti nel mercato, ma se il problema è quello dell'eguale accesso a beni e servizi, in funzione di tutela dal mercato e di realizzazione dell'universalismo, è la fattispecie legale lo strumento da perseguire».

All'analisi critica di questa proposizione saranno dedicate le brevi considerazioni che seguono, non senza esplicitare sin dall'inizio che – al fine di evitare che il discorso abbia come riferimento un ambito troppo esteso, quale sarebbe quello coestensivo all'intero ordinamento giuridico (cui può ben riferirsi, in astratto, sia la dicotomia fattispecie/clausola generale sia il problema dell'attuazione del principio di eguaglianza), e quale parimenti apparirebbe anche il più limitato ambito del “diritto civile” – la partico-

lare specola dalla quale osserveremo e analizzeremo il problema enunciato da Scoditti sarà quella (bensì circoscritta, ma comunque significativa) del diritto contrattuale, sì da rendere il discorso meno generico e indeterminato.

2. Il “tempo delle clausole generali” o “il tempo dei principi”?

Un primo interrogativo, che ci sembra opportuno sollevare *in limine*, riguarda il titolo stesso dell'intervento di Scoditti, dal quale sembrerebbe emergere l'idea che l'epoca attuale (nell'ambito della quale collocare la riflessione sulla funzione della “fattispecie”) si possa descrivere come il «tempo delle clausole generali».

È esatta questa premessa? Quello odierno è veramente qualificabile (ancora) come “il tempo delle clausole generali”?

Quando – ormai più di trent'anni or sono –, a conclusione di un convegno pisano sulla buona fede, Rodotà fece ricorso a questa formula per intitolare le *Conclusioni* del convegno², a lui affidate, il Maestro poteva effettivamente registrare che l'idea – che egli aveva lanciato, quasi venti anni prima – di una “legislazione per principi” (*recte*: di una legislazione che facesse sempre più ricorso alla tecnica delle “clausole generali”), era finalmente penetrata (specie in alcuni ambiti della disciplina dei rapporti civili) nella prassi del legislatore (pur non soppiantando la tecnica della legislazione “regolamentare”), e che di ciò era testimonianza l'interesse della dottrina (manifestato proprio da molte delle relazioni illustrate nel convegno pisano) nei confronti del tema delle “clausole generali”.

Già allora, peraltro, il contesto appariva alquanto diverso rispetto a quello che, a metà degli anni sessanta del secolo scorso, aveva fatto da sfondo alla proposta di Rodotà. In particolare, la “scoperta” da parte della dottrina italiana dell'ineliminabile momento valutativo/creativo insito nel processo di interpretazione/applicazione di qualsiasi disposizione normativa³ aveva portato a relativizzare la contrapposizione

2. Cfr. S. Rodotà, *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, in Aa. Vv., *Il principio di buona fede*, atti della giornata di studio svoltasi a Pisa il 14 giugno 1985, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 249 ss.

Nel citato volume, erano pubblicate anche la relazione di L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, e quella di C. Castrovino, *L'avventura delle clausole generali*, già pubblicate in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, rispettivamente pp. 5 ss. e 29 ss.).

3. Non che questa consapevolezza non fosse affiorata anche prima nella nostra letteratura: basti qui citare il volume di L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1954, ma anche la riflessione – per molti versi “anticipatrice” – che sui temi dell'interpretazione giuridica e della sua “creatività” sviluppò, lungo tutto l'arco della sua vita scientifica, un autore come Tullio Ascarelli; sul punto, sia consentito il rinvio a G. D'Amico, *Ascarelli e la teoria dell'interpretazione*, relazione al convegno di Siena del 2 aprile 2019 sul tema “Ascarelli civilista”, i cui atti sono in corso di pubblicazione. Ma si era trattato di “punte di emersione” in un certo senso isolate, e che non erano penetrate a fondo nella consapevolezza culturale e metodologica dei giuristi italiani, ancora saldamente ancorati ai postulati del positivismo giuridico tradizionale.

tra “norme ordinarie” (le cd. “regole di fattispecie”) e “clausole generali”⁴.

Non era, tuttavia, ancora affiorato – allora – il tema della “applicazione diretta” dei principi costituzionali, tema diventato invece centrale nella riflessione degli anni a noi più vicini. Quando si comincerà ad affermare – come oggi si tende sempre più a fare – che la cd. “*unmittelbare Drittwirkung*” può darsi non soltanto in presenza di una “lacuna legislativa” (situazione alla quale può, in qualche modo, ricondursi l’ipotesi del ricorso da parte del legislatore a clausole generali, che lasciano deliberatamente al giudice il compito di “costruire” la regola da applicare al caso concreto, dando spazio per l’appunto alle “direttive” ricavabili dai principi costituzionali), ma anche in presenza di una disciplina legislativa del fenomeno considerato, allora è evidente che la *funzione specifica* delle clausole generali, rispetto alle “ordinarie” norme di fattispecie, tenderà inevitabilmente a dissolversi (e non solo a diventare meno evidente e, per così dire, più “sfocata”)⁵, giacché anche in presenza di una regolamentazione specifica ci sarà sempre spazio per una costruzione della “regola del caso” orientata ai “principi”, e ipoteticamente difforme (se necessario) dalla soluzione data al problema dal legislatore⁶. Più che di un “tempo delle clausole generali” bisognerebbe parlare, oggi, di un (sia pur problematico) “tempo dei principi”⁷.

3. Tutela dei diritti nel mercato, e tutela (dei diritti) dal mercato

Anche con riferimento al *merito* delle opinioni sostenute da Scoditti, e pur ribadendo la condivisione

dell’atteggiamento “realistico” (e, si vorrebbe dire, *laico*) che l’Autore mostra di avere nei confronti della disciplina *legislativa*, e in particolare della regolamentazione “per fattispecie”⁸ – di cui il Nostro percepisce l’importanza (e l’ineliminabilità) nel contesto dei moderni ordinamenti giuridici, come attesta la stessa evoluzione degli ordinamenti cd. di *common law* – riteniamo si possano svolgere alcuni rilievi critici.

La tesi fondamentale enunciata da Scoditti consiste, come già accennato, nell’affermare che, quando il problema è quello della «tutela *nel* mercato», ossia della protezione dagli abusi (così in sede di formazione come in sede di esecuzione del contratto) all’interno delle relazioni di mercato, la tecnica della clausola generale è una tecnica funzionale all’obiettivo (come dimostrerebbe il ricorso, sempre più frequente in questi ambiti, alla “buona fede”). Quando, invece, il problema è quello della «tutela *dal* mercato», torna ad essere più adatta «la forma di legge, e dunque la tecnica della fattispecie legale».

Osserviamo subito che non è chiaro (o, comunque, non è esplicitato) in cosa risieda la differenza tra “tutela *nel* mercato” e “tutela *dal* mercato”, anche se un’indicazione si può ricavare dalla successiva affermazione dell’Autore, secondo cui «La giurisdizione per clausole generali è preposta alla realizzazione della *giustizia commutativa*, ma se il tema è quello della *giustizia distributiva o redistributiva* è la legge in forma di fattispecie astratta e generale che entra in gioco (...). La clausola generale è strumento di superamento delle asimmetrie che impediscono la concorrenza perfetta, ma consentire l’eguale accesso a beni e servizi è un compito di riforma sociale che solo la legge in forma di fattispecie può attuare» (corsivi aggiunti).

Il momento della “rottura” può, probabilmente, collocarsi nella seconda metà degli anni sessanta del Novecento, a partire dal famoso *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967) di L. Lombardi Vallauri, e dall’avvio della riflessione sull’incidenza dei principi costituzionali sull’interpretazione e applicazione della normativa ordinaria, riflessione che cammina di pari passo con una nuova impostazione del tema generale dell’interpretazione della legge.

4. Come aveva rilevato, con molta acutezza, C. Castronovo nella relazione svolta al convegno pisano, *L’avventura*, *op. cit.*

5. Per più ampie considerazioni su questo punto, ci permettiamo di rinviare a G. D’Amico, *Rodotà e la stagione delle clausole generali*, in *Giust. civ.*, n. 1/2018, pp. 129 ss., spec. pp. 140 ss.

6. Per l’illustrazione di questo modo di ragionare, ci permettiamo di rinviare a G. D’Amico, *Principi costituzionali e clausole generali. Problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Id.* (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 49 ss., spec. pp. 66 ss.

7. Naturalmente questa conclusione è vera solo se si accetta la premessa della cd. “*unmittelbare Drittwirkung*” dei principi costituzionali (nei termini pervasivi descritti nel testo). Diversamente ragionando (come sembra fare anche Scoditti), invece, permane la differenza specifica di una disciplina ricavata (dal giudice) attraverso la concretizzazione di una clausola generale rispetto a una disciplina direttamente posta dal legislatore.

8. Scoditti prende le distanze sia dalla posizione di chi paventa il rischio che una giurisdizione per clausole generali possa comportare la «perdita di calcolabilità e di prevedibilità del diritto», finendo per affidare la risoluzione delle controversie al «soggettivismo giudiziale» (N. Irti), sia dalla opposta visione di chi vede nella valorizzazione delle clausole generali «il ritorno a una legalità del caso concreto e alla dimensione fattuale del diritto, superando le barriere di una ragione giuridica astratta e formale» (si citano, al riguardo, Autori come P. Grossi e N. Lipari).

L'alternativa così posta è indubbiamente suggestiva (e contiene anche qualche elemento di verità), ma – considerata nel suo complesso – non persuade, per molteplici ragioni.

Pur a voler prescindere dall'ambiguità che da sempre avvolge il concetto di “giustizia” (contrattuale), e la ricorrente distinzione tra “giustizia commutativa” e “giustizia distributiva” (evocata anche nel brano citato), non sembra vero che ci sia una *vocazione specifica* (o addirittura *esclusiva*) della regolamentazione per clausole generali a realizzare la “giustizia commutativa”, e una altrettanto *specifica ed esclusiva* idoneità della regolamentazione per fattispecie a perseguire obiettivi di “giustizia distributiva”.

Basti dire che la regolamentazione del fenomeno delle “clausole vessatorie” (che immaginiamo Scoditti ricondurrebbe al paradigma della “giustizia commutativa”) è articolata – nella disciplina contenuta negli artt. 33 ss. codice del consumo (e, prima ancora, nella direttiva europea, cui quegli articoli hanno dato attuazione) – in una serie di “fattispecie” legali specifiche (se pur, talora, formulate mediante il ricorso a concetti indeterminati), e in una “clausola generale” (affidata alla concretizzazione giudiziale), che enuncia la nozione di “vessatorietà”. La *funzione* e lo *scopo* di questa regolamentazione certamente non cambiano a seconda che, in un singolo caso concreto, trovi applicazione una fattispecie specifica di clausola vessatoria, previamente individuata dal legislatore (si vedano le varie cd. “liste nere”, presenti in quasi tutte le legislazioni in materia) oppure se il caso stesso debba essere deciso sulla base dell'applicazione della clausola generale. Ma ciò dimostra, appunto, che non si può discorrere fondatamente di una “vocazione” funzionale *a priori* diversa (e diversificata), ricollegabile rispettivamente alla regolamentazione tramite la tecnica delle “norme di fattispecie” ovvero tramite la tecnica della clausola generale.

4. [Segue] Contratto e principio di eguaglianza (sostanziale)

Nonostante i rilievi formulati nel paragrafo che precede, c'è un aspetto delle affermazioni di Scoditti che appare meritevole di particolare considerazione: precisamente, il passaggio in cui – al di là della poco convincente (almeno nella sua pretesa di *generalità*) contrapposizione tra (funzioni della) regolamentazione per clausole generali e funzioni della regolamentazione attraverso fattispecie legali – l'Autore afferma, come abbiamo già ricordato, che «se il tema è quello della *giustizia distributiva o redistributiva* è la legge in forma di fattispecie astratta e generale che entra in gioco», perché «consentire l'eguale accesso a beni e servizi è un compito di riforma sociale che solo la legge in forma di fattispecie può attuare».

Queste affermazioni contengono, a nostro avviso, un importante nucleo di verità, sebbene abbisognino anch'esse di qualche precisazione.

Deve, infatti, ribadirsi che la “giustizia” che può essere perseguita nel contratto è – in linea di principio – solo la giustizia cd. “commutativa”, non quella cd. “distributiva”; il che – detto altrimenti – vuol dire, come altre volte scrivevamo, che «non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali (indigenza, mancanza di lavoro, disagio sociale, etc.) che in ipotesi impediscano o limitino (più o meno gravemente) l'accesso al mercato di determinati beni o servizi da parte di soggetti socialmente svantaggiati»⁹.

Questi problemi richiedono una risposta di tipo diverso, che non può essere (data dal, o) richiesta al privato¹⁰, ma deve provenire dai pubblici poteri. Semmai – ma sempre nella prospettiva indicata (ossia nella prospettiva di un intervento *pubblico*) – il contratto potrà essere (al più) lo strumento (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere “sociale”, con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della *fiscalità generale*¹¹.

9. Per una giustificazione dell'affermazione, che nel testo formuliamo in maniera del tutto apodittica, vds. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e dir. priv.*, n. 1/2019, pp. 1 ss., spec. pp. 3 ss.

10. L'esperienza insegna che quando il legislatore ha cercato di favorire l'accesso al mercato (di alcuni beni o servizi) a categorie sociali “svantaggiate” (o, comunque, ritenute meritevoli di una particolare tutela), imponendo ai proprietari di tali beni (o ai fornitori di tali servizi) di praticare condizioni contrattuali che si risolvevano in una più o meno accentuata “redistribuzione di ricchezza”, il tentativo ha incontrato enormi resistenze, e, quasi sempre, si è risolto in un fallimento. Emblematico è il caso della legge sul cd. “equo canone” per le locazioni di immobili urbani a scopo abitativo (l. 27 luglio 1978, n. 392), legge che – com'è ben noto – ha alimentato (oltre a vaste aree di vera e propria violazione) il ricorso a innumerevoli modalità elusive, senza peraltro risolvere il problema “abitativo”. Il che ha finito per convincere il legislatore a... ritornare al mercato (vds. l. 9 dicembre 1998, n. 431), sia pure mantenendo forme di “controllo” dell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, attraverso la previsione dell'“assistenza” delle associazioni rappresentative dei proprietari e dei conduttori.

11. Si pensi alle varie forme di agevolazioni e incentivazioni fiscali per favorire l'ingresso nel mondo del lavoro di determinate categorie di soggetti (ad esempio: giovani; soggetti residenti in regioni economicamente depresse; etc.); o si pensi (per riprendere l'esempio del contratto di locazione, fatto nella nota precedente) alle agevolazioni fiscali previste dagli artt. 8 ss. l. n. 431/1998 a favore dei proprietari che accettino di definire il valore del canone (oltre che la durata del contratto e altre condizioni contrattuali) sulla base di quanto stabilito

Siamo, come si vede, nel campo della *politica economica* (amministrazione dell'economia), e in questo senso è perfettamente vero che gli interventi a tutela di soggetti "svantaggiati"/deboli, al fine di favorirne l'accesso al mercato (e, con ciò, di garantire

l'eguaglianza sostanziale) non possono che competere al *legislatore*, e non possono essere affidati all'attività giurisdizionale di concretizzazione di clausole generali (o, anche, di principi).

in appositi accordi definiti in sede locale fra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori maggiormente rappresentative.

Un altro esempio ancora può essere fornito dai rapporti "concessori" che operano in alcuni settori (ad esempio, nel settore del trasporto pubblico locale), nell'ambito dei quali è frequente (per non dire normale) l'imposizione, al concessionario, di cd. "obblighi di servizio" (ad esempio, per restare al caso del trasporto pubblico locale: assicurare almeno due collegamenti giornalieri tra un paesino di montagna e la città più vicina), obblighi che – siccome comportano per lo più lo svolgimento di attività "in perdita" (perché i ricavi non riescono a coprire i costi) – sono sovente accompagnati dalla previsione di un "contributo" economico "pubblico".

In generale, evidenzia il rischio che il mercato reagisca (a misure che sovraccarichino il contratto di compiti di natura sociale) «estromettendo [dal mercato stesso] i più deboli e i più fragili» E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung: ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 58, ove si aggiunge che «per questa ragione devono ipotizzarsi meccanismi di collaborazione fra pubblico e privato finalizzati ad accompagnare i soggetti socialmente deboli dentro i meccanismi del mercato» (e, poco prima, a p. 51, l'Autrice discorre di una «ontologica dimensione individualistica del contratto, al cui interno può tutt'al più collocarsi una prospettiva di giustizia commutativa, volta a reagire ad un'asimmetria di potere contrattuale»).

Principio di eguaglianza e libertà nel diritto privato delle persone

di *Claudio Scognamiglio*

La costituzionalizzazione del diritto privato porta sempre più spesso il privatista a riflettere su un principio, qual è quello di eguaglianza, che è fondativo della Carta costituzionale italiana e che, nelle sue reciproche interazioni con il principio di libertà, rappresenta uno snodo di particolare importanza nella costruzione dello statuto normativo della persona.

1. Eguaglianza e libertà: premesse terminologico-concettuali / 2. Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale italiana / 3. La “costituzionalizzazione” del diritto privato / 4. Eguaglianza, dignità e dignità sociale / 5. Libertà, eguaglianza e discriminazione attraverso il prisma dei problemi dell’esperienza concreta / 6. Una breve conclusione

1. Eguaglianza e libertà: premesse terminologico-concettuali

I due valori della libertà e dell’eguaglianza si richiamano l’uno con l’altro nel pensiero politico e nella storia. Sono radicati entrambi nella considerazione dell’uomo come “persona”. Appartengono entrambi alla determinazione del concetto di persona umana, come essere che si distingue o pretende di distinguersi da tutti gli altri esseri viventi»¹.

Queste, naturalmente, non sono parole di chi scrive, ma di uno dei più grandi filosofi italiani del diritto e della politica del XX secolo, Norberto Bobbio, da lui poste ad esordio di un suo contributo, che reca nel titolo gli stessi lemmi cui è intitolato questo scritto. Si tratta di formulazioni dalle quali emerge con chiarezza la stretta connessione dell’argomento dell’eguaglianza (e di quello della libertà)

con quello che si può ben definire il termine di riferimento essenziale dell’intero discorso del giurista – la persona umana – e, in particolare, proprio con l’argomento che si è ritenuto di porre quale oggetto di questo scritto: il diritto privato delle persone, nel prisma dei principi di libertà e di eguaglianza. E qui dispiega subito tutta la sua suggestione l’affermazione contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, secondo la quale «Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti» e «le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull’utilità comune»: cosicché la storia del concetto di eguaglianza in senso formale si delinea, sin da quel momento, come affermazione della «eguaglianza dei diritti (...) ma possibilità di distinguere tra uomo e uomo e tra situazione e situazione a condizione che la distinzione sia fondata sull’utilità comune»².

1. Così N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995 (rist. 2009), p. VII.

2. Così F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2017 (parte I), p. 1 (www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201703_642.pdf).

Utilizzando ancora come indicazione introduttiva per il discorso le parole di Bobbio, «l'uomo come "persona" o, per essere considerato come persona, deve essere, in quanto individuo nella sua singolarità, libero, in quanto essere sociale, deve essere con gli altri individui in un rapporto di eguaglianza»³: ed ecco dunque che la prospettiva di indagine delineata ci permette di cogliere, in tutta la sua ricchezza, la dimensione della persona, sia nella sua essenza individuale sia nella sua dinamica relazionale, che costituisce – del resto – la specificità dell'esperienza giuridica. Infatti, la libertà può essere definita come «una qualità o proprietà della persona (...) e quindi i suoi diversi significati dipendono dal fatto che questa qualità o proprietà può essere riferita a diversi aspetti della persona, prevalentemente alla volontà o all'azione», mentre «l'uguaglianza è puramente e semplicemente un tipo di relazione formale, che può essere riempita dei più diversi contenuti»⁴.

È di nuovo il pensiero di Bobbio che richiama la nostra attenzione su un altro aspetto del discorso che stiamo svolgendo. Infatti, egli – sia pure dalla prospettiva dello studioso delle dottrine politiche e del pensiero giuridico e non dall'angolo visuale del privatista – pone l'accento sul fatto che il binomio libertà/eguaglianza, risalente al momento fondativo stesso della modernità (la Rivoluzione francese), vede spesso sostituito il secondo termine di esso con quello di "giustizia", destinato a sua volta ad essere talora anteposto al valore della libertà, in relazione al contesto storico di riferimento⁵. In questo ordine di idee, la riflessione interseca appunto anche il concetto di giustizia, proprio perché si tratta di una nozione che, nella storia del pensiero politico e giuridico, finisce per sovrapporsi a quella di eguaglianza. Infatti, nell'ambito dei significati classici di giustizia, così come delineati nel pensiero di Aristotele, accanto a quello di giustizia come legalità, viene in considerazione l'altro, che la identifica precisamente con eguaglianza e che rende necessario che «ognuna delle parti abbia assegnato il proprio posto secondo

ciò che le spetta, il che è l'applicazione del principio *suum cuique tribuere*, massima espressione della giustizia come eguaglianza»⁶.

Ben si può dire, dunque, una volta di più nel solco della fondamentale lettura proposta da Norberto Bobbio, che «la libertà è il valore supremo dell'individuo rispetto al tutto, mentre la giustizia è il bene supremo del tutto in quanto composto di parti», con il corollario che «la libertà è il bene individuale per eccellenza e la giustizia è il bene sociale per eccellenza (in questo senso virtù sociale, come diceva Aristotele)»⁷.

Qui si innesta un altro aspetto assai importante del discorso che stiamo svolgendo e che apre a un orizzonte perfino più ampio la già densa problematica ad esso sottesa. Infatti, è proprio la lettura del principio di eguaglianza che lo accosta al valore della giustizia a rendere evidente che, nell'evoluzione giuridico-costituzionale, l'applicazione del principio di eguaglianza ha superato ben presto i termini più circoscritti in cui era stato inizialmente collocato, come affermazione del mero divieto di privilegi personali tale da lasciare intatta la discrezionalità del legislatore di modellare come differenti le varie situazioni della vita reale⁸. Muovendosi in questa prospettiva, la Corte costituzionale italiana ha ben presto argomentato l'orientamento secondo il quale il principio di eguaglianza si risolve nel dovere del legislatore di disciplinare in modo eguale situazioni in fatto eguali e – reciprocamente – in modo non arbitrariamente differente situazioni in fatto diverse, così attribuendo a se stessa «il compito di valutare la diversità in concreto delle situazioni prefigurate dal legislatore e l'adeguatezza sostanziale della disciplina dettata per ciascuna di esse»: in questa prospettiva, come è stato osservato, «il precetto dell'eguaglianza tende, se non accompagnato da altre prescrizioni normative, a confondersi con l'esigenza di giustizia sostanziale (o di equità) la cui valutazione ultima sarebbe riconosciuta in capo al giudice costituzionale»⁹.

3. Cfr. N. Bobbio, *op. cit.*, p. VII.

4. Così ancora N. Bobbio, *ivi*, p. 4.

5. Nota acutamente N. Bobbio, *ivi*, p. VII, che «la precedenza dell'una o dell'altra parola dipende anche dal contesto storico. Le vittime di un potere oppressivo chiedono prima di tutto di essere liberi. Rispetto ad un potere arbitrario invocano giustizia. Di fronte ad un potere dispotico, che sia insieme oppressivo ed arbitrario, la richiesta di libertà non può andare disgiunta da quella di giustizia».

6. *Ivi*, p. 7.

7. Cfr. ancora, *ivi*, p. 8.

8. Sul punto, cfr. C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana – Saggi*, Cedam, Padova, 1954, pp. 25 ss.; F. Sorrentino, *Eguaglianza formale, op. cit.*, p. 7.

9. Cfr. F. Sorrentino, *ivi*, p. 8.

2. Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale italiana

L'evoluzione del concetto di eguaglianza fin qui tratteggiata è la stessa che ha condotto all'introduzione, nelle carte costituzionali del XX secolo, del valore dell'eguaglianza in senso sostanziale. L'introduzione del valore della giustizia sostanziale nell'impianto delle Carte costituzionali ha portato con sé la conseguenza secondo la quale «l'obiettivo del legislatore di realizzare l'eguaglianza sostanziale, attraverso disposizioni derogatorie di quella formale, azioni positive, quote ecc., viene fatto oggetto dello scrutinio di ragionevolezza e di bilanciamento tra i due commi dell'art. 3» ed «il secondo comma dell'art. 3, nel considerare l'eguaglianza di fatto, o, per meglio dire, gli ostacoli di fatto che si oppongono all'eguaglianza dei cittadini, non soltanto impone, come è evidente, al legislatore un'opera volta alla loro rimozione, ma anche finisce col proiettare l'attenzione del giudice costituzionale, quando è chiamato a risolvere questioni attinenti al principio di eguaglianza, sui risultati concreti e fattuali che le norme impugnate, magari anche indipendentemente dalla loro formulazione, ovvero proprio perché formulate in modo troppo generale, determinano nei rapporti della vita associata»¹⁰.

Da questo punto di vista anche il discorso del privatista non può fare a meno di confrontarsi con il criterio di ragionevolezza, inteso naturalmente, nell'ambito di problemi dei quali ci stiamo occupando in questa sede, in termini affatto diversi rispetto a quelli che lo studioso del diritto privato ha avuto modo di saggiare negli ultimi decenni, nel solco dell'uso della clausola di *reasonableness* nel *common law* ovvero dell'emergere di essa nei progetti di diritto privato europeo. In questi settori, infatti, la ragionevolezza si delinea come un criterio di valutazione della fattispecie concreta demandato dal legislatore al giudice ordinario, e che – come una sorta di clausola generale, sia pure non specificamente codificata dal legislatore – si presta al recepimento di valori (in particolare, e appunto, quello della sensatezza delle azioni e delle scelte umane) a loro volta non immediatamente desumibili dal dato normativo¹¹.

Al contrario, e quando se ne parla nel quadro della riflessione sul principio di eguaglianza, il criterio di ragionevolezza, così come costruito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, si caratterizza per la sua stretta connessione con la verifica circa il rispetto da parte del legislatore del principio di eguaglianza. Come è stato puntualmente osservato dalla migliore dottrina costituzionalista, «la ragionevolezza diviene nella giurisprudenza sul principio di eguaglianza il punto di arrivo del bilanciamento dei valori costituzionali, per cui è legittima la distinzione allorché essa risponda ad esigenze derivanti in modo esplicito od implicito da altre norme costituzionali o da valori espressi dalla Carta fondamentale, non è legittima e viola il principio di uguaglianza quando vi contrasta»¹².

3. La “costituzionalizzazione” del diritto privato

Il discorso fin qui svolto potrebbe sembrare eccessivamente sbilanciato sul versante dei referenti costituzionali dei principi di libertà ed eguaglianza e sganciato, dunque, da un'analisi sufficientemente puntuale del modo in cui gli stessi si possono concretizzare nell'ambito del discorso del privatista. Tuttavia, a ben vedere, non è così, per una duplice ragione.

Infatti, e questa prima notazione è evidente, sono proprio le carte costituzionali a contenere la formalizzazione, al massimo grado, nella costruzione delle gerarchie delle fonti, dei valori della libertà e dell'eguaglianza: cosicché è inevitabile soffermarsi su quei referenti normativi. Ed è, del resto, significativo della circostanza che l'enunciazione del principio di eguaglianza sia riservata alle fonti costituzionali, il fatto che proprio nel momento in cui l'ordinamento dell'Unione europea si è dotato di quello che vorrebbe essere, sia pure in maniera fortemente contrastata e controversa, un testo di rango costituzionale, e cioè la Carta dei diritti fondamentali della stessa, sia stato infine esplicitato il principio di eguaglianza attraverso le previsioni degli artt. 20-26 della Carta dei diritti. In precedenza, al contrario, nel quadro dell'ordinamento comunitario, il principio di eguaglianza veniva desunto, in assenza di un'esplicita affermazione del

10. Così F. Sorrentino, *ivi*, p. 19.

11. Il dibattito sull'uso della clausola generale di ragionevolezza nel diritto privato è molto vivo negli ultimi anni. Il contributo più ricco in argomento è sicuramente quello di S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, in particolare pp. 13 ss.

12. Così, con chiarezza esemplare, F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, *op. cit.*, p. 22, il quale precisa che «applicando il criterio di ragionevolezza, la norma impugnata cade, se la differenza di disciplina rispetto al *tertium comparationis* sia ingiustificata, resta in piedi allorché vi siano valori costituzionali in forza o in nome dei quali la distinzione possa giustificarsi».

medesimo, sulla base di un'interpretazione sistematica da parte della Corte di giustizia dei divieti di discriminazione dai quali sono costellati i Trattati¹³.

La seconda ragione della quale si faceva poc' anzi cenno è quella che ci rimanda alla cd. costituzionalizzazione del diritto privato, fenomeno da tempo oggetto di riflessione da parte della dottrina civilistica italiana¹⁴, e descritto da quest'ultima nei termini dell'insieme e delle metodologie e delle tecniche elaborate, «a partire dalla metà del secolo scorso, con la finalità di permeare il sistema civilistico dei principi fondamentali racchiusi nella Costituzione del 1948»¹⁵. In effetti, la costituzionalizzazione del diritto privato, soprattutto nelle sue prime manifestazioni, si è configurata come animata al tempo stesso da una «spinta oppositiva contro la neutralità del diritto privato» e dalla «spinta propulsiva costituita dal riconoscimento dell'efficacia precettiva e non meramente programmatica delle norme costituzionali, definite quali “disposizioni di principio”, cioè norme principio che non si differenziano dalle norme regola per la struttura ma per l'efficacia (...) il loro modo di applicazione non è la tecnica logico formale della sussunzione ma la logica tecnico-pratica del bilanciamento dei beni o degli interessi protetti»¹⁶. In altre parole, e come pure è stato ricordato, «elemento identificativo della prima costituzionalizzazione è (...) l'attribuzione ai principi costituzionali di un'immediata efficacia precettiva, che si accompagna, tuttavia, all'idea di una peculiarità delle norme principio che consente loro solo di pervadere il contenuto delle altre norme, attraverso l'interpretazione conforme, o di orientare in chiave assiologica le clausole generali»¹⁷.

Ricondotto il discorso sul piano della costituzionalizzazione del diritto privato e, dunque, dei

rapporti tra le norme costituzionali che, nei singoli ordinamenti, enunciano i valori della libertà e della eguaglianza e il modo in cui esse sono tradotte in regole di condotta dal legislatore ordinario, si delinea subito uno stretto rapporto tra uno dei due valori oggetto del nostro discorso – quello della eguaglianza – e un altro principio costituzionale dotato di una forte capacità di pervadere le regole di diritto privato: il principio di dignità, che – com'è noto – assume un rilievo centrale sia nella Costituzione italiana (dove esso, nella sua declinazione di dignità sociale, è senz'altro ricollegato al principio di eguaglianza)¹⁸, sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che al principio di dignità, nelle sue diverse articolazioni, dedica un intero titolo, il I, con i cinque articoli che lo compongono¹⁹. Infatti, e come è stato notato anche di recente in dottrina all'interno di un discorso sulla legislazione antidiscriminatoria nell'ordinamento italiano, la finalità dei divieti di discriminazione è di evitare la «lesione del fondamentale principio costituzionale che disegna la società come comunità di uomini ordinata secondo la pari dignità sociale»²⁰: cosicché si giunge all'affermazione, da ultimo condivisa dalla letteratura in materia, secondo la quale «l'uguaglianza tende a realizzare la pari dignità sociale (che è nozione diversa dalla parità di trattamento) ed è volta a rimuovere tutto ciò che ostacoli la realizzazione della libertà dei cittadini, mirando così a costruire, in ultima analisi, la giustizia sociale e distributiva. In questa prospettiva, l'uguaglianza è quel fine cui l'ordinamento giuridico si orienta per garantire non una mera redistribuzione dei beni, ma una ben più ampia garanzia della partecipazione concreta ed effettiva ai rapporti di diritto civile»²¹.

13. Cfr., sul punto, F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, in particolare pp. 221 ss., dove si sottolinea come, già a partire dalla fine degli anni settanta del XX secolo, la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che il principio di eguaglianza «impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata».

14. Ragioni di sintesi impongono di limitare i riferimenti bibliografici, nell'economia del testo scritto dell'intervento a questo seminario, a E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018.

15. Così E. Navarretta, *ivi*, p. XIV.

16. Così E. Navarretta, *ivi*, p. 5, nel solco del pensiero di L. Mengoni, anch'egli *ivi* citato.

17. In questo senso, ancora una volta, E. Navarretta, *ibid.*, la quale pone l'accento sulla differente posizione assunta da P. Perlingieri, nella misura in cui questi «reputa le norme costituzionali “norme eguali alle altre”, giungendo ad un'impostazione che i tedeschi avrebbero qualificato come Drittwirkung diretta ed immediata».

18. L'art. 3 della Costituzione, come si è già rammentato, esordisce affermando che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge (...)».

19. Gli artt. da 1 a 5.

20. Cfr. L. Sitzia, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011, p. 17.

21. Così M. Ciancimino, *La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale*, in *Dir. fam.*, n. 2/2018, p. 670.

4. Eguaglianza, dignità e dignità sociale

Il valore o principio di dignità, del quale abbiamo appena sottolineato la stretta connessione con il principio di eguaglianza, si presenta a sua volta caratterizzato da una ricchissima varietà di possibili significati, che l'elaborazione culturale del medesimo ha consentito di sviluppare²².

Dignità come responsabilità, dignità come libertà, dignità come valore inalienabile e incompressibile dell'uomo, di ogni uomo in quanto tale, dignità da ricercare e tutelare negli altri, oltre che in se stessi: sono queste le suggestioni che ci provengono dalla riflessione filosofica e da quella giuridica, dal momento in cui il concetto ha acquisito anche una curvatura specificamente giuridica. E se questo è l'arco di significati che il concetto di dignità è destinato a evocare, ben si comprende come proprio ad esso si sia guardato con interesse, se non con speranza, come a un concetto dotato di carattere "fondativo" nel momento in cui si è trattato di individuare una categoria che fosse in grado di ripristinare normativamente la centralità del valore dell'uomo dopo la negazione di esso ad opera delle dittature del XX secolo e dei due conflitti mondiali: proprio nella dignità, infatti, è parso possibile riconoscere un «criterio in grado di assicurare la coesistenza di diverse culture, ideologie e religioni nel comune impegno di tutela dei diritti dell'uomo al di là delle appartenenze nazionali»²³.

La ricognizione dell'emergere, in questa prospettiva, della categoria della dignità nelle fonti normative post-belliche, e nel solco di alcune anticipazioni in testi costituzionali precedenti alla Seconda guerra mondiale, è stata più volte operata in termini esauritivi nella recente dottrina²⁴; saranno, dunque, sufficienti brevi cenni ai dati normativi di maggiore rilevanza nella specifica prospettiva del nostro discorso.

Si può brevemente rammentare che – dopo le anticipazioni contenute, sul punto del riconoscimento del principio di tutela della dignità umana, nella Costituzione finlandese del 1919 e nella Costituzione

di Weimar, ispirate a una lettura in chiave sociale del medesimo, e in quella irlandese del 1937, chiaramente influenzata, al contrario, da una lettura cattolica²⁵ – la giuridificazione del principio di dignità trova un riconoscimento definitivo dapprima nel Preambolo della Carta Onu del 1945 e, quindi, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. In particolare, quest'ultimo testo normativo sancisce, all'art. 1, il principio che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti», così confermando, anche da questo angolo visuale, lo stretto legame tra dignità ed eguaglianza, ed innesta poi, agli artt. 22 e 23, il riconoscimento della dignità sulla garanzia dei diritti sociali attraverso l'affermazione del diritto di ogni individuo alla realizzazione «dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità» nonché del diritto di ciascun lavoratore «a una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana».

L'intima connessione tra l'uso del concetto di dignità e l'esigenza di ripristino della centralità e intangibilità del valore della persona risulta confermata dal rilievo che è proprio la Carta costituzionale della Repubblica federale tedesca (e cioè del Paese che più direttamente aveva conosciuto l'orrore della negazione radicale della dignità umana) a utilizzare in maniera particolarmente pervasiva il concetto di dignità umana²⁶. Infatti, e come è stato rilevato²⁷, la dignità diventa, nella Costituzione tedesca, una sorta di *Grundnorm* dell'intero sistema giuridico, con i caratteri della norma giuridica oggettiva e non già del diritto soggettivo, come tale soggetta al giudizio di bilanciamento con altri interessi pure dotati di riconoscimento costituzionale: l'art. 1, comma 1, del *Grundgesetz* stabilisce infatti che «La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale», ed il comma 2 soggiunge che «Il popolo tedesco professa perciò i diritti umani inviolabili e inalienabili come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo»²⁸.

22. Ci si permetta, sul punto, il rinvio al nostro *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 67 ss.

23. In questi termini, G. Resta, *Dignità*, in S. Rodotà e P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 259-285.

24. *Cfr.*, in particolare, G. Resta, *ivi*.

25. *Cfr.*, per i riferimenti, G. Resta, *ivi*.

26. Si vedano, per un'ampia illustrazione delle coordinate all'interno delle quali il principio di dignità è utilizzato nell'ambito del *Grundgesetz*, G. Resta, *Dignità, op. ult. cit.*, e P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009, pp. 30 ss.

27. In tal senso, in particolare, P. Becchi, *op. ult. cit.*, p. 31.

28. Va peraltro considerato che, sia pure con curvature di volta in volta diversamente modellate, e sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, il concetto di dignità è presente nella gran parte delle costituzioni entrate in vigore nella seconda metà del XX secolo: *cfr.*, sul punto, i cenni di G. Resta, *Dignità, op. cit.*, nonché, con specifico riferimento alla Costituzione spagnola, F.F. Segado, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2007, pp. 31 ss.

Una notazione terminologica consente, poi, di cogliere il particolare valore fondativo che la dignità assume, nell'ambito della Costituzione tedesca, anche rispetto ai diritti fondamentali: e infatti, mentre questi ultimi sono definiti come «inviolabili e inalienabili», la dignità è senz'altro «intangibile» («*unantastbar*»), così restando sottratta anche a quel giudizio di comparazione o di bilanciamento con altri interessi, in ipotesi dotati di protezione a un livello analogo di gerarchia delle fonti, cui invece i diritti fondamentali possono essere assoggettati. I due commi dell'art. 1 del *Grundgesetz* rendono, poi, evidente l'esistenza di un rapporto di derivazione, all'interno di quel testo normativo, tra la dignità e i diritti fondamentali, nel senso che proprio il fatto che l'uomo posseda una dignità tale da contraddistinguerlo rispetto a ogni altro essere vivente (e sottratta, secondo quanto si desume dall'art. 79, comma 3, del *Grundgesetz*, a ogni possibilità di modifica o revisione costituzionale) fonda altresì, in capo a lui, la titolarità di diritti fondamentali²⁹.

Concludendo sull'immagine della dignità umana che emerge dal *Grundgesetz*, si deve concordare con quella lettura della stessa che vi ravvisa una diretta derivazione con la dottrina giusnaturalista moderna, così restando collegato il tema del rispetto della dignità umana a quello della rinascita del diritto naturale³⁰.

Diversi sono, invece, i caratteri che la dignità assume all'interno della Costituzione italiana del 1948: e infatti il riferimento alla dignità sociale, contenuto nell'art. 3 Cost., letto in collegamento con l'enunciato racchiuso nell'art. 4, comma 2, rende evidente che l'ordinamento modellato dalla Costituzione repubblicana riconosce, quale unico titolo di dignità, «il lavoro che consente ai cittadini il pieno sviluppo della loro personalità, e con ciò della loro dignità»³¹. In altre parole, il discorso sulla dignità all'interno della Costituzione italiana del 1948 è imperniato sulla dimensione sociale della dignità: in questo stesso senso, possono essere richiamati anche gli altri due luoghi di quel testo normativo all'interno dei quali il termine «dignità» viene utilizzato come attributo (l'esistenza libera e dignitosa alla realizzazione della quale deve essere funzionale la retribuzione corrisposta al lavoratore cui ha riguardo l'art. 36) ovvero come sostantivo (la dignità umana come limite all'esercizio delle attività economiche private, che non debbono recar danno ad essa, all'interno dell'art. 41, comma 2, Cost.). Non è

del resto casuale che, a livello della legislazione ordinaria italiana, la dignità compaia proprio nel cd. Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300) intitolato, tra l'altro, alla tutela della dignità dei lavoratori: così come, sia nell'ambito della concretizzazione giurisprudenziale, sia all'interno della riflessione dottrinale – almeno nella seconda metà del secolo scorso –, lo spazio più significativo sia stato occupato proprio dalla materia del diritto del lavoro.

5. Libertà, eguaglianza e discriminazione attraverso il prisma dei problemi dell'esperienza concreta

Appare a questo punto opportuno, al fine di dare maggiore concretezza alle osservazioni fin qui svolte, proporre – anche sulla base dell'esperienza giurisprudenziale – alcuni casi nei quali tipicamente i valori della libertà e dell'eguaglianza (e, per la connessione rispetto a quest'ultima che ormai dovrebbe essere chiara, della dignità) entrano, per così dire, «in risonanza».

Un primo caso è quello suggerito da un'ancora recente ordinanza della Corte di cassazione italiana³², la quale ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sottoponendo a quest'ultima, tra le altre e per quello che interessa ai nostri fini, la questione «se rientri nell'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla direttiva 2000/78/CE, secondo l'esatta interpretazione dei suoi artt. 2 e 3, una dichiarazione di manifestazione del pensiero contraria alla categoria delle persone omosessuali, con la quale, in un'intervista rilasciata nel corso di una trasmissione radiofonica di intrattenimento, l'intervistato abbia dichiarato che mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi della collaborazione di dette persone nel proprio studio professionale, sebbene non fosse attuale né programmata dal medesimo una selezione di lavoro». In questa vicenda processuale³³, che si era conclusa nel primo grado e in appello con una condanna del soggetto che aveva rilasciato le dichiarazioni in questione al risarcimento del danno in favore di un'associazione rappresentativa di avvocati a tutela dei diritti delle persone LGBTI, entrano tipicamente in conflitto un aspetto della libertà della persona – quello di manifestare il proprio pensiero, sia pure esprimendo idee

29. Si veda ancora, per queste notazioni, P. Becchi, *Il principio*, op. cit., pp. 32-33.

30. Sul punto, di nuovo, P. Becchi, *ibid.*

31. *Ivi*, p. 36.

32. Il riferimento è a Cass., 20 luglio 2018, n. 19443.

33. Sulla quale cfr. F. Bilotta, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1/2018, pp. 69 ss.

che appaiono ormai decisamente superate dall'evoluzione della sensibilità giuridica, morale e culturale – e un profilo di tutela dell'eguaglianza, appunto nella prospettiva della necessità di evitare differenziazioni quanto agli orientamenti sessuali dei quali ciascuna persona sia portatrice. E una tutela antidiscriminatoria imperniata sulla sola dimensione dell'autonomia contrattuale – e cioè circoscritta alla dinamica della costituzione di un rapporto contrattuale tra le parti – dimostra i propri limiti, come attesta la scelta della Corte di cassazione di sottoporre alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sopra richiamata.

Altre due ipotesi – questa volta suggeriteci da altrettante pronunce della Cgue – si riferiscono alla questione, controversa e ricca di implicazioni in società multietniche quali sono ormai, in larga maggioranza, quelle degli Stati dell'Unione europea, della legittimità del licenziamento di lavoratrici solite indossare il velo islamico sul posto di lavoro. Si tratta, in particolare, dei casi *Achbita*³⁴ e *Bouagnaoui*³⁵, entrambi decisi il 14 marzo 2017: nel primo dei due, la Corte ha statuito un principio di diritto in base al quale poteva ritenersi legittimo il licenziamento della lavoratrice che portava il velo sul posto di lavoro, e questo sulla base di un'interpretazione della dir. 2000/78/CE in forza della quale sarebbe lecita l'interruzione del rapporto di lavoro nel caso di una regola aziendale che faccia divieto, sia pure in maniera generica, di indossare segni esteriori rimandanti a convinzioni religiose, politiche o filosofiche, in relazione a una politica di neutralità adottata dall'imprenditore.

Nel secondo caso, invece, la Corte di giustizia, sempre – e ovviamente – muovendosi nell'ambito normativo della direttiva sopra menzionata, ha ritenuto illegittimo il licenziamento, affermando che «la volontà di un datore di lavoro di tenere conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da un dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione».

L'esito solo apparentemente contraddittorio di queste due decisioni, adottate contestualmente e in applicazione di un medesimo dato normativo di riferimento, dimostra quanto sia complesso bilanciare valori di libertà che, sul piano della concretizzazione dei medesimi, entrano in conflitto: la libertà di un

lavoratore di portare un segno che manifesti anche esteriormente il proprio credo religioso, la libertà del datore di lavoro di organizzare nel modo da lui ritenuto più congruo rispetto ai bisogni della clientela la propria attività imprenditoriale e la libertà del cliente di quel datore di lavoro di scegliere di non avere a che fare (sia pure sulla base di convinzioni soggettive deprecabili) con persone che quella religione scelgano di professare in maniera così esplicita e anche sul luogo di lavoro. Conflitto che, in casi del genere e in relazione alla soluzione che al medesimo si intenda dare, rischia di mettere a repentaglio anche il valore della eguaglianza, nella misura in cui un lavoratore possa essere trattato diversamente rispetto ad altri – fino al punto di andare incontro alla perdita del posto di lavoro – solo per avere espresso apertamente un aspetto importante, qual è certo il credo religioso, della propria personalità.

L'esperienza del diritto del lavoro, questa volta nell'ambito della giurisprudenza italiana, ci offre un altro esempio in cui il valore della libertà e quello dell'eguaglianza entrano in gioco: e non è un caso che sia proprio la materia del rapporto di lavoro a metterci a disposizione un materiale così ampio di riflessione, visto che è il lavoro, sulla base di quanto desumiamo dall'impianto dei principi costituzionali³⁶, che costituisce il fondamento stesso dell'ordine repubblicano e che rappresenta «il criterio di riconoscimento dei cittadini che ne fanno parte e, al tempo stesso, di selezione tra i cittadini per distribuire costi e benefici connessi con la loro appartenenza a tale *societas*». Pertanto, il lavoro «non potrà che essere (...) valore fondamentale e (...) criterio direttivo dell'attività legislativa»³⁷. In particolare, il caso sul quale intendo richiamare l'attenzione è quello deciso dalla Corte d'appello di Torino³⁸, relativo al mancato riconoscimento della qualifica di direttore di una testata giornalistica a una cittadina peruviana dotata di un permesso di soggiorno di lungo periodo. Il giudice d'appello, riformando la decisione del tribunale, ha ritenuto che un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge ordinaria – in assenza di ragionevoli esigenze di segno opposto, come accade ad esempio in materia di esercizio diretto o indiretto dei poteri pubblici – impone una lettura del dato normativo che intenda il termine “cittadino” come “consociato”, così evitando ricostruzioni del precetto

34. Cgue [GS], C-157/2015, 14 marzo 2017, *Samira Achbita e Centrum c. G4s Secure Solutions NV*.

35. Cgue [GS], C-188/2015, 14 marzo 2017, *Asma Bouagnaoui e Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA*.

36. È scontato il riferimento all'art. 4.

37. Cfr. F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, op. cit., p. 10.

38. Cfr. Corte appello Torino, 16 gennaio 2017, n. 86.

normativo che produrrebbero ingiustificate disparità di trattamento. E qui si innesta un discorso che, soprattutto nel momento presente in Italia, si fa particolarmente delicato e importante, e che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha avuto da tempo modo di svolgere: infatti, come appunto affermato più volte dalla Corte³⁹, la circostanza che la Costituzione italiana, sia al primo che al secondo comma dell'art. 3, riferisca l'eguaglianza espressamente ai cittadini non implica affatto che gli stranieri possano essere oggetto di irragionevoli discriminazioni sia nei confronti dei cittadini italiani sia nei confronti di altri stranieri. Cosicché, da questo punto di vista, si impone, anche sul versante del diritto privato e pure per gli stranieri extracomunitari, la conclusione – di particolare importanza proprio per i diritti della persona – secondo la quale, relativamente «ai diritti che la Costituzione riconosce a “tutti” perché fanno parte del patrimonio della persona e con riguardo a quelli discendenti da trattati internazionali, l'eguaglianza opera come criterio di ragionevolezza che impedisce di trattare gli stranieri, senza una ragione costituzionalmente valida, in modo deteriore rispetto ai cittadini»⁴⁰.

6. Una breve conclusione

Il discorso fin qui svolto deve volgersi ora a una conclusione, che – lo si sarà già inteso – non può che essere problematica e provvisoria, e dunque sollecitare la discussione, più che ambire a stabilire punti fermi.

La breve ricognizione dei referenti del problema a livello costituzionale e del modo con cui essi sono concretizzati nell'elaborazione giurisprudenziale pare confermare che, nell'esperienza giuridica del tempo presente, che è ormai quasi banale descrivere nel segno della complessità (per l'articolazione del sistema delle fonti, per l'ingresso sempre più potente delle fonti sovranazionali, per la stessa densità dei fenomeni socio-economici da regolare), il giurista, e in particolare il privatista, sono chiamati in maniera ormai costante a maneggiare il linguaggio dei principi e dei valori costituzionali e a operare un bilanciamento tra di essi: proprio per questo è ancora più importante riflettere sull'interazione dei principi di libertà ed eguaglianza nell'opera di costruzione dell'essenza stessa della persona.

39. *Cfr.*, per gli opportuni riferimenti, F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, *op. cit.*, pp. 30 ss.

40. *Ivi*, p. 32.

Eguaglianza e contrattazione

di *Fabrizio Di Marzio*

Questo breve scritto affronta la questione della diseguaglianza nella contrattazione sotto il profilo del diverso grado di libertà contrattuale espressa dai contraenti, ed esamina il ruolo correttivo svolto dal diritto positivo con le diverse tecniche della fattispecie e delle clausole generali.

Esporrò qualche considerazione in tema di eguaglianza e diritto contrattuale. Vorrei concentrare l'attenzione non sull'atto, ma sull'attività, in modo da presentare il problema dell'eguaglianza con riguardo alle condotte degli agenti giuridici. Dirò quindi qualcosa su "eguaglianza e contrattazione".

La possibilità di scambiarsi promesse meritevoli di riconoscimento e tutela giuridici, e più in generale di concludere contratti, si comprende immediatamente nella dimensione della libertà, piuttosto che in quella dell'eguaglianza. Secondo la concezione messa a punto da Isaiah Berlin, conta la libertà negativa, ossia la libertà di agire senza essere limitati dall'interferenza di altri nella stessa area di azione. Se insuccesso e limitazioni dipendono non da incapacità personali, ma da interferenze, sono considerati dovuti a ingiustizia. Così, nell'ambito economico, sostiene Berlin, «se la mia mancanza di mezzi materiali non è dovuta a incapacità fisica e mentale, allora comincio a parlare di privazione di libertà (e non semplicemente di povertà)»¹. La mancanza di libertà economica che non è causata da incapacità personali può essere dovuta alla struttura dell'ordinamento: che, a questo punto, può apparire ingiusto.

Tuttavia, in una prospettiva avanzata, in cui si muovono oggi molti ordinamenti occidentali, la povertà in se stessa può apparire ingiusta, come dimostra il diffuso successo di misure di sostegno economico a poveri e disoccupati. Attribuire un reddito minimo appare un presupposto per l'esercizio della cittadinanza; non molto diversamente, la liberazione

del debitore insolvente ma meritevole di riabilitazione dal peso schiacciante dei debiti vale come presupposto per il recupero alla vita produttiva. Ecco che la differenza che corre tra ricchi e poveri è spesso ritenuta non legittimata, o anche non giusta, o direttamente ingiusta. In quest'ultimo caso, questa differenza appare come "diseguaglianza".

Il differente grado di libertà che può sussistere tra due soggetti conta anche dentro lo spazio segnato agli estremi dalla ricchezza (compiutezza di potere economico) e dalla povertà (assenza di potere economico). Se, infatti, la mancanza di libertà può giungere a escludere la possibilità di scegliere una condotta piuttosto che un'altra, l'insufficiente possesso di libertà può condizionare ingiustamente una scelta comunque esercitabile, ma in condizioni tali da escludere la cosiddetta "libertà del volere".

Nel diritto dei contratti, le condizioni di differente potere economico possono determinare una diseguaglianza di potere economico; su questa premessa può consumarsi un abuso di potere economico di qualcuno ai danni di qualcun altro. In termini giuridici: un abuso della libertà contrattuale come sacrificio dell'altrui libertà di contratto. È stato proprio questo l'esito paradossale della contrattazione all'epoca del diritto eguale borghese. Ci si è accorti che la difesa di una formale libertà di contratto determinava, nel caso concreto, mortificazione di quella stessa libertà tutte le volte in cui l'asimmetria di potere economico (ma anche sociale e culturale) e dunque di potere giuridico determinava l'abuso nella contrattazione: del datore

1. I. Berlin, *Due concetti di libertà*, in *Id.* (a cura di H. Hardy e M. Ricciardi), *Libertà*, Feltrinelli, Milano, 2010 (ed. or.: 1958), p. 173.

di lavoro ai danni del lavoratore; del professionista ai danni del consumatore; dell'impresa prevalente ai danni dell'impresa economicamente dipendente.

Gli ordinamenti si sono adeguati prevedendo regimi contrattuali protettivi delle categorie di contraenti maggiormente esposte al pericolo dell'altrui prepotenza di mercato. Ma tuttora nel dibattito si coglie, accanto a una maturata consapevolezza della necessità di ritagliare regimi contrattuali speciali con scopo protettivo, la difficoltà di comprendere come ciò che conta nel diritto sia la disuguaglianza di potere giuridico, piuttosto che le sue premesse (rinvenibili in altri ambiti della comunità).

L'argomento di Pietro Rescigno, secondo cui «Nel contratto, al quale è connaturale l'idea dell'accordo, e quindi dell'accettazione (che ciascun contraente compie) dell'altrui esercizio dell'autonomia, può aversi "abuso della situazione economica" nel senso che il contraente economicamente più forte può dettare all'altra parte condizioni inique; non ricorrerà "abuso del diritto" nel senso proprio dell'espressione»² conserva ancora un forte potere di suggestione, benché sia viziato dalla sottovalutazione, che in esso si mostra, del profilo della libertà del volere.

Ciononostante, le legislazioni si sono sviluppate secondo la tecnica legislativa di repressione degli abusi, la quale, pur perdurando le perplessità dottrinali, può ricondursi senza eccessiva difficoltà alla teoria tradizionale del divieto di abuso del diritto. Nel diritto positivo dei contratti il principio ispiratore del divieto di abuso del diritto, trasparente nella stessa terminologia adoperata nelle disposizioni legislative (dove spesso e volentieri si legge di condotte abusive, clausole abusive e così via), ha ispirato il ricorso alla clausola generale della buona fede e a concetti giuridici indeterminati come il "significativo squilibrio contrattuale" quali criteri di valutazione delle condotte contrattuali tenute in specifici contesti abusivi descritti nella legislazione recente: la relazione tra professionista e consumatore; tra impresa dominante su di un mercato rilevante e altre imprese e consumatori; tra impresa prevalente e impresa dipendente in un singolo monopolio relazionale. In questi settori, la violazione del dovere di buona fede realizza, nella fase della contrattazione, l'abuso della libertà contrattuale di una parte con mortificazione della libertà di contratto della controparte. La privazione di libertà riduce lo spazio della scelta e pregiudica l'eguaglianza dei contraenti.

La tecnica normativa si articola in più tappe, e consiste:

- nell'isolare specifici contesti della contrattazione in cui si svolgono determinate relazioni di mercato;

- nel ricostruire tipologicamente tali contesti, fissando fattispecie incentrate sullo *status* o sulla qualità delle parti contraenti, sulla posizione da esse ricoperta su un determinato mercato, sulle modalità della contrattazione;

- nello stabilire il divieto di abuso contrattuale, individuato nello squilibrio importante delle clausole contrattuali a vantaggio dell'una piuttosto che dell'altra parte e in condotte precontrattuali di ingiustificato rifiuto della conclusione dell'accordo;

- nell'attribuire al giudice poteri correttivi, o educatori in funzione manutentiva, ai fini del riequilibrio del regolamento contrattuale.

La tecnica consiste dunque nello stabilire fattispecie in cui sono incluse clausole generali di relazione, come il canone di buona fede, o il principio del divieto di abuso (del diritto), di cui le prime sono espressione elettiva nel diritto dei contratti.

Questa tecnica legislativa mostra una fondamentale differenza rispetto alla tecnica codicistica.

Mentre quest'ultima è articolata su fattispecie che includono inevitabilmente molti concetti indeterminati ma ben poche clausole generali, invece la tecnica attuale presenta un diffuso ricorso alle clausole generali (e tra di esse alla clausola di buona fede) oltre che al principio del divieto di abuso.

Mentre nel codice civile e nella legislazione complementare novecentesca il ricorso a clausole generali si realizza in disposizioni molto generali, che alludono per lo più all'obbligazione o a fasi della contrattazione, della interpretazione ed esecuzione del contratto, invece nella legislazione nuova il ricorso a clausole generali è effettuato nell'ambito di fattispecie dettagliate e costruite in vista dell'inserimento in esse delle clausole generali.

Così l'art. 1175 cc prescrive che debitore e creditore debbono comportarsi secondo buona fede e per l'art. 1337 cc devono comportarsi secondo buona fede le parti impegnate nella trattativa. La disposizione isola, nel primo caso, la relazione che chiamiamo "obbligazione"; nel secondo caso, il fenomeno che chiamiamo "trattativa". Chi si trova coinvolto in un rapporto obbligatorio o in una trattativa deve comportarsi rispetto all'altra parte secondo buona fede. Molto diversamente, l'art. 33 ccons dispone l'abusività della clausola inserita in un contratto tra parti determinate (un professionista e un consumatore) se essa determina un significativo squilibrio degli obblighi contrattuali tra le parti, precisando che tale squilibrio deve essere contrario a buona fede. Tutta la disposizione è dedicata alla costruzione dei presupposti imperativi alla ricorrenza dei quali il giudice è

2. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 225 ss., ora in *Id.*, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 58.

chiamato a concretizzare la clausola generale nel caso sottoposto al suo esame.

Pertanto, mentre nel codice civile la disposizione di legge che richiama la clausola generale è funzionale a produrre l'effetto cosiddetto "valvolare", reso possibile dal giudizio fondato sulla clausola generale e dunque aperto a valori extragiuridici, invece nella legislazione nuova l'utilizzo della clausola generale avviene nell'ambito di configurazioni predisposte perché quell'utilizzo si realizzi. In queste evenienze la disposizione di legge non serve a rendere rilevante la clausola generale in un contesto giuridico (e quindi a veicolare in esso, rendendoli rilevanti, elementi valoriali extragiuridici), bensì a costruire i presupposti imperativi per l'utilizzo della clausola generale.

Il nuovo diritto positivo dei contratti è dunque stabilito in ragione di presupposti del tutto diversi rispetto a quelli che presiedono alla disciplina contenuta nel codice civile; presupposti puntualizzati di volta in volta in ambienti normativi predisposti per l'attivazione della clausola generale. Sta qui la funzione servente della fattispecie rispetto alla clausola generale. La fattispecie medesima è costruita in relazione alla clausola generale e risponde al sistema valoriale che determina la clausola generale nel nuovo diritto. Ecco perché non accade più che il diritto positivo si apra alle clausole generali, ma si verifica che momenti significativi di quel diritto siano positivizzati in funzione della operatività delle clausole generali.

In sintesi, mentre nel diritto classico la fattispecie e le clausole generali costituiscono tecniche alternative a cui ricorre di volta in volta il legislatore, nel nuovo diritto queste due risorse della legislazione operano integrandosi a vicenda.

In forza di questa integrazione, la clausola generale opera in un contesto dettagliatamente predeterminato, che ne consente la funzionalizzazione alla rilevazione di abusi. Opera, cioè, in funzione servente al principio del divieto di abuso del diritto.

Per rimanere sul nostro esempio, attesa la portata generale dell'art. 1337 cc, anche il professionista e il consumatore debbono comportarsi secondo buona fede nelle trattative; ma, in forza dell'art. 33 ccons, il professionista che operi in un contesto prestabilito come abusivo – ossia nei confronti del consumatore, predisponendo unilateralmente un contratto e realizzando uno squilibrio del regolamento a proprio vantaggio – abusa della propria libertà di contratto, con ciò stesso realizzando una violazione qualificata del canone di buona fede.

Tutto questo che andiamo dicendo fornisce una chiarificazione del nuovo diritto e di come si articolano

in esso – al fine dell'eguaglianza di libertà – le tecniche della fattispecie e delle clausole generali su di un piano puramente formale. Ma restano da illuminare le ragioni di questa combinazione normativa. Possiamo sintetizzare queste ragioni nell'obiettivo, perseguito dal nuovo diritto, di recuperare ai contraenti intenti in attività contrattuali spazi importanti di libertà; e ciò al fine ultimo di ripristinare, in sede di controllo degli atti di autonomia privata, condizioni di eguaglianza non disponibili sul mercato. Dunque lo strumentario giuridico è qui utilizzato dal legislatore politico per assicurare delle specifiche finalità (secondo un *modus operandi* inauguratosi nel secolo scorso con l'esperienza del cosiddetto "diritto regolatore" dello Stato sociale³).

L'obiettivo di assicurare un efficiente ambito di libertà a coloro che variamente concludono contratti sul mercato (obiettivo a sua volta funzionale a garantire un sufficiente grado di concorrenzialità) non potrebbe essere raggiunto vietando senz'altro determinati comportamenti alla parte prevalente, ossia con la tecnica della norma proibitiva presidiata dalla nullità. Proprio questo si verifica nel diritto classico dei contratti, pensato per consentire il sindacato non delle condotte, ma dell'atto che esse producono, nei termini della corrispondenza di quell'atto alle attese dell'ordinamento giuridico. Il diritto del codice civile, tuttavia, si disinteressa alquanto della libertà concreta delle parti e non si preoccupa affatto dell'uguaglianza. Per un ordinamento che abbia a cuore le uguali libertà, la tecnica delle norme imperative di divieto è del tutto insoddisfacente. Negare la libertà a una parte non comporta, di per sé, di ripristinarla per l'altra. Molto diversamente, occorre garantire la libertà di tutte le parti, ma al contempo inibire a ciascuna di esse l'esercizio abusivo di quella libertà, poiché quell'uso trasmoderebbe in arbitrio, con mortificazione (della propria e) dell'altrui libertà di contratto. Ecco, dunque, la richiesta al giudice che valuti condotte contrattuali consumate in contesti abusivi di verificare se l'altrimenti insindacabile uso della libertà contrattuale non realizzi in questi scenari delicati (perché pericolosi per la libertà) un abuso di una parte ai danni dell'altra. Nel contratto tra professionista e consumatore le clausole abusive non sono clausole aprioristicamente vietate, bensì ipotesi di disciplina diffuse nella prassi e catalogate nel diritto dispositivo dei contratti. Ad esse le parti possono ricorrere liberamente, ma – se la contrattazione avviene in un contesto a pericolo di abuso – non fino al punto di compromettere vistosamente l'equilibrio del regolamento contrattuale in violazione del canone di buona fede oggettiva. Qualora ciò accadesse, la nullità dipenderebbe non dalla violazione di

3. Cfr. J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Edizioni di Comunità, Milano, 2001, pp. 19 ss.

una norma imperativa (come capita per le previsioni codicistiche sulle nullità), ma dall'utilizzo abusivo del diritto dispositivo⁴.

Attraverso l'esame dell'atto si prende di mira una condotta: la contrattazione abusiva. L'invalidità che colpisce l'atto non è semplicemente caducatoria, ma per la sua natura protettiva, anche a contenuto manutentivo (dell'atto) e ripristinatorio (dell'equilibrio contrattuale). Attraverso la conformazione dell'atto si elimina l'esito pregiudizievole per l'interesse ordinamentale connesso alla condotta abusiva e si ripristinano artificialmente condizioni corrispondenti a una libertà contrattuale non presente al momento della trattativa.

Ha dunque ragione Enrico Scoditti quando nota che la tecnica della fattispecie è indispensabile per introdurre regole di eguaglianza nel diritto privato, e che questo risultato non si raggiungerebbe attraverso la normazione per clausole generali. Aggiungo, tuttavia, che nell'ambito dell'odierno diritto contrattuale la tecnica per fattispecie subisce una torsione, e viene impiegata al fine di rendere possibile, in determinati ambiti previamente selezionati, il sindacato del giudice in funzione correttiva attraverso l'utilizzo di clausole generali. L'obiettivo tendenziale dell'eguale libertà non può prescindere dall'uso di quest'ultima tecnica disciplinare. Come sempre accade, il legislatore non può fare a meno del contributo del giudice.

4. Cfr. G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2005, I, p. 651.

Eguaglianza e ragionevolezza nel tecnicismo della Cassazione: note minime

di Stefano Pagliantini

In alcune recenti pronunce della Corte di cassazione emerge il canone della ragionevolezza quale criterio mediante cui identificare la regola di giustizia del caso concreto.

1. Quattro casi emblematici di un decidere secondo ragione / 2. Cass., 20 giugno 2019, n. 16623; Cass., sez. unite, 11 luglio 2019, n. 18672; Cass., sez. unite, 6 novembre 2019, n. 28314; Cass., 22 novembre 2019, n. 30555 / 3. Fattispecie e neo-legalità

1. Quattro casi emblematici di un decidere secondo ragione

Con la consueta acutezza, un Maestro della civilistica italiana scrive che «la prima e più immediata utilizzazione» della “ragionevolezza” la vede declinata quale «predicato di una disparità di trattamento introdotta da una classificazione legislativa»¹. Nella cornice dell’art. 3 Cost. è così visto dalle corti come *irragionevole* «ogni trattamento analogo per situazioni diverse o reciprocamente diverso per situazioni analoghe».

Orbene, già solo limitando lo spoglio al formante giurisprudenziale dell’ultimo semestre, sono tante le epifanie di una ragionevolezza quale canone che, nell’ottica di un bilanciamento tra principi, mette in forma una regola di giustizia eletta a bussola canalizzante la soluzione del caso concreto. Il quartetto che seguirà sembra rispecchiare emblematicamente un procedere delle corti improntanti le loro decisioni «su ragioni dialetticamente soppesate come più probabili e quindi migliori di altre»².

2. Cass., 20 giugno 2019, n. 16623; Cass., sez. unite, 11 luglio 2019, n. 18672; Cass., sez. unite, 6 novembre 2019, n. 28314; Cass., 22 novembre 2019, n. 30555

Cass., 20 giugno 2019, n. 16623³: sono ammessi all’esercizio in via surrogatoria dell’azione di riduzione i creditori dei legittimari totalmente pretermessi che siano rimasti del tutto inerti. Ci siamo già esercitati in argomento suggerendo, come adesso la Cassazione mostra di voler statuire, un’applicabilità in via analogica dell’art. 524 cc benché, com’è a tutti noto, al momento della morte del *de cuius* non si abbia delazione d’eredità nei riguardi del legittimario totalmente preterito visto che costui matura lo *status* di chiamato all’eredità soltanto a seguito di una sentenza che, accogliendo la sua domanda di riduzione, rimuova l’efficacia preclusiva delle disposizioni testamentarie lesive⁴. Epperò, com’è di tutta evidenza, l’argomento dogmatico sconta qui una palese irragionevolezza, posto che il negare l’ammissibilità dell’azione surrogatoria avrebbe

1. Così N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 63.

2. Così L. Mengoni, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/1999, p. 355.

3. In *Riv. notariato*, 2019, pp. 1123 ss.

4. Vds., per chi lo volesse, S. Pagliantini, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentito-*

confezionato una vistosa disparità di trattamento tra i creditori dei legittimari, essendo pacifico che si dà invece azione quando la lesione del legittimario, istituito in una quota inferiore a quella di sua spettanza, sia solo parziale. Ecco allora scattare, nel segno di un contemperamento tra opposti interessi, un bilanciamento che, se da un lato rimette al legittimario la libertà di divenire o meno erede, dall'altra non vulnera la garanzia patrimoniale dei creditori. Il Maestro citato in apertura chioserebbe che, nell'attuale complessità ordinamentale, una decisione regge non quando sia dogmaticamente impeccabile, ma laddove si dipani lungo «le pieghe di una argomentazione persuasiva svolta in chiave di ragione»⁵.

Cass., sez. unite, 11 luglio 2019, n. 18672⁶: sono da reputare, ai sensi dell'art. 2943, comma 4, cc, atti idonei a interrompere la prescrizione dell'azione di garanzia per vizi (art. 1495, comma 3, cc) le manifestazioni *stragiudiziali* di volontà del compratore rese «nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1, con la produzione dell'effetto generale contemplato dall'art. 2945 cc, comma 1». Nonostante la lettera difforme dell'art. 1495 cc, dopo questo arresto, l'interruzione della prescrizione annuale delle azioni edilizie non passa più conseguentemente per il *medio esclusivo* di una domanda giudiziale. Al netto della *vexata quaestio* sulla natura della garanzia ex art. 1476, n. 3, anche qui la cifra che ispira il periodare della Corte è apertamente consequenzialista: esiste, leggiamo, una «plausibile possibilità» che una prescrizione interrotta stragiudizialmente induca il venditore ad agire «eliminando i vizi», con il doppio risultato utile di sterilizzare una «inutile proliferazione di giudizi» e di confezionare un «ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti» visto che, come di nuovo leggiamo, una più efficace tutela dell'acquirente non penalizza «eccessivamente» le ragioni del venditore se il *nuovo* termine, che ricomincia a decorrere, è quello breve di un anno dalla consegna. Pure qui, in realtà, aleggia un convitato di pietra dogmatico: e sono le sez. unite n. 19702/2012⁷, che hanno escluso, come adesso ci rammenta la Cassazione, che la garanzia della vendita di diritto comune riconosca

al compratore un'azione di esatto adempimento. Un siffatto rimedio, che all'acquirente è precluso pure a titolo di risarcimento del danno in forma specifica, si dà soltanto, hanno statuito quelle sezioni unite, in ipotesi tipizzate di legge (vendita B2C e garanzia di buon funzionamento) ovvero laddove il venditore si sia contrattualmente impegnato alla riparazione/sostituzione della *res*. Ebbene, con un effetto interruttivo stragiudiziale, siccome viene così riconosciuto alle parti «un congruo *spatium deliberandi*», è indubbio che le sezioni unite odierne provano ad aggirare quel *decisum*⁸, obliquamente incentivando il ritaglio di una tutela ripristinatoria che rimetta in linea vendita codicistica e vendita di consumo. Il che, detto di passata, è tutto fuorché un esito (proficuo) di poco momento. (Ri)detto à la Lipari, si ha qui un arresto che si avvale del principio di ragionevolezza quale bussola orientante la soluzione giudiziale, con segnatamente una ragionevolezza che opererebbe «quale criterio di ricostruzione delle norme giuridiche desunte dai testi legislativi»⁹. Con una frase ad effetto, si potrebbe pure discorrere di un principio di ragionevolezza che ormai espugna la cittadella della fattispecie.

Cass., sez. unite 6 novembre 2019, n. 28314: «la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del d.lgs n. 58 del 1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro».

Siccome la narrazione, se la inquadrriamo nella cornice della dicotomia interpretativa che ha originato la rimessione alle sezioni unite, è arcinota, un sunto basta e avanza: una nullità selettiva *ad libitum* scopertamente tratteggia una fattispecie che vede l'investitore trasformato in un soggetto titolare di una copertura assicurativa, a carico dell'intermediario,

ria, in *Dir. succ. fam.*, n. 2/2018, pp. 495 ss.

5. Così N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, op. cit., p. 45.

6. In *Contratti*, 2019, pp. 507 ss.

7. Consultabili in *Giur. it.*, n. 11/2013, pp. 2257 ss., con nota di R. Calvo, *Vendita ed esatto adempimento: luci e ombre del nuovo indirizzo delle Sezioni Unite*.

8. Non a caso R. Calvo, *Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*, in *Corr. giur.*, n. 8-9/2019, p. 1034, è dell'avviso che le sezioni unite si prestino ad assecondare «un passo in avanti» nel segno di un'operatività dell'art. 2058 cc quale fattispecie costituiva di una regola idonea a propagarsi entro «il campo della mancata o inesatta attuazione del vincolo obbligatorio».

9. Così N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, op. cit., p. 22.

per ogni minusvalenza rampollante da un ordine in perdita. È *in re ipsa* qui, se non si coniano dei correttivi preposti a fare da schermo, che il «di garanzia» dell'art. 23 Tuf verrà a ottimizzare delle forme di opportunismo postcontrattuale in quanto è come se dicessimo che, rispetto all'ordine *in default*, l'investitore vanta una specie «di *put option* a costo zero»¹⁰, con un *moral hazard* che si mostra così, di per sé diremmo, meritevole di tutela. Anche un'antiselettività in purezza, già ci è capitato di scriverlo¹¹, non scherza però: visto che è il titolo che tutto tiene, un giudicato di nullità retroattiva del contratto quadro finisce infatti per conculcare apertamente la tutela dell'investitore, se è vero che la reciprocità dell'obbligo restitutorio, laddove non pareggi, potrebbe pure ribaltare «il segno della condanna»¹², con un credito restitutorio a vantaggio dell'intermediario. Di qui, eccoci già arrivati al punto, la «terza via» temperante ideata, a mo' di verità ascosa, dalle sezioni unite odierne: caduto il contratto quadro, il solo investitore ha diritto alla ripetizione con una facoltà, di domandare la restituzione dei soli ordini in perdita, paralizzabile per il tramite di un'eccezione di buona fede che l'intermediario, spogliato invece dello speculare diritto a domandare la restituzione delle cedole riscosse, può opporre, in tutto o in parte, secondo una logica di sottrazione aritmetica tra poste negative e positive. Esemplificando, se il risultato utile dell'azione di nullità è 100, ma l'investitore ha guadagnato 90, si riduce in proporzione senza mai però oltrepassare lo 0 in quanto, siccome è inibita la restituzione a suo danno, per le sezioni unite odierne l'investitore trattiene comunque quanto abbia *medio tempore* lucrato. Una penna autorevole scrive che «a venire in questione [è così] la determinazione (...) della misura in cui il diritto di ripetizione spetta [all'investitore]»¹³. In piena sintonia, noi diciamo che: siccome, se l'investitore è *in bonis*, allora avremo un art. 2033 cc che si disapplica, la cifra di queste sezioni unite vede in realtà il canovaccio di una *ripetizione unilaterale* che può evolversi in un'*irripetibilità bilaterale*. Una nullità a *retroattività debole* o *irretroattiva*, al fine

di scongiurare il prodursi di un arricchimento senza causa dell'investitore, può candidarsi così a formula che espressivamente cattura l'essenza di un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi dell'investitore e dell'intermediario, entrambi muniti di un sicuro fondamento costituzionale (artt. 41 e 47 Cost.). Di nuovo, così, un dispositivo che vede un argomento di *ragion pratica* vincere su di uno di *segno dogmatico*, con un art. 1422 che viene riletto come inclusivo di una deroga virtuale nel caso di una nullità di protezione.

Cass., 22 novembre 2019, n. 30555: una domanda di nullità del contratto preliminare, per carenza della garanzia accessoria di cui all'art. 2 d.lgs n. 122/2005, una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nel frattempo si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, «costituisce *abuso del diritto* e non può quindi essere accolta». Anche qui ritorna la buona fede che invade il campo della nullità di protezione, parcellizzandone il campo di operatività. Il tutto – il rilievo vien da sé – nell'ottica di un diritto come discorso razionale.

3. Fattispecie e neo-legalità

Nel saggio di Enrico Scoditti¹⁴, che costituisce l'occasione per il dibattito ospitato in questo numero della Rivista, si dubita alquanto di una narrazione incentrata sulla «crisi della fattispecie», mettendo piuttosto in evidenza la straordinaria fortuna che, specie in sede eurounitaria, riceve una tecnica di tipo regolamentare. L'idea è senza dubbio intrigante: ma, notiamo, già i precedenti che abbiamo citato sono espressivamente evocativi di una regola spesso coniatata slegandola dal testo legislativo. Che non sia allora piuttosto vero che viviamo in tempi di una legalità complessa o, come lucidamente scrive Umberto Brecchia¹⁵, di un'*inter-legalità*?

10. Così F. Vitelli, *Investimenti fuori sede e diritto di ripensamento ex art. 30 T.U.F.*, in *Banca borsa*, n. 1/2019, pp. 525 ss.

11. *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, cc. 980 ss.

12. Così D. Maffei, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *Rivista di diritto bancario*, 18 dicembre 2019 (www.dirittobancario.it/editoriali/daniele-maffei/nullita-selettiva-le-sezioni-unite-e-la-buona-fede-dell-investitore-nel-processo).

13. Vds. R. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in questo fascicolo.

14. *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

15. *Incognite del pensiero giuridico contemporaneo. Identità e tradizioni. Ritorni problematici. Approdi insicuri*, in F. Di Ciommo e O. Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Piacenza, 2018, p. 20.

L'innesto della giustizia ecologica nel codice civile. Eguaglianza e beni comuni fra legge e diritto

di Ugo Mattei

I beni comuni sono struttura dell'eguaglianza quale campo dell'impersonale umano in grado di unificare il genere sulla base della parità di accesso, della diffusione del potere e dell'illimitata inclusione di tutti. Di qui l'urgenza dell'introduzione dei beni comuni nel codice civile, slegando la loro tutela dalla titolarità, pubblica o privata, quale via maestra di ingresso dell'impersonale nel diritto.

1. Colgo volentieri l'occasione offertami di riflettere sul diritto civile alla luce del nuovo libro di Aldo Schiavone, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia* (Einaudi, Torino, 2020). Sia detto a scanso di equivoci: la presente non è una recensione, anche se l'esperienza di lettura è stata davvero straordinaria. Del resto, Schiavone, uno dei più autorevoli intellettuali italiani, è per me da anni punto di riferimento culturale imprescindibile. Colpisce come egli sappia eccedere sempre più ampiamente la dimensione del giurista romanista di gran scuola, sicché ai panni dello storico delle istituzioni e delle idee, che con *Ius* aveva dimostrato al mondo di saper indossare come nessun altro¹, aggiunge ora con grande eleganza e agio quelli del filosofo, neppure solo della politica. Con questo libro Schiavone aggiunge il proprio prestigioso nome a quel movimento di *Italian Theory* che, intorno a Roberto Esposito, Giacomo Marramao, Antonio Negri (per citare solo quelli i cui lavori sono a me più noti), restituisce prestigio internazionale ai nostri studi umanistici critici. Tutto ciò, naturalmente, senza minimamente insinuare (non avrei affatto gli strumenti per farlo) che questa etichetta sia dotata di alcun contenuto teorico unificante "spesso"².

Non recensione, dunque (anche se avrei una gran voglia di litigare sul trattamento davvero poco generoso riservato a Marx, sulla lettura di Gramsci, nonché su un tasso di eurocentrismo a mio vedere eccessivo), ma orgogliosa recezione della staffetta che Schiavone passa al pensiero benicomunista nel suo ultimo capitolo³. Egli, fedele all'idea (forse illusione?) per cui gli studi storici contengono in un certo senso il DNA del futuro (sono ben conscio di entrare in un campo minato), tenta una riflessione sul "potrebbe essere" assegnando ai beni comuni il compito di tradurre in prassi giuridica l'"impersonale" di Esposito⁴. Che cosa sarebbe successo se, al centro del *Ius* e della sua complessa istituzionalizzazione dell'eguaglianza, ci fosse stato l'*impersonale* e non la *persona* della *Western Legal Tradition*? In un certo modo, insinua Schiavone (seppur ben conscio che con i se non si fa la storia), si sarebbe potuto immaginare un diverso destino istituzionale, se l'idea impersonale e dunque *di specie* dell'umano fosse riuscita a emergere. Se quella sintesi fra infinito e finito che Hegel trovò nello Stato etico, come superfetazione della tradizione cristiana del Dio-persona, fosse emersa da una diversa genealogia con al centro il *comune umano* e non

1. A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005.

2. D. Gentili, *Italian Theory. Dall'operaismo alla biopolitica*, Il Mulino, Bologna, 2012.

3. U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino, 2015.

4. Vds. almeno R. Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino, 2007.

l'individuo. Diverso avrebbe potuto essere allora il modo in cui il soggettivismo cartesiano e kantiano si sarebbero potuti infine superare. Schiavone indica la genealogia in Antifonte, Averroè, Montaigne, Bruno e infine Spinoza. A questi, con un saggio di qualche anno fa, aggiungemmo Leonardo da Vinci, per evitare che il *diritto universale di specie* potesse mutarsi in specismo come effetto (non conscio) del nuovo umanesimo⁵. In ogni caso, gli esiti appena accennati da Schiavone vanno nella direzione da noi condivisa di un *processo* di istituzionalizzazione dei beni comuni come possibile superamento di aporie insuperabili nel *costituito* della modernità giuridica. Egli ipotizza: «[s]i renderebbe possibile così la formazione intorno a una serie definita di beni ritenuti indispensabili nelle condizioni storiche date, di spazi di condivisione che aggregano isole di eguaglianza nell'oceano multiforme delle diseguaglianze individuali. Contesti nei quali le soggettività provvisoriamente svaniscono, non hanno peso rispetto alla considerazione dell'umano in quanto tale, nella sua universale indeterminazione. Chi entra in contatto con questi territori si desoggettivizza e mantiene valore soltanto in quanto frammento indistinguibile d'umano. (...) È facile proporre degli esempi – classi di beni compresi in queste sfere – senza alcuna pretesa di completezza: la recente riflessione soprattutto giuridica sui cosiddetti “beni comuni” ne consente una prima ricognizione»⁶.

Emerge anche qui, quasi testualmente, la visione di un diritto dei beni comuni come isola di ordine in un mare di disordine, per utilizzare la suggestione di Ilya Prigogine⁷. Ma come ottenere quest'ordine giusto ed egualitario, fondato sull'accesso e non sull'esclusione, nel quadro di leggi civili (*in primis*, i codici) basate su tutt'altri presupposti? Certo, i beni comuni nella loro teoria, e soprattutto nella prassi laddove riescono a istituzionalizzarsi in un nuovo “diritto dei privati” (il riferimento a Cesarini Sforza recentemente riproposto da Michele Spanò non è casuale⁸), costituiscono la sola epifania ad oggi conosciuta di un'autentica uguaglianza fra diversi. Un'eguaglianza che va ampliata in modo globale, in un

quadro di giustizia ecologica, fondata sul principio del bisogno e dell'impegno, che sono categorie personali certo, ma dell'essere, non dell'avere⁹, nella cura del comune (la «casa comune» di Papa Francesco)¹⁰. La cura “in comune” dei beni, non certo ridotta al lavoro (capitalistico) in uno spazio fisico o virtuale che sia, pone al centro l'umano universale e impersonale di cui parla Schiavone; si riesce perfino ad ampliarne ulteriormente la portata in una nozione del vivente che non si dà solo *qui e adesso*, ma che si rivolge perfino a chi ancora non c'è, a chi non è *prossimo* nella visione di Nietzsche.

Il fatto è che la costituzione della borghesia, contenuta nel diritto privato codificato a partire dai primi codici civili, ha tradotto il diritto nella legge, facendoci smarrire ogni valenza assiologica dello *ius* nell'abbraccio mortale con la *lex*. Ciò che, pure etimologicamente, evocava il giusto, il retto, il lineare, si trova oggi *legato* (appunto dalla *lex*, locuzione priva di ogni valenza diversa dall'essere coercizione) in un letto di Procuste che ha formalizzato il fallimento intellettuale della modernità. Tutta la modernità, non certo solo la sua epifania stalinista sovietica, che in qualche modo Schiavone imputa a Marx, senza tener conto di sfumature assai rilevanti come, ad esempio, il tentativo giuridico immanentista (direi anticipatamente olistico) di Pašukanis, nonché l'abisso storico e culturale fra il giurista Lenin e il burocrate e militare Stalin¹¹. Ora, mi pare chiaro che il progetto giuridico della modernità abbia dato forma a un immane sforzo politico ed economico volto a perseguire l'individualizzazione giuridica¹² – Prometeo liberato –, trasformando il valore d'uso in valore di scambio, i beni comuni in capitale (assai necessario agli albori della modernità), la produzione dominante da agricola a industriale, il luogo della vita dalla campagna alla città. In una parola, l'astrazione (merce, denaro e lavoro) ha fatto da schermo e favorito l'estrazione (brutale al di là di ogni immaginazione) che in un battito di ciglio storico ci ha condotti alla catastrofe ecologica attuale, oltre che naturalmente a quelle politiche del secolo trascorso. In questo quadro, la legalità occidentale, esportata a

5. Vds. F. Capra e U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, San Sepolcro, 2017.

6. A. Schiavone, *Eguaglianza*, op. cit. in paragrafo, p. 294

7. Vds. I. Prigogine, *La fine delle certezze. Il tempo del caos e le leggi della natura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014.

8. Vds. W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata, 2018.

9. Il riferimento al maestro di Francoforte è scontato: E. Fromm, *Avere o essere?*, Mondadori, Milano, 2018 (seconda ed. it.).

10. Vds. Papa Francesco, *La dittatura dell'economia*, a cura di U. Mattei, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2020.

11. Sul Lenin giurista e sul generoso tentativo di Pašukanis, vds. U. Mattei, *The Cold War and Comparative Law. A Reflection on the Politics of Intellectual Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, n. 3/2017, pp. 567-607.

12. Il tema è sviluppato in qualche dettaglio, dal punto di vista degli istituti fondamentali del diritto privato, in U. Mattei e A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato*, Aboca, San Sepolcro, 2018.

punta di baionetta in tutto il mondo, ha saputo articolarsi soltanto e unicamente *ratione imperii*. Invero, *imperio rationis* le priorità, almeno dall'immediato dopoguerra, avrebbero dovuto essere tutt'altre, *in primis* il perseguimento della giustizia ecologica e non certo la crescita produttiva senza fine¹³ (ancor oggi politicamente dominante e ispirazione del Codice civile italiano del 1942) o l'insensato confronto militare della Guerra fredda (oggi sostituita dall'atlantismo anti-cinese, anti-russo e anti-islamico).

Questo imponente dispositivo giuridico della modernità ha fatto uso in gran parte, dello strumentario del diritto privato (civile e commerciale) progressivamente trasformato esso stesso in diritto dello Stato e non dei cittadini. Proprietà privata, contratto, responsabilità extracontrattuale, società di capitali – certo non soltanto la sovranità dello Stato – sono stati profondamente plasmati dal trionfo dell'individualismo possessivo dominante il pensiero giuridico, politico e filosofico dell'Occidente (da Machiavelli a Hobbes, da Cartesio a Locke). Era questo un brodo di coltura velenoso per ogni idea di uguaglianza sostanziale e di solidarietà fra umani, figuriamoci per idee universaliste impersonali e (oggi) antisepiciste.

2. Il diritto, reso cinico dalla sua riduzione a legge, non ha saputo riconoscere i beni comuni resistenti come propri ambiti di sperimentazione. Eppure, le prassi di autentico *commoning* istituzionalizzato non mancavano neppure in Occidente, nelle esperienze di autogoverno dell'industria (soprattutto nell'Inghilterra degli *shop stewards*), nel movimento cooperativo operaio, nel mutuo soccorso contadino, nelle organizzazioni femminili di base, tutte esperienze neppure *riconosciute* come giuridiche, proprio perché estranee al progetto ossessivo di trasformazione dei beni comuni in capitale¹⁴. Del resto, perfino oggi, in cui certo non è più necessario l'accumulo di nuovo capitale, distribuito per di più in modo sempre più oscenamente sperequato, non solo fra cittadini della stessa nazione (dotati di uguali diritti civili e politici),

ma pure da una parte all'altra del mondo, la struttura profonda della giuridicità estrattiva non muta. Il diritto civile ridotto a legge è immancabilmente corrotto dalla sua economia politica, ossia dalle dinamiche economiche di produzione normativa che lo determinano sempre più direttamente: si pensi al profluvio di regolamentazione europea, o alla normatività "prendere o lasciare" delle piattaforme digitali¹⁵. Questi imperativi di riproduzione capitalistica, lungi dal farsi carico del fatto che in un mondo in cui il capitale eccede e i beni comuni soffrono drammaticamente, l'inversione di rotta deve essere radicale e immaginare un diritto che, incrementalmente, trasforma il capitale in beni comuni (meglio ancora una *legge* che obblighi il capitale a *rigenerare* i beni comuni), spingono pervicacemente da tre secoli sempre nella stessa direzione. Quella crescitista dell'accumulo senza fine di una «immensa raccolta di merci»¹⁶ qui e adesso, che scarica ogni costo dell'estrazione e dell'astrazione sull'ambiente, sui poveri e su chi ancora non è nato. Con buona pace dell'eguaglianza.

Del resto, l'assenza della politica è determinata da questi nuovi equilibri (anzi squilibri) prodotti dall'accumulo ormai completamente senza controllo del capitale tecno-finanziario (per mutuare la terminologia di Schiavone). La politica rappresentativa (ridotta a un certo numero di *individui* che la praticano) risulta corrotta e impotente, un mero apparato ideologico fra tanti altri, ancor meno libera, se possibile, dell'università, dell'informazione o della magistratura, perché troppo spesso ridotta al carrierismo dell'individuo competitivo comunque ipnotizzato dai dispositivi della sorveglianza¹⁷.

In questo scenario, in cui la legge è schiava dell'economia, come si può immaginare di correre nella giusta direzione con in mano la staffetta consegnataci da Schiavone? A me pare che in concreto la riflessione italiana sui beni comuni, articolata dal 2007 intorno al disegno di legge delega della Commissione Rodotà, ci abbia consegnato alcuni punti fermi¹⁸. Innanzitutto, facendo di necessità virtù, visto che nessuno

13. Vds., da ultimo, L. Fioramonti, *Il mondo dopo il PIL. Economia e politica nell'era della post-crescita*, Edizioni Ambiente, Milano, 2019.

14. Cfr. R. Zangheri - G. Galasso - V. Castronovo, *Storia del movimento cooperativo in Italia. 1886-1986*, Einaudi, Torino, 1987.

15. Sulla cui valenza sovversiva delle fonti del diritto insiste, da ultimo, A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, ESI, Napoli, 2020.

16. È, come noto, l'*incipit* del *Capitale* di Marx, che rimanda alla sua *Critica dell'economia politica*.

17. Fra gli affreschi generali del nostro presente meritano di essere letti, almeno, Y.N. Harari, *Sapiens da animali a dei. Breve storia dell'umanità*, Bompiani, Milano, 2017 e S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss, Roma, 2019.

18. Si vedano i lavori raccolti in U. Mattei - E. Reviglio - S. Rodotà (a cura di), *Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2010.

schieramento politico ha fin qui davvero provato a trasformare la proposta in legge¹⁹, i beni comuni sono riusciti comunque a diventare diritto vivente, facendo riemergere con una certa chiarezza la distinzione fra normatività *imperio rationis* e *ratione imperii*. Innanzitutto, la letteratura giuridica sui beni comuni in Italia, davvero sterminata, costituisce il più ambizioso tentativo di indirizzare la riflessione giuridica verso un compito ecologico, ossia quello di offrire interpretazioni del diritto positivo che lo funzionalizzino al compito non più procrastinabile di trasformare finalmente il capitale eccedente in beni comuni rigenerati²⁰.

3. Sul piano costituito, i beni comuni hanno così ottenuto negli ultimi dieci anni significativi riconoscimenti giurisprudenziali (il più celebre è il pronunciamento delle sezioni unite del 2011 sulle cd. “valli da pesca” della laguna veneta), hanno trovato accoglienza in numerosi statuti regionali e comunali, nonché in centinaia di regolamenti comunali, a partire da quello di Bologna del 2014, incentrato sull’idea di patti di collaborazione fra amministrazione e cittadini attivi²¹. Non si tratta di modelli statici o uniformi: l’ultimo nato, quello di Torino, entrato in vigore il 23 gennaio 2020, prevede la categoria civilistica del *negozio civico* attraverso la quale i più diversi “soggetti civici” (formali o informali) possono dar vita a istituzioni anche complesse come la Fondazione “Bene Comune” o due diversi modelli di uso civico urbano²². Si tratta di un importante recupero di autonomia civica, che rivendica la capacità creativa di un nuovo “diritto dei privati” (o meglio, diritto dei soggetti civici) produttivo di istituzioni di auto-governo dei beni comuni urbani anche complesse, proponibili all’amministrazione pubblica anche per fatti concludenti. Questa possibilità sposta il diritto dei beni comuni urbani, per così dire, dal piano

costituito a quello costituente di una nuova legalità, perché con il regolamento torinese il protagonismo civico (che dovesse manifestarsi in occupazioni volte all’emersione di beni comuni) non può più essere ingabbiato nella morsa formalista rappresentata dalla dicotomia “legale/illegale”, ma va letto come una *proposta di negozio civico* a cui il Consiglio comunale (ossia la politica) deve rispondere politicamente, piuttosto che gestirlo, come purtroppo spesso avviene, come un problema di ordine pubblico.

Questa vocazione dei beni comuni a offrire un cappello teorico-giuridico (e ora anche pratico) a quei conflitti sociali dai quali fisiologicamente sgorga il diritto è, a mio modo di vedere, l’aspetto più interessante di questa evoluzione giuridica²³. In un certo senso, mi azzarderei a dire che, con i beni comuni, *l’Italian Theory* entra nel vivo della giuridicità pratica, proponendo nuove strade di emancipazione e attirando al contempo grande attenzione internazionale²⁴. Si riconosce, finalmente, come un diritto che mantenga un collegamento assiologico con la realtà non possa vivere negli angusti limiti della legalità formale, ma debba saper riconoscere e incorporare quelle rotture della legalità costituita che meglio perseguono il fine ultimo di un ordine sociale desiderabile e almeno decente dal punto di vista valoriale. Non è necessario invocare il diritto/dovere di resistenza teorizzato dai giuristi ugonotti, proprio negli anni in cui le teorie della statualità sovrana assoluta divenivano dominanti, o il gran gesto di Rosa Parks, o ancora la marcia del sale di Gandhi, per dar conto di come la rottura del diritto possa essere *un atto costituente*, se informata a parametri valoriali alti e condivisi. Del resto, la tutela del possesso, perfino di malafede, mostra all’opera queste idee nel cuore del diritto civile, laddove il principio supremo *ne cives ad arma veniant* si pasce proprio di questa capacità di interpretazione funzionale di ogni dispositivo giuridico. Cosa, *mutatis mutandis*, ampiamente

19. Il sito “Generazioni Future” (<https://generazionifuture.org/>) offre informazioni aggiornate sul lavoro politico in corso volto a far diventare legge il ddl Rodotà, ripresentato nel novembre del 2019 come legge di iniziativa popolare dopo aver raccolto le firme necessarie.

20. Si può trovare una bibliografia di base aggiornata in U. Mattei, *Beni Comuni. Piccola guida di resistenza e proposta*, Marotta&Cafiero, Napoli 2020; si vedano, almeno: A. Quarta e M. Spanò (a cura di), *Beni Comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2018; R.A. Albanese ed E. Michelazzo, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Celid, Torino, 2020; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Bari 2013. M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona, 2012.

21. Vds. il sito www.labsus.org/.

22. Vds. R.A. Albanese ed E. Michelazzo, *Manuale*, op. cit.

23. Vds. S. Bailey e U. Mattei, *Social Movements as Constituent Power. The Italian Struggle for the Commons*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, n. 2/2013, pp. 965-1013; U. Mattei e M. Mancall, *Communology. The Emergence of a Social Theory of the Commons*, in *South Atlantic Quarterly*, vol. 118, n. 4/2019.

24. Vds. l’ampia trattazione della riflessione italiana in P. Dardot e C. Laval, *Del comune o della rivoluzione del XXI Secolo*, DeriveApprodi, Roma, 2015.

riconosciuta e ben teorizzata nel mondo statunitense²⁵. Certo, un pubblico ministero potrebbe pur sempre, anche in presenza dello schema del regolamento torinese, iniziare un'azione penale nei confronti di un'occupazione, come purtroppo è avvenuto molte volte in cui esperienze di beni comuni informate a solidarietà, uguaglianza e mutualismo si sono scontrate con la tetragona difesa della proprietà ancorché assenteista ed estrattiva in forza del brocardo, sconfitta della ragione, *dura lex sed lex*²⁶. Sebbene astrattamente sorretta dalla teoria delle fonti e dalle sue gerarchie, tuttavia, una simile azione sarebbe quanto mai improbabile negli esiti, considerato l'impatto sull'elemento soggettivo di una tale proposta di negozio civico.

In ogni caso, il collegamento funzionale fra beni comuni e bisogni fondamentali della persona, la loro emancipazione dal titolo proprietario, sia esso privato o pubblico, il loro modello di governo aperto e condiviso e nell'interesse delle generazioni future, la loro azionabilità diffusa, non vincolata a requisiti formali di legittimazione attiva, sono tutti elementi che compongono un quadro radicalmente trasformativo della decrepita legalità formale incentrata sulla dialettica fra proprietà privata romano-borghese (per utilizzare una locuzione di Schiavone, ora oggetto di un libro di Anna Di Robilant) e sovranità statale di matrice assolutista-giacobina. È ormai chiaro a tutti che la contrapposizione pubblico/privato altro non è che falsa coscienza proto-capitalista, che cela dietro quell'antinomia inventata due dispositivi pressoché identici sul piano funzionale di concentrazione del potere, esclusione e dunque necessaria disegualianza di ricchezza o di *status*. I beni comuni sono struttura dell'eguaglianza (anche intergenerazionale) fondata su parità di accesso, diffusione del potere e illimitata inclusione di tutti. Sono, da questo punto di vista, un vero superamento teorico della giuridicità corresponsabile della catastrofe che stiamo vivendo²⁷.

In quanto superamento teorico, mi pare possano prosperare nel mondo dell'interpretazione, sia essa professionale o fondata sull'attivismo civico anche disubbidiente: invero, una norma si interpreta anche resistendole – Rosa Parks *docet*. In questo senso, i beni comuni possono innervare la giuridicità nuova quanto mai necessaria per fronteggiare, in comune e non in solitaria, la trasformazione tecnologica che

sconvolge il nostro presente. Viviamo oggi infatti una stagione di profonda e strutturale illegalità, meglio direi di a-legalità, perché le più importanti trasformazioni del nostro tempo avvengono in rete, luogo in cui rapporti di fatto e non di diritto stanno costruendo le fondamenta del capitalismo globale della sorveglianza. È nell'ambito di queste trasformazioni strutturali che la singolarità e l'individualizzazione divengono quanto mai sinonimi di impotenza. La costruzione di una giuridicità *impersonale* e, in questo senso, *collettiva* (un collettivo che comprende anche chi ancora non è e chi non è umano) può finalmente porre dei limiti, anche *ex ante*, dettati da esigenze di precauzione volte a impedire che certi terreni di bene comune (si pensi alla genetica) possano essere transitati da chicchessia per scopi altri rispetto alla tutela dell'impersonale. Limiti, questi, posti dunque non nell'interesse di un individuo, ma dell'umano in quanto specie²⁸. Quanto più efficace potrebbe essere una tale soluzione impersonale e volta al futuro rispetto a tanti vuoti discorsi in materia di *privacy*, frontiera invece della nuova ipocrita individualizzazione a matrice dominicale!

Certo, per fiorire in tutta la loro forza rigenerativa di un ordinamento civile che rischia quanto non mai oggi di essere spazzato ai margini dell'azione economica e sociale, i beni comuni dovrebbero divenire legge. Da un lato, infatti, le attuali pratiche amministrative fondate sulla condivisione e sui beni comuni hanno bisogno di una copertura formale di legge primaria, se non altro per proteggere tanti generosi cittadini e funzionari, che vogliono sperimentare un'amministrazione condivisa, dagli occhiuti formalismi della Corte dei conti (per non parlare della necessità di tutela giuridica nei confronti dei pubblici ministeri delle generose pratiche di solidarietà sociale che ricorrono all'occupazione). In questo senso, il diritto (dei beni comuni) ha bisogno della legge. Ma forse è ancor più la nostra legge civile, in particolare il codice, ad aver bisogno del diritto che i beni comuni hanno saputo generare.

Come accennavo in precedenza, la trasformazione tecnologica dirompente, soprattutto nell'ambito delle comunicazioni in rete, ha spostato il baricentro del capitalismo in modo non minore di come la produzione industriale lo avesse fatto rispetto all'agricoltura (anche su questo, l'ultimo capitolo del libro di Schiavone offre pagine essenziali). In rete, tuttavia,

25. Vds. E. Penalver e S. Katyal, *Property Outlaws. How Squatters, Pirates and Protesters improve the law of Ownership*, Yale University Press, Yale, 2010.

26. Vds., almeno, A. Quarta, *Non proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, ESI, Napoli, 2016.

27. U. Mattei, *Beni Comuni. Un Manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

28. Vds. il brillante saggio di C.M. Mazzoni, *Quale dignità? Il lungo viaggio di un'idea*, Olschki, Firenze, 2019, pubblicato poco prima della sua improvvisa scomparsa. All'amico, giurista e intellettuale finissimo, voglio dedicare queste pagine che avrei tanto desiderato potesse leggere.

la giuridicità moderna fondata sull'individualizzazione soffre una concorrenza irresistibile di tecniche informatico-normative basate sulla collezione di masse enormi di dati che schiacciano e marginalizzano l'individuo. Insieme all'individuo è la stessa legge, con le sue ristrettezze di accesso alla giustizia e i suoi formalismi meccanicistici agevolmente replicabili da algoritmi, a dimostrarsi impotente²⁹. Come già era avvenuto in passato, e già sta puntualmente avvenendo, le dinamiche giuridiche di frontiera (reale o virtuale, politica o tecnologica) ritornano altrettanto dirompenti nella madrepatria e impattano la morfologia del suo diritto e delle sue dinamiche sociali³⁰. Ben presto la legge del più forte, fondata su rapporti di fatto fra organizzazioni economiche potentissime e individui ipnotizzati e impotenti, sarà interamente riprodotta *off line* e lo stesso diritto civile, se non si presenta compatto e trasformato, nulla potrà.

Di qui l'urgenza di un'operazione culturale, prima ancora che politica: introdurre i beni comuni al cuore del cuore dell'ordine giuridico, proprio dentro quel Libro III che, governando la proprietà, governa per irradiazione (o meglio, potrebbe farlo) tutti i rapporti civili e commerciali, pubblici e privati³¹. Slegare la tutela dei beni comuni dalla titolarità, pubblica o privata, è la via maestra di ingresso dell'impersonale nel diritto. L'uomo, nel suo ecosistema (con il suo ecosistema), ha bisogni primari che prevalgono rispetto a ogni forma di controllo ed esclusione: «Qualunque cosa sia necessaria a mantenere la vita deve essere considerata bene comune e solo il superfluo può essere riconosciuto come proprietà privata», dichiarava Robespierre, «rovesciando in radice – per così dire – e come su se stesso l'intero impianto del diritto formale e quindi di ogni eguaglianza da esso dedotta senza poterli sostituire, *in quel contesto, con niente di parimenti strutturato* né economicamente, né socialmente, né culturalmente»³². Oggi il contesto è mutato: nell'agonia dello Stato di diritto, faticosamente emerso anche grazie al martirio dell'Incorruttibile, i beni comuni sembrano essersi strutturati nel diritto vivente a sufficienza per sostituire con un modello di uguaglianza fondato sulla giustizia ecologica quella fondata sulle forme, produttrice di una disuguaglianza sostanziale del tutto insopportabile.

4. Nel diritto, alla fine dell'Olocene, l'impersonale non è più virtù, ma necessità. Come far sì che un tale cambio di paradigma penetri nel nostro diritto in modo più pervasivo ed efficace, soprattutto in termini più rapidi di quanto non sia possibile con una pura operazione culturale, quale quella che, con Fritjof Capra, chiamavamo «alfabetizzazione ecologica»³³? Come farlo dall'alto (tramite la legge esito della politica formale) e non solo dal basso (tramite la prassi giuridica, ossia le forze vive del diritto, per parafrasare uno straordinario libro di Laura Nader) nell'ambito degli attuali rapporti di forza³⁴? Soprattutto, come far sì che il cambio paradigmatico possa infine diventare egemonico senza provocare effetti di rigetto?

Noi riteniamo che la definizione e la tassonomia della Commissione Rodotà, nell'inserire gli «interessi delle generazioni future» al cuore dell'ontologia giuridica dei beni comuni, indichi la via maestra che ogni interprete potrebbe agevolmente imboccare per *agire nel presente* a tutela del futuro. In una tradizione giuridica a somma zero fin dalle origini dello *ius*, in cui o vince l'attore o vince il convenuto, non dandosi pareggio se non transattivo (e dunque nel mondo del fatto e non del diritto), sarebbe il magistrato ecologicamente alfabetizzato a fare da rappresentante oggi dell'interesse di chi ancora non c'è. Il giudice ecologico, dunque, può far penetrare l'impersonale (e, auspicabilmente, dando ragione proprio a quello) nel conflitto fra due *persone*. Infatti, se il conflitto resta fra le persone, prevale inevitabilmente un interesse capace di manifestarsi in corte qui e adesso, perché la non-persona non può far sentire la propria voce: *tamquam non esset*. Entusiasmanti spazi di riscrittura di un diritto civile ecologico, non sostituibile dalle macchine perché finalmente capace di governare con metodo sistemico e qualitativo la grande trasformazione in corso, si aprirebbero in Italia all'interprete professionale se il ddl Rodotà finalmente diventasse legge dello Stato. Quanta fatica argomentativa e quante acrobazie concettuali una tal riforma risparmierebbe al magistrato ecologicamente sensibile, che già oggi costruisce e può costruire diritto dei beni comuni, ma è costretto a farlo senza una clausola generale capace di guidarlo. Se mi si permette una metafora botanica (ma che il diritto dei beni fosse una

29. Si veda la mia voce *Smart* nelle *Parole Chiave del XXI Secolo*, in corso di pubblicazione per Enciclopedia Treccani.

30. J. Lanier, *L'alba del nuovo tutto*, Il Saggiatore, Milano, 2019.

31. Vds. A. Gambaro, *La proprietà*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2018 (seconda ed., interamente riveduta).

32. A. Schiavone, *Eguaglianza*, *op. cit.*, p. 148 (corsivo aggiunto).

33. F. Capra e U. Mattei, *Ecologia del diritto*, *op. cit.*

34. Cfr. L. Nader, *Le forze vive del diritto*, ESI, Napoli, 2003.

pianta lo diceva già il grande Pugliatti³⁵), i beni comuni nel codice civile funzionerebbero come un innesto, capace di dare carattere generativo a un codice che riproduce una mentalità nettamente estrattiva. Proprio come, per un ciliegio selvatico, un piccolo germoglio inserito nel tronco rigenera l'intera pianta, cosa che ben sappiamo quanto sia necessario fare (soprattutto per il Libro III).

Agire qui e adesso, in Italia, per le generazioni future (chissà se, un giorno, si potrebbe avere l'intervento nell'interesse delle generazioni future di un apposito pubblico ministero per i beni comuni, come oggi avviene talvolta nell'interesse della legge) potrebbe non bastare perché siamo piccola semiperiferia, mentre il degrado dell'antropocene è planetario e la giustizia ecologica o è globale o non è.

Ma questo non può essere alibi per l'inazione. Del resto, Bolivia ed Ecuador (sul piano

costituzionale), Nuova Zelanda, India, Colombia, Olanda, Oregon hanno iniziato un dialogo giuridico ancora balbettante volto alla costruzione di un diritto impersonale ecologicamente sensibile (magari, come Ms Jourdain, costruiscono l'impersonale senza saperlo!) ³⁶. Se una cultura giuridica come la nostra, dotata di antica tradizione, mettesse mano al cuore del codice civile introducendovi beni comuni e generazioni future, offrirebbe un esempio destinato certamente a diffondersi.

Se il diritto impersonale dei beni comuni è l'*Italian Theory* fattasi prassi, allora è verosimile credere che esso riceverebbe la medesima attenzione internazionale e finirebbe per essere imitato, dando così un contributo globale. Si concretizzerebbe, in tal modo, quella dialettica fra il *bottom up* e il *top down* nella costruzione del giuridico capace di portare la giustizia ecologica nel diritto.

35. Cfr. A. Di Robilant, *Property. A Bundle of Sticks or a Tree?*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, n. 3/2013, p. 872 (https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=faculty_scholarship).

36. Fra i vari casi, si vedano, per la Nuova Zelanda: *Te Urewera Act*, 27 luglio 2014, n. 57 (www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/096be8ed80e08ac.pdf); *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement Act)*, 20 marzo 2017, n. 7 (www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html); per l'India, il caso "Ganga and Yamuna Rivers": *Mohd Salim v. State of Uttarakhand & others*, WPPIL 126/2014, High Court of Uttarakhand, 20 marzo 2017 (<http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/orders/22-03-2017/RS20032017WP-PIL1262014.pdf>); per la Colombia: *Rio Atrato*, Corte Constitucional, sentenza T-622/2016, del 2016 (www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm); *Amazonia Colombiana*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, del 5 aprile 2018, (www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf). A questi, volti a soggettivizzare o personificare la natura, si aggiungano quelli sul riscaldamento globale, fra i quali l'Olanda con il caso *Urgenda*, recentemente confermato dalla Cassazione, ha assunto la *leadership*.

Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*

di Enrico Scoditti

Il disegno legislativo di delega al Governo per la revisione e integrazione del codice civile può essere l'occasione per riflettere oggi sulla giurisdizione per clausole generali. Bisogna liberarsi dal pregiudizio che quest'ultima costituisca un attentato alla certezza del diritto: in realtà essa assolve una funzione di tutela dei diritti nel mercato, ma se il problema è quello dell'eguale accesso a beni e servizi, in funzione di tutela dal mercato e di realizzazione dell'universalismo, è la fattispecie legale lo strumento da perseguire.

È stato presentato in data 19 marzo 2019 per iniziativa del Governo un disegno legislativo di delega al Governo per la revisione e integrazione del codice civile. Al di là della portata quasi epocale di un testo che mira addirittura alla revisione del codice civile, il disegno di riforma tocca alcuni particolari settori (la disciplina delle associazioni e fondazioni; la previsione di accordi di regolazione dei rapporti personali e patrimoniali fra i coniugi o le parti di un'unione civile; il superamento del divieto di patti successori; l'introduzione della disciplina sul *trust*; disposizioni in materia di contratto e di responsabilità per i danni). Non si coglie alla base del progetto di "revisione" un'idea unitaria di codice e di rapporti civili, se non per la disciplina in materia di contratto. Si prevede, a quest'ultimo proposito, un complesso di disposizioni il cui filo comune è quello del passaggio da una disciplina per clausole generali a una disciplina per fattispecie tipizzate. I campi di intervento sono i seguenti: obblighi di informazione nel corso delle trattative precontrattuali; casi di invalidità negoziali per pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, per situazioni di dipendenza e simili; nullità di clausole o accordi in violazione dei diritti fondamentali; obbligo di rinego-

ziamento di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili.

Si tratta di campi finora assegnati alla clausola generale di buona fede, con conseguenze risarcitorie o di inefficacia del contratto in sede esecutiva. Attraverso la clausola generale, la disciplina del rapporto è affidata al giudice, il cui compito è quello di concretizzare nel caso concreto il valore enucleato dalla clausola generale. Con la norma a fattispecie la disciplina del rapporto torna al legislatore. È un bene o un male tutto questo?

La valorizzazione delle clausole generali, soprattutto quella di buona fede, ai fini della risoluzione della controversia è una conquista relativamente recente della giurisprudenza. Se si sfogliano i repertori della giurisprudenza fino agli anni ottanta, si scorge un uso quanto mai parco della buona fede nei provvedimenti giurisdizionali. Nell'argomentare giuridico, buona fede e correttezza iniziano a presentarsi in modo sempre più insistente a partire dagli anni novanta, in coincidenza non casuale con la diffusione della disciplina comunitaria in materia di rapporti di consumo. La dottrina era arrivata alle clausole generali negli anni sessanta, grazie alla riscrittura degli istituti

* L'articolo è stato pubblicato, quale apertura della discussione sul tema di questo fascicolo, su questa *Rivista online*, nella sezione *Leggi e istituzioni*, il 4 dicembre 2019 (www.questionegiustizia.it/articolo/ripensare-la-fattispecie-nel-tempo-delle-clausole-generali_04-12-2019.php).

fondamentali del diritto civile alla luce delle clausole generali per mano di Stefano Rodotà.

Oggi clausole come quella di buona fede costituiscono un elemento assai diffuso nell'argomentazione giuridica. Si tratta di un'argomentazione diversa da quella per sistema: la controversia è risolta non mediante sussunzione del caso negli schemi del sistema, ma valorizzando le stesse circostanze del caso alla luce del valore che il legislatore ha positivizzato nella clausola generale. Una prassi decisionale improntata alla clausola di buona fede è segno di attivismo giudiziale. Come ha scritto un filosofo del diritto, «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di "capire in modo giusto" la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere»¹.

L'iniziativa legislativa da cui siamo partiti non rappresenta per la verità un ritorno della fattispecie in un'epoca che, per taluno, sarebbe contrassegnata dalla sua crisi. Ben lungi dal vivere un tempo di declino, la fattispecie ha vissuto una grande fortuna nella legislazione degli ultimi decenni. L'attuazione della disciplina comunitaria di regolazione dei mercati finanziari, bancari e di consumo ha comportato un'espansione straordinaria della tecnica della fattispecie. Le nullità cd. protettive, e fra esse quella delle clausole abusive in materia di rapporto di consumo, non sono altro che l'estensione della fattispecie di nullità a territori che potevano ritenersi affidati alla buona fede precontrattuale.

Il disegno legislativo di delega al Governo per la revisione del codice civile è un'occasione per una riflessione oggi, sgombra da pregiudizi, sulla giurisdizione civile per clausole generali. Come è noto, l'accademia sul punto è divisa. Vi è chi, come Natalino Irti, vede nella giurisdizione per clausole generali la perdita di calcolabilità e prevedibilità del diritto e l'affidamento della risoluzione della controversia al soggettivismo giudiziale. Qualcuno, a questo proposito, parla anche di populismo giudiziario e lo coglie in una sorta di corto circuito fra valori e decisione giudiziale e in una deriva sapienziale del diritto. Tutto al contrario, vi sono autori come Paolo Grossi e Nicolò Lipari che vedono nella giurisdizione per clausole generali il ritorno a una legalità del caso concreto e alla dimensione fattuale del diritto, superando le barriere di una ragione giuridica astratta e formale.

La questione della certezza del diritto accompagna in realtà da sempre il problema delle clausole generali. All'indomani dell'uscita nel 1964 del lavoro di Rodotà sulla responsabilità civile, Alessandro Baratta, grande personalità del progressismo giuridico di quegli anni, colse nel passaggio dalla fattispecie di condotta illecita alla clausola generale del danno ingiusto, criterio ordinatore della responsabilità civile secondo Rodotà, la perdita dell'oggettività degli elementi descrittivi del sistema di fattispecie tipiche a garanzia del principio di legalità². Nell'arco di un cinquantennio, da Baratta a Irti, la giurisdizione per clausole generali costituisce per una parte della dottrina un attentato alla certezza del diritto. Si tratta di un pregiudizio da cui liberarsi.

La giurisdizione per clausole generali non è la restaurazione di una mera fattualità del diritto. La clausola generale non costituisce la disciplina del caso, a differenza della fattispecie generale e astratta nella quale il caso va sussunto. Essa è una norma ideale a cui il giudice deve appellarsi per la disciplina del caso concreto. Quando il giudice concretizza in relazione alle circostanze del caso una clausola generale, segue l'ideale di regolazione cui quest'ultima rinvia: per dirla con Kant, la buona fede è un ideale regolativo al quale appellarsi per l'identificazione della norma del caso concreto. Dire che "le parti devono comportarsi secondo buona fede" non vuol dire nulla dal punto di vista della regolazione del caso, se non si fa riferimento alle circostanze concrete. Si tratta perciò di un ideale di norma, o idea-limite, a cui il giudice deve mirare a uniformarsi per l'identificazione della norma concreta di diritto. Quando concretizza la clausola generale, il giudice non segue perciò le proprie preferenze soggettive o i propri pregiudizi valoriali, ma assume un impegno normativo che è un impegno di indipendenza da se stesso nel perseguimento della forma ideale di regolazione del caso³. Le preoccupazioni in termini di certezza del diritto non colgono il senso del lavoro del giudice quando concretizza una clausola generale. Su un punto, però, possiamo condividere quelle preoccupazioni ed è quello dell'uso improprio che della buona fede possa fare il giudice quando, per risolvere la controversia, anziché attingere alla fattispecie legale che disciplina il caso, si orienti nella direzione della clausola generale. Lo spazio per la concretizzazione

1. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, p. 57.

2. A. Baratta, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 28 ss.

3. Per ogni approfondimento, mi permetto di rinviare a E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di casazione e stare decisis*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 167 ss.

della clausola generale si apre quando manchi la disciplina affidata alla fattispecie legale.

Il problema di fondo che oggi pone una giurisdizione per clausole generali è un altro rispetto a quello della certezza del diritto. Si tratta di un profilo che non può sfuggire a una magistratura che veda nell'art. 3 cpv. della Costituzione la propria stella polare. L'uso espansivo della buona fede è funzionale a una protezione dagli abusi all'interno delle relazioni di mercato nella sede specifica della formazione del contratto o della sua esecuzione. Si tratta della stessa logica nella quale si muove la legislazione di fonte comunitaria, la quale mira alla strutturazione giuridica del mercato. Quando il tema non è più quello della tutela *nel* mercato, ma quello della tutela *dal* mercato, torna in primo piano la forma di legge e dunque la tecnica della fattispecie legale. La giurisdizione per clausole generali è preposta alla realizzazione della giustizia commutativa, ma se il tema è quello della giustizia distributiva o redistributiva è la legge in forma di fattispecie astratta e generale che entra in gioco. Si tratta di un compito che, in alternativa alla buona fede, ha da sempre assunto l'art. 1339 cc sull'inserzione automatica di clausole legali nel contratto. La clausola generale è strumento di superamento delle asimmetrie che impediscono la concorrenza perfetta, ma consentire l'eguale accesso a beni e servizi è un compito di riforma sociale che solo la legge in forma di fattispecie può attuare. La ragione trasformatrice, quando si fa ragione giuridica, è necessariamente astratta e generale perché tale è la forma dell'universalismo.

In un mondo segnato dal potente ritorno del tema della diseguaglianza e della disgregazione sociale, bisogna guardarsi dall'esaltazione delle "magnifiche sorti e progressive" della giurisdizione per clausole generali e assegnarle il posto discreto che le compete. Torna oggi in campo la vecchia e blasonata legge quale strumento elettivo di riforma sociale. Se il diritto vuole marcare la propria autonomia rispetto a una fattualità dominata dalle potenze sociali e

guadagnare forza deontologica rispetto alla società, non può fare a meno della principale eredità dell'illuminismo giuridico, la legge generale e astratta.

La cosiddetta tutela multilivello dei diritti, articolata in fonti nazionali, sovranazionali e internazionali, è una grande opportunità del presente che i giudici fanno bene a cogliere. Si tratta di un fenomeno complesso, che ancora non riusciamo pienamente ad afferrare, come testimonia la diversità delle sue letture, riflesso in realtà di due diverse concezioni di fondo: quella che identifica il diritto in base alla fonte e quella che ne fa un concetto integralmente interpretativo. La tutela multilivello dei diritti integra tuttavia il momento dell'opposizione al potere, qualsiasi contenuto quest'ultimo abbia (economico, politico, sociale). Se il tema è quello della riforma sociale, non è più la salvaguardia delle garanzie rispetto al potere che viene in rilievo, ma la realizzazione del programma contemplato dall'art. 3 cpv. e, dunque, una funzione di trasformazione complessiva cui solo la legge può attendere. Gli stessi diritti, quando sono a contenuto pretensivo e di promozione sociale, camminano sulle gambe della fattispecie legale. Del resto, in un contesto di solidarietà e di preservazione del legame sociale, i diritti cadono nel bilanciamento dei principi costituzionali cui provvede il legislatore sotto lo sguardo vigile del giudice costituzionale.

Nel 1992, con il suo *Il diritto mite*, Gustavo Zagrebelsky pose al centro del dibattito nazionale il tema della legalità del caso concreto, affidata al bilanciamento giudiziario dei principi. Circa trent'anni dopo, nel suo omaggio a Paolo Grossi alla fine del suo mandato di giudice costituzionale, Zagrebelsky si domanda se non si debba guardare alla funzione riformatrice della legge di fronte a una fattualità dominata dall'economico e alla funzione "resistenziale" sempre della legge rispetto alle involuzioni culturali del momento attuale⁴. Con gli interrogativi di oggi, il padre del diritto mite ci richiama a una nuova consapevolezza rispetto a quella che evocò nel 1992.

4. G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico*, n. XLVII/2018, pp. 550 ss.

Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*

di Guido Alpa

L'iniziativa governativa di revisione e integrazione del codice civile appare apprezzabile almeno sotto due aspetti: per aver raccolto l'esigenza di un ammodernamento del testo e per aver proposto non una revisione integrale del codice, ma solo alcuni interventi circoscritti, salvandone l'impianto e la gran parte delle norme. Al giudice resta comunque affidato il compito della tutela dei diritti fondamentali. Non si deve aver paura dell'attivismo giudiziario, se svolto entro i confini del diritto, né della compressione del principio di certezza del diritto, un mito lento a morire.

1. L'occasione del dibattito / 2. I propositi della «delega al Governo per la revisione del codice civile» / 3. Clausole generali e diritti fondamentali

1. L'occasione del dibattito

Il saggio di Enrico Scoditti¹ si pone al centro di un dibattito assai serrato che i civilisti hanno avviato all'inizio degli anni sessanta e che, pur passando le decadi – e le generazioni accademiche² –, si è ispessito e complicato per una molteplicità di ragioni: la costituzionalizzazione del diritto privato, e poi la sua europeizzazione; il moltiplicarsi delle fonti; l'operare di corti statuali, sovranazionali, globali; il superamento dei confini nazionali da parte di prassi e modalità di istituzione dei rapporti giuridici; l'emersione delle concezioni antiformalistiche del diritto e di tec-

niche di ermeneutica di tipo cognitivo; lo scontro tra normazione per principi e normazione per regole; la polemica sull'attivismo giudiziario e il ripensamento della tripartizione dei poteri; il rapporto tra funzione nomofilattica e creatività del giudice; la perdita di terreno della certezza del diritto, e altre ancora.

Il saggio investe innanzitutto il problema delle funzioni del legislatore e il metodo della tecnica legislativa: l'Autore si chiede, tra l'altro, (i) se sia opportuno introdurre regole che illustrino in modo sintetico la fattispecie, consentendo all'interprete di applicare le regole mediante il ragionamento sillogistico, oppure se sia preferibile fare ricorso alle clausole generali

* Sono molto grato al consigliere Enrico Scoditti per avermi invitato a partecipare al dibattito aperto da *Questione giustizia* sul suo saggio intitolato *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali* (4 dicembre 2019); i temi trattati sono di grande spessore culturale e meriterebbero uno spazio adeguato per essere svolti in modo compiuto; il tono assertivo, che non mi è proprio, spero sia giustificato dalla sinteticità di queste note.

1. *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

2. G. Alpa e F. Macario (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, giuristi*, Giuffrè, Milano, 2019; G. Alpa (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2016.

senza specificare in modo dettagliato il dato normativo; (ii) se una giurisdizione per clausole generali possa minare alle fondamenta l'ordinamento creando incertezza del diritto; (iii) se, qualunque sia la scelta tra le due tecniche, il diritto sia oggi in grado di far fronte alle diseguaglianze sociali sempre più vistose nella nostra società, a sua volta sempre più fragile; (iv) se il ricorso al "diritto mite" – secondo la felice formula inaugurata da Gustavo Zagrebelsky ormai trent'anni fa³ – possa essere in grado di assicurare una maggiore eguaglianza; (v) se l'intento del riformatore debba essere ispirato dal proposito di contenere le forze economiche che tendono a divaricare i ceti sociali, e di contrastare l'involutione culturale che si registra nel momento attuale, oppure (aggiungo io) adattarsi al modello codicistico acquisito senza mutarne struttura e funzioni.

A questi interrogativi si possono poi fare addizionali inerenti all'effettività della applicazione dei diritti fondamentali⁴ e alla loro "tenuta" a fronte dell'inasprirsi dei contrasti sociali, degli abusi compiuti dalle *corporation* che dominano il mondo dell'informazione, dell'informatica e della intelligenza artificiale, della posizione del giudice quale mediatore dei valori in un contesto nazionale, europeo e globale, e così via.

E si potrebbe prospettare poi – quale interrogativo onnicomprensivo – quale sia il compito del diritto nella società contemporanea, dovendosi ammettere che il diritto non può risolvere tutti i problemi che si profilano nei diversi settori in cui essa si articola. E sottolineo "articola", piuttosto che non "evolve", perché il mito del progresso incessante può essere appropriato per le scienze tecniche, per la medicina e la biologia, ma la Storia ci ha insegnato che i rapporti sociali si disgregano, si riaggregano, si sovrappongono, si consumano seguendo le dinamiche proprie della distribuzione del potere, della diffusione della cultura, dell'influsso delle forze che si sprigionano all'interno dell'aggregato sociale o lo colpiscono dall'esterno⁵.

2. I propositi della «delega al Governo per la revisione del codice civile»

Negli ultimi anni, il Consiglio nazionale forense, il Consiglio superiore della magistratura, le corti superiori, le associazioni tra le quali Civiltà Italiani, in diverse sedi accademiche o istituzionali, hanno richiamato l'attenzione del legislatore, dei giudici, dei cultori del diritto civile, sulle riforme che negli altri Paesi, europei o modellati secondo la cultura "occidentale", erano state congegnate e approvate per rendere i codici civili più adeguati alle nuove esigenze individuali e collettive, sociali ed economiche: si è cominciato con la riforma del codice civile olandese⁶, con la riforma del diritto delle obbligazioni del codice civile tedesco del Duemila⁷, per passare alle grandi riforme del codice napoleonico in Francia e in Belgio, alla riforma del codice civile portoghese, e alle riforme dei Paesi del Centro e Sud America. Si è sempre pensato all'idea di codice⁸, ritenendo che questa sia una forma di tecnica legislativa ancor attuale, sia per costituire il palinsesto delle regole di "parte generale" del diritto civile, alla base della minutissima legislazione speciale, solo in qualche caso organizzata attraverso "codici di settore", sia per esprimere i valori sui quali poggia l'aggregato sociale⁹, sia per risolvere in modo organico e sistematico i conflitti che si creano quasi in ogni ambito della vita della collettività.

Ma l'atteggiamento dell'interprete di oggi non è tale da considerare il codice come uno strumento autosufficiente e onnicomprensivo, dovendo esso coordinarsi con la Costituzione – e il giudice procedere a una interpretazione delle regole costituzionalmente orientata –, con la Carta dei diritti fondamentali e dei Trattati europei – e il giudice procedere a una interpretazione orientata secondo le fonti europee, inclusa la Carta Edu quale fonte interposta *ex art.* 117 Cost. –, i principi generali consegnati dalla tradizione o derivati in via induttiva dalle regole¹⁰, e i valori

3. A cui ha fatto seguito *Diritto allo specchio*, Einaudi, Bologna, 2018.

4. Nell'imponente letteratura, vds. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

5. M.L. Salvadori, *L'idea di progresso*, Donzelli, Roma, 2006.

6. M.W. Hesselink, *Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?* In G. Alpa e E.N. Buccico (a cura di), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.

7. C.-W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003; S. Patti, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2018, pp. 435-453.

8. R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 2005. *L'età della decodificazione* (come descritta nel libro di N. Irti, Giuffrè, Milano, 1979) si è espansa attraverso la moltiplicazione delle leggi speciali, ma non ha cancellato la tecnica codicistica.

9. P. Rescigno, *Codici: storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

10. G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2005; G. D'Amico e S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, Torino, 2018.

inverati nei diritti fondamentali *ex art. 6 del Trattato di Lisbona*¹¹.

E non è tale da considerare il codice come una stella fissa, perché la sua interpretazione varia con il tempo, grazie alle addizioni effettuate mediante le fonti citate, i precedenti giurisprudenziali (anche se non strettamente vincolanti), i principi e i valori maturati nella cultura giuridica¹². Di qui la distinzione tra legge e diritto, e l'“invenzione” del diritto (secondo l'accezione di Paolo Grossi¹³) comprensivo della legge ma non esaurito in essa, e, in uno stadio ulteriore, la rilevanza della giurisprudenza (e della dottrina, secondo le opinioni di Rodolfo Sacco e di Nicola Lipari) quale fonte in senso sostanziale dell'ordinamento.

L'iniziativa governativa appare dunque apprezzabile almeno sotto due aspetti: per aver raccolto l'esigenza di un ammodernamento del testo e per aver proposto non una revisione integrale del codice, ma solo alcuni interventi circoscritti, salvandone l'impianto e la gran parte delle norme, le quali, introdotte nel 1942, hanno resistito per quasi ottant'anni grazie alla loro interpretazione evolutiva, alle grandi riforme (del diritto di famiglia e del diritto societario) e ai più modesti ritocchi via via apportati nel corso di queste decadi.

Se si guarda ai principi e ai criteri direttivi elencati nel disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019 (AS n. 1151), si può notare che l'unica “riforma” consistente riguarda il Libro I (lett. *a*), notoriamente il libro scritto in modo approssimativo da una Commissione incalzata dall'urgenza di adattare le regole civilistiche alle finalità del regime, e dal proposito del Ministro guardasigilli del tempo, Arrigo Solmi, di includere nel testo un riferimento (velato) alle leggi razziali mediante il comma 3 dell'art. 1, poi abrogato ripetutamente dai decreti luogotenenziali del 1944, e di regolare sommariamente le associazioni, avverse dal regime per ragioni dichiaratamente politiche, relegando nelle norme di attuazione la disciplina della loro estinzione¹⁴.

Le altre proposte riguardano:

- istituti che non hanno avuto riconoscimento né legislativo né giurisprudenziale, come gli accordi familiari prematrimoniali ed endomatrimoniali (lett. *b*), i patti successori e i patti di famiglia, questi ultimi regolati da un testo che è rimasto in larga parte inapplicato (lett. *d*), o istituti che hanno avuto una semplice menzione o hanno sollevato dubbi interpretativi come il *trust* e i contratti di affidamento fiduciario

(lett. *p*), o istituti che sono di dubbia interpretazione e che meritavano dunque una esplicita inclusione nel tessuto codicistico, come la rinegoziazione del contratto in caso di eccessiva onerosità o di presupposizione (lett. *i*);

- l'aggiornamento di norme che apparivano superate dalle esigenze attuali, come la riserva dei legittimari (lett. *c*), oppure l'introduzione di nuovi schemi contrattuali tipizzati socialmente (lett. *l*), e nuove forme di garanzia del credito (lett. *o*);

- l'adeguamento delle regole vigenti alle disposizioni dell'Unione europea, come il certificato successorio (lett. *e*) e la disciplina della nullità in caso di violazione di diritti fondamentali (lett. *h*);

- l'adeguamento delle regole vigenti alle nuove tecniche di commercializzazione di prodotti e servizi (lett. *g*);

- il coordinamento delle regole nei settori della responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale (lett. *m*);

- la razionalizzazione delle tecniche di risarcimento del danno morale (lett. *n*).

Forse l'unica direttiva che si poteva colmare mediante l'utilizzazione della *buona fede* concerne la lett. *f* in ordine alle informazioni che le parti si debbono scambiare nella fase precontrattuale. Ma, ricordando i contrasti di dottrina e giurisprudenza sorti a proposito dell'effetto negoziale delle informazioni al cliente dovute dalle banche e dagli intermediari finanziari, degli errori in esse eventualmente contenuti o della valutazione discutibile della adeguatezza patrimoniale e della consapevolezza del rischio, appariva opportuno provvedere con legge.

Alcune di queste regole, poi, si sono rese necessarie dal conflitto delle interpretazioni: di recente, con un encomiabile modello di decisione, la Suprema corte ha individuato le modalità di applicazione dell'art. 2059 cc (ord. 27 marzo 2018, n. 7513), peraltro assai contrastate; sulle questioni relative alla retroattività della riforma della responsabilità medica, all'applicazione uniforme delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, e alle altre voci di danno via via elaborate dalla medicina legale è intervenuto, alla fine del 2019, un gruppo di pronunce della terza sezione civile della Corte di cassazione.

In ogni caso, nel testo del disegno di legge più volte sono menzionati i diritti fondamentali e la clausola di buona fede.

11. Per tutti, vds. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

12. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

13. P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017; e già *Id.*, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

14. Sul punto vds. già Aa. Vv., *Per la riforma del codice civile*, atti del convegno AIGA (Genova, 1992), Padova, 1994.

Rispetto a questi contenuti, non credo si potessero risolvere i problemi con la semplice applicazione delle clausole generali. Che pure sono da rivalutare rispetto a qualche atteggiamento restrittivo che serpeggia ancor oggi in diverse posizioni dottrinali: il “tempo delle clausole generali”, per riprendere una felice espressione di Stefano Rodotà¹⁵ non è mai finito, anzi, si rinnova di decade in decade, arricchendo anche il numero straordinario di clausole contenute nel nostro codice civile già al suo apparire (e per questo avversate fino agli anni settanta). Come sono da rivalutare i principi generali, non potendosi ritenere che essi siano semplici regole di secondo livello, ma piuttosto, come si è già sottolineato, valori fondamentali dell'intero ordinamento.

3. Clausole generali e diritti fondamentali

Piuttosto c'è da chiedersi se nella delega si possa ricomprendere una disposizione di carattere generale che, al pari di quella prevista dal progetto di codice civile europeo (*Draft Common Frame of Reference*) dispone, in apertura della disciplina (*Book I*, art. 1.102) che le regole: «(...) are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and constitutional laws»¹⁶.

Come trattare i diritti fondamentali nella riforma del codice civile?

Si possono individuare diverse soluzioni.

La prima è quella formale: riprendere una norma di carattere generale e onnicomprensivo come quella del DCFR o dei primi progetti della riforma del *code civil* napoleonico; in quest'ultimo caso, le proposte sono cadute senza una ragione comprensibile, anche perché il Ministero della giustizia francese, che ha redatto l'ultimo testo, poi approvato con qualche variante dal Parlamento, non si è peritato di spiegarlo.

La seconda passa attraverso l'applicazione delle clausole generali, in particolare la *buona fede* e *l'ordine pubblico*: strada già arata dalla nostra giurisprudenza, e sembra preferita dal disegno di legge citato. In questo caso, le clausole generali avrebbero un ruolo straordinario, e quindi non si può che concordare – sul punto – con le considerazioni di Enrico Scoditti.

La terza passa attraverso la rivalutazione dei principi generali, applicabili dall'interprete.

La seconda e la terza soluzione chiamano in prima linea il giudice, al quale possiamo certo affidare questo alto e grave compito, quale è la difesa dei diritti fondamentali, compito affidato non solo alla Corte costituzionale o alle corti superiori, ma all'opera di ogni magistrato.

Non si deve aver paura dell'attivismo giudiziario, se svolto entro i confini del diritto, né della compressione del principio di certezza del diritto, un mito lento a morire. D'altra parte la nomofilachia dovrebbe ordinare, attraverso direttive chiare e tendenzialmente protratte nel tempo, i modelli interpretativi dei tribunali. Certo, la giurisprudenza è fonte del diritto, in modo sostanziale; la creatività è necessaria perché supera le inadeguatezze del testo normativo obsoleto; i principi di diritto formulati dalla Suprema corte non prevalgono però sulla legge, né si può pensare che le leggi introdotte dal Parlamento e correttive di orientamenti giurisprudenziali, ancorché consolidati, possano essere aggirate con sottili argomentazioni formalistiche.

C'è un bilanciamento di poteri che si deve osservare, un bilanciamento dei valori che sono ordinati dalle carte costituzionali, avendo sempre presente che la persona e la sua dignità sono il fondamento di tutti gli altri valori.

Non ho risposto a tutte le domande, ma dal dibattito emergeranno interessanti soluzioni di cui il legislatore non potrà non tenere conto.

15. Saggio o ristampato in S. Rodotà, *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, a cura di G. Alpa e M.R. Marella, Jovene, Napoli, 2017.

16. Vds. Gruppo di studio su un codice civile europeo e Gruppo di ricerca sul diritto privato vigente dell'Ue (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition*, edizione curata da C. Von Bar - E. Clive - Hans Schulte-Nölke, con la collaborazione di: H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano e F. Zoll, Sellier, Monaco di Baviera, 2009, p. 177.

Certezza del diritto e clausole generali

di Massimo Luciani

Il tema dell'opportunità o meno del ricorso alle clausole generali non può essere disgiunto da quello più ampio dell'interpretazione. Decisivo, in particolare, è interrogarsi sul rapporto caso/norma/interprete, chiedendosi se questi sia o meno tenuto a trovare soluzioni «adeguate al caso». La risposta data in questo scritto è negativa.

1. Principi, valori, clausole generali / 2. La giurisdizione, la legge, il caso / 3. I gravi rischi di una giurisprudenza orientata al caso / 4. Cenni conclusivi

1. Principi, valori, clausole generali

Enrico Scoditti sollecita la nostra riflessione sul «passaggio da una disciplina per clausole generali a una disciplina per fattispecie tipizzate» cui mira una recente iniziativa legislativa del Governo¹. «Con la norma a fattispecie la disciplina del rapporto torna al legislatore», egli osserva, e si chiede se questo sia un bene o sia un male.

La sua risposta è formulata in modo cauto, ma appare evidentemente orientata pel secondo corno del dilemma.

Certo, «la giurisdizione per clausole generali è preposta alla realizzazione della giustizia commutativa, ma se il tema è quello della giustizia distributiva o redistributiva è la legge in forma di fattispecie astratta e generale che entra in gioco». Certo, «la clausola generale è strumento di superamento delle asimmetrie che impediscono la concorrenza perfetta, ma consentire l'eguale accesso a beni e servizi è un compito di riforma sociale che solo la legge in forma di fattispecie può attuare». Certo, «se il diritto vuole marcare la propria autonomia rispetto a una fattualità dominata dalle potenze sociali e guadagnare forza deontologica rispetto alla società non può fare a meno della prin-

cipale eredità dell'illuminismo giuridico, la legge generale e astratta». Nondimeno, il ricorso alle clausole generali sembra essere apprezzato più di quello alle norme a fattispecie, visto che l'argomentazione che utilizza tali clausole è «diversa da quella per sistema: la controversia è risolta non mediante sussunzione del caso negli schemi del sistema, ma valorizzando le stesse circostanze del caso alla luce del valore che il legislatore ha positivizzato nella clausola generale». Una prassi argomentativa, poi, che è «segno di attivismo giudiziale», ma evidentemente va anche considerata una buona prassi, perché – scrive Scoditti – l'idea che «la giurisdizione per clausole generali» costituisca «un attentato alla certezza del diritto» sarebbe «un pregiudizio da cui liberarsi». Anzi, *ius-dicere* per clausole generali sarebbe uno strumento per applicare e attuare l'art. 3, comma 2, Cost., rimediando agli «abusi all'interno delle relazioni di mercato nella sede specifica della formazione del contratto o della sua esecuzione».

Ora, prendere posizione su questa delicata questione esigerebbe un complesso itinerario argomentativo, difficile da sviluppare negli esigui limiti di spazio che ci sono stati concessi. Andrò dunque per punti, rischiando – temo – l'apodissi.

1. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

i) Anzitutto, qualche precisazione terminologica.

“Clausole generali” e “principi generali” sono formule utilizzate sinonimicamente, ma non è affatto detto che sia così e non a caso vi sono molti che le distinguono.

A mio parere, ben sapendo che vi sono plurime classificazioni disponibili, propongo² di qualificare “clausole generali” quelle espressioni linguistiche che:

a) sono utilizzate dal legislatore (costituzionale od ordinario, non importa);

b) sono caratterizzate da particolare ampiezza prescrittiva e indeterminazione di contenuto semantico (sicché possono anche sovrapporsi senza troppi problemi ai “concetti giuridici indeterminati”);

c) non esibiscono solo questo tratto distintivo, perché altrimenti si differenzierebbero dalle comuni espressioni linguistiche giuridicamente rilevanti solo per un profilo *quantitativo*, non *qualitativo*, il che (a meno che non si condivida la “legge” della trasformazione della quantità in qualità)³ non basta. In realtà, un *proprium* qualitativo c’è e passa per la frontiera che separa gli *Erfahrungsbegriffe* (“concetti empirici”) e i *Wertbegriffe* (“concetti di valore”)⁴. Si tratta infatti di espressioni linguistiche che esplicitano alcune opzioni assiologiche del legislatore e, grazie a questo, fanno valere esigenze di apertura e dinamicità dell’ordinamento (è il classico tema degli “organi respiratori” del diritto)⁵. Esempi tipici ne sono, come si sa, buona fede, utilità sociale, buon costume, etc.

I principi, invece, non sono necessariamente costrutti come le clausole generali, né ne posseggono le caratteristiche. Si pensi al principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato. Oppure al principio di proporzione fra danno e risarcimento. Anche in questo caso, come in qualunque previsione normativa, v’è un’opzione di valore, ma essa resta sullo sfondo e non è direttamente esplicitata da un’espressione linguistica⁶.

ii) Come si sa, gli ordinamenti, per varie ragioni storiche, oscillano continuamente tra la fuga “nelle” e la fuga “dalle” clausole generali, tra la loro esaltazione e la loro ripulsa.

Contro le clausole generali – ha scritto Natalino Irti, riprendendo i classici spunti di Max Weber – militerebbe l’esigenza di certezza imposta dallo sviluppo capitalistico, che vorrebbe garantita la calcolabilità e la prevedibilità delle conseguenze degli atti dell’*homo oeconomicus*, a tutela degli investimenti.

A loro favore, invece, starebbero – secondo una diffusa opinione – la difficoltà (crescente, nelle società complesse) di una regolazione puntuale; la connessa crisi della fattispecie; l’inarrestabile fuga del legislatore dalle sue responsabilità; la messa in discussione della legittimazione e delle capacità della rappresentanza politica, che reclamerebbe la supplenza del potere legislativo da parte del potere giudiziario.

Quanto all’argomento critico, ribadirei quanto già a suo tempo osservavo, cioè che l’esigenza di certezza non è solo un portato del capitalismo, ma, più in generale, è, per un verso, una qualità consustanziale al diritto come strumento di regolazione sociale e, per l’altro, un lascito della modernità, la quale, se *comprende* il capitalismo, nel capitalismo *non si esaurisce*. Un lascito della modernità soprattutto politica, nel senso che lo Stato moderno nasce (nel disastro delle guerre civili e di religione) come erogatore di prestazioni di sicurezza (fisica) per i sudditi e che la certezza giuridica non è altro che la proiezione della sicurezza nel dominio del diritto. Statualità, sicurezza e certezza sono, dunque, una triade *politica* indissolubile, la cui costruzione precede di un paio di secoli i trionfi *economici* del capitalismo⁷.

Quanto all’argomento simpatetico, direi che finisce per provare troppo, giustificando una crisi della politica e della rappresentanza che sono – puramente e semplicemente – crisi dello *Stato democratico di*

2. Sulla necessità, qui, di una convenzione stipulativa, vds. F. Pedrini, *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 giugno 2015, p. 7 (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/06/pedrini.pdf).

3. Come è noto, la “legge” è elaborata, sulla base di uno spunto hegeliano (G.W.F. Hegel, *Wissenschaft der Logik*, Schrag, Norimberga, 1812, p. 20: «die Quantität ist die schon negativ gewordene Qualität; die Größe ist die Bestimmtheit, die nicht mehr mit dem Sein eins, sondern schon von ihm unterschieden, die aufgehobene, gleichgültig gewordene Qualität ist»), da Friedrich Engels nell’*Antidühring* e in altri scritti (F. Engels, *Antidühring* (1878), trad. it. di G. De Caria, Rinascita, Roma, 1950, pp. 132 ss.).

4. Cfr. Già W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1931 (terza ed.), p. 32. Per un meno sommario inquadramento del suo pensiero, M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, pp. 115 ss.

5. K.G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Moritz Perles, Vienna, 1904; V. Polacco, *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, Reale Istituto, Venezia, 1908. Di Vittorio Polacco possediamo l’ampio e interessantissimo profilo tracciato da P. Grossi, “Il coraggio della moderazione” (*Specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in *Id.*, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 131 ss. (Grossi, simpateticamente, lo dipinge come «un personaggio che possiede la giovanile virtù di essere spettatore curioso della vita e pertanto il pregio raro di pensare»: *ivi*, p. 161).

6. Non mi sembra dissimile l’impostazione di F. Pedrini, *Clausole generali*, *op. cit.*, p. 26; *Id.*, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013, pp. 99 ss.

7. Ho ripreso, qui, testualmente, quanto avevo scritto nel mio *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 1/2018, p. 6.

diritto per come l'abbiamo conosciuto sino ad oggi, alla cui fine, volenti o nolenti, c'è la sua sostituzione con uno *Stato aristocratico di giurisdizione*.

2. La giurisdizione, la legge, il caso

E veniamo, appunto, alla questione – cruciale – della giurisdizione.

La posizione sostenuta nello scritto che sollecita il nostro dibattito è, come accennavo, relativamente prudente. Lo stesso richiamo al necessario mantenimento di presupposti illuministici non è cosa di poco conto, perché: a) il costituzionalismo della seconda modernità è figlio dell'illuminismo (in particolare, dell'idea che gli uomini siano padroni del loro destino e che possano disegnarne una parte significativa dandosi una Costituzione); b) la certezza del diritto (la sua difesa) è «uno dei cardini della concezione giuridica illuministica»⁸; c) l'illuminismo è in stretto rapporto con il positivismo giuridico⁹.

Resta, però, la questione fondamentale del rapporto fra interprete e caso concreto. L'esigenza che traspare dalla posizione di Scoditti (espressiva, in questo, di un atteggiamento assai diffuso) è quella di non accontentarsi della «sussunzione del caso negli schemi del sistema», ma di valorizzare «le stesse circostanze del caso», sia pure «alla luce del valore che il legislatore ha positivizzato nella clausola generale».

In chiusura, Scoditti richiama quello che (almeno a me) sembra un recente dubbio (o un ripensamento?) del «padre del diritto mite», il quale ora si chiede: a) se sia davvero possibile, oggi, in una realtà sociale frammentata, rinvenire quella «carnalità dell'esistenza» in cui il popolo trova la sua sostanza storico-concreta e in cui il diritto affonda le sue radici dalle quali i giuristi devono trarre la linfa del loro la-

voro»¹⁰; b) se la legge non sia essenziale per fronteggiare il prepotere dell'economia e se «la sottovalutazione delle potenzialità riformatrici della legislazione non ci consegn[i] impotenti alla fattualità (...)»¹¹. Un dubbio (o ripensamento) che, personalmente, registro con ovvia soddisfazione, ma che non si accompagna a quello che sarebbe davvero necessario, cioè al ripensamento del rapporto fra caso e norma, se è vero che ancora oggi il nostro Autore conferma che il giudice deve prima accertare il «bisogno di diritto» del caso concreto e solo dopo volgersi alle norme positive¹².

Così facendo, Zagrebelsky ribadisce l'esigenza di una giustizia «orientata al caso» già messa in luce in passato, affermando che l'ermeneusi «trova la sua pace nel momento in cui si compongono *nel modo più soddisfacente possibile* le esigenze del caso e quelle del diritto»¹³; che l'interpretazione giudiziale è «*ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto*»¹⁴; che «nel conflitto tra il diritto e il caso, cioè le esigenze del caso, l'ordinamento sceglie queste ultime»¹⁵; che «le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono *invalidarla*»¹⁶.

Ora, al di là del serissimo dubbio (che qui non posso motivare) sull'effettiva mitezza del «diritto mite» nella costruzione di Zagrebelsky¹⁷, non posso che ribadire quanto a mio avviso sia discutibile (ovviamente la considerazione non riguarda il solo Autore qui ricordato) parlare di «esigenze del caso». Per farlo, infatti, occorre seguire un pericoloso itinerario logico-argomentativo: si premette che il testo normativo è, in sé, «muto» perché non potrebbe parlare restando separato dal cotesto, senza essere immerso nel contesto e senza essere posto a raffronto con il caso; poi però si afferma che il caso – invece – ci «parla», evidentemente per una virtù sua propria che non è delucidata. Delle due, in realtà, l'una: o è il caso che

8. M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, p. 16.

9. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 139.

10. G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico*, vol. 47, 2018, p. 550.

11. *Ivi*, p. 552.

12. *Ivi*, p. 548.

13. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988 (nuova ed.), p. 41 (corsivo aggiunto).

14. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 179 (in corsivo nell'originale) – è qui ripresa la nota posizione di Luigi Mengoni.

15. *Ivi*, p. 184.

16. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 183 (corsivo aggiunto).

17. Mi permetto di rinviare, sul punto, al mio *Quanto è mite il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky?*, in AA. Vv., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016, pp. 36 ss.

“parla” da sé, facendosi parametro¹⁸, il che non può essere perché il caso non può essere all’un tempo oggetto e paradigma, oppure nel caso parlano, in realtà, aspirazioni morali e convincimenti etico-politici, non potendo le “esigenze” del caso essere elevate ad auto-referenziali paradigmi¹⁹.

La posizione di Scoditti è – dicevo – più prudente, ma quella che ora ho descritto merita d’essere considerata con grande attenzione, perché gode di un seguito non irrilevante.

3. I gravi rischi di una giurisprudenza orientata al caso

Chi predilige una giurisdizione orientata al caso intende dunque far valere – implicitamente, ma non meno chiaramente – delle esigenze di carattere morale, ritenendo che una separazione fra diritto e giustizia non possa essere concepita e che questa sia – anzi – una delle colpe principali del positivismo giuridico. Tanto, in nome di esigenze di tutela di vario genere, attinenti ai diritti umani, alla dignità umana, all’eguaglianza, etc., che suggerirebbero di attingere a valori “oggettivi” o, al più, a un diritto posto al di là di quello positivo, da reperire nelle pieghe della realtà giuridica, nelle correnti profonde dell’autoregolazione sociale. Purtroppo, preoccupazioni morali di questo tipo non sono confortate dal diritto costituzionale positivo e dalla storia.

Quanto al primo profilo, per temperare l’inevitabile coloritura aristocratica della giurisdizione, l’art. 101, comma 1, Cost., vuole ch’essa sia «*amministrata in nome del popolo*», di quel popolo – cioè – che esercita la propria sovranità nelle forme stabilite dalla Co-

stituzione (art. 1), epperò anche nelle forme rappresentative (tramite la legge parlamentare). Il richiamo al popolo, però, non è quello alla nazione: l’art. 101 Cost., legando la giurisdizione al popolo e non alla nazione, vieta che le “correnti profonde” che l’interprete ritenga di percepire nel corpo sociale prevalgano sulla volontà popolare, per quanto contingente e per quanto mediata dalla rappresentanza (cioè dalla legge) essa possa essere²⁰.

Quanto al secondo profilo, le preoccupazioni morali di cui ho discusso, sebbene ascrivibili a intenzioni nobilissime, fanno purtroppo uso (l’ha ben colto Bernd Rüthers) dei medesimi argomenti teorici di chi con tali intenzioni non ha mai avuto nulla da spartire: il momento storico nel quale il gius-positivismo ha subito gli attacchi più duri e in cui la separazione fra diritto e giustizia è stata più radicalmente messa in discussione, infatti, è il decennio nazionalsocialista²¹.

Parlando, nel suo vergognoso *Der Führer schützt das Recht*, del discorso di Hitler al Convegno dei giuristi tedeschi del 3 ottobre 1933, Carl Schmitt scrisse ch’egli «mostrò l’opposizione tra un diritto pieno di sostanza, non separato dalla moralità e dalla giustizia, e la vuota legislatività di un’irreale neutralità e sviluppò le contraddizioni interne del sistema weimariano, che si autodistrusse in questa legalità neutrale e si consegnò ai suoi propri nemici»²². Non solo: «tutto il diritto scaturisce dall’esperienza giuridica del popolo. Ogni legge statale, ogni pronuncia giurisdizionale contiene tanto diritto quanto gliene viene da questa fonte. Il resto non è diritto, ma un “complesso di norme obbligatorie”, di cui un abile delinquente si fa beffe»²³. Così, a me sembra, traluceva la saldatura fra riconduzione del diritto alla vita concreta e rottura della separazione fra diritto e morale, secondo

18. «Il fatto entra nell’esperienza giuridica quale parametro in base al quale ponderare i principi costituzionali» scrive E. Scoditti, *Non solo forma: fenomenologia giudiziaria del diritto, ne Il pensiero. Rivista di filosofia*, vol. LVIII, n. 2/2019, p. 130.

19. Anche qui non posso che rinviare, per una più distesa argomentazione, alla mia voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

20. Aggiungo che la mescolanza fra morale e diritto, fra esercitare giurisdizione e fare giustizia è contraria a Costituzione anche per altre ragioni, che ho cercato di esporre nel mio *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2018, p. 62.

21. Cfr. B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtssaar zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr, Tubinga, 2014-2016, trad. it. di G. Stella, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Mucchi, Modena, 2018, p. 49. Prima ancora, *Id.*, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr, Tubinga, 1968.

22. «Er zeigte den Gegensatz eines substanzhaften, von Sittlichkeit und Gerechtigkeit nicht abgetrennten Rechts zu der leeren Gesetzlichkeit einer unwahren Neutralität und entwickelte die inneren Widersprüche des Weimarer Systems, das sich in dieser neutralen Legalität selbst zerstörte und seinen eigenen Feinden auslieferte»: C. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, p. 946.

23. «Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des Volkes. Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur soviel Recht, als ihm aus dieser Quelle zufließt. Das Uebrige ist kein Recht, sondern ein “positives Zwangsnormengeflecht”, dessen ein geschickter Verbrecher spottet»: C. Schmitt, *Der Führer, op. ult. cit.*, p. 947. Ovviamente, tutto questo esigeva (allora come ora) una vera e propria rivoluzione metodologica: «Wir haben unsere bisherigen Methoden und Gedankengänge, die bisher herrschenden Lehrmeinungen und die Vorentscheidungen der höchsten Gerichte auf allen Rechtsgebieten neu zu prüfen» (*ivi*, p. 948).

un approccio tipico del periodo²⁴, ma che oggi si sta riproponendo.

Ora, quando alla positività si sovrappone la pretesa “oggettività” dei valori e quando si ammette che possa esservi un diritto (positivo) che in realtà non è diritto si rischia davvero di cadere nell’abisso del soggettivismo più spinto e del più incontrollabile arbitrio etico-politico. È un paradosso che un giurista (un tempo) rigorosamente positivista come Gustav Radbruch l’abbia corso dopo l’orrore dell’Olocausto, sostenendo che potrebbero darsi ipotesi di diritto/non diritto quando il precetto normativo è contrario ai principi di giustizia²⁵. Ed è un paradosso che oggi lo corrano i molti studiosi e magistrati che mettono in discussione la salvifica frontiera fra la morale e il diritto. Certo, allora si trattava di reagire alla barbarie del nazismo e oggi si tratta di reagire sia alla delusione per una legislazione dilettantesca sia al sentimento dell’ingiustizia di un assetto sociale diseguale quale mai era stato dagli anni settanta in poi, ma oggi come allora il prezzo che si paga è l’acquiescenza ai paradigmi argomentativi del proprio nemico (proprio discutendo di Radbruch, non ha forse dimostrato Hart che l’applicazione delle sue tesi da parte dei tribunali tedeschi nel secondo dopoguerra è stata segnata da preoccupanti abusi?)²⁶.

Compito del giurista, compito del giudice, non è trovare la soluzione “giusta”, ché una simile pretesa implica «la presunzione di essere nel possesso monopolistico della verità nelle questioni valutative»²⁷, ma solo di trovare la soluzione “esatta” (che ovviamente non vuol dire “unica possibile”)²⁸, nell’esercizio di un’attività che, nella parte in cui è volta all’interpretazione, è *cognitiva*. Anche qui, però, non posso far altro che rinviare ad altri scritti per la dimostrazione (spero...) di queste affermazioni²⁹.

Se, ora, veniamo in particolare alle clausole generali, è noto che proprio il diritto nazionalsocialista ne

era infarcito³⁰. Esse, dunque, possono essere (e sono state in fatto) utilizzate *contro* le esigenze morali di cui sopra ho detto.

Va da sé che nelle ben diverse atmosfere della Costituzione i principi costituzionali, anche ove espressi nella forma di clausole generali, hanno ben altra intenzione e finalità. Tuttavia, il diritto per principi e *Generalklauseln*, tipico delle costituzioni del secondo dopoguerra, non comporta il travolgimento della divisione dei poteri e non consente all’interprete un posizionamento analogo a quello di colui che si incontra con il diritto naturale, in ragione del fatto che, «in presenza dei principi, la realtà esprime valori e il diritto vale *come se* vigesse il diritto naturale»³¹. Fra il diritto naturale (moderno) e il diritto positivo (ancorché di rango costituzionale) corre infatti una differenza non ridicibile, che è data dall’intermediazione della volontà positivizzante. E la presenza di questo elemento volontaristico fa irrompere nel ragionamento dell’interprete elementi quali il *testo* (anzitutto!), la storia, la vicenda politica, le soggettività sociali, che precludono qualunque sovrapposizione di logiche e di effetti tra due mondi (quello del diritto naturale e quello del diritto positivo, appunto) che restano irriducibili l’uno all’altro (fosse pure nella chiave dell’evocativo *Als-Ob* della dottrina ora ricordata).

4. Cenni conclusivi

La questione delle clausole generali, in definitiva, non può essere separata da quella generale dell’interpretazione. La linea di frontiera dell’accordo o del disaccordo sul loro impiego passa fatalmente, allora, per la posizione che si assume quanto al triangolo caso/norma/giudice. La rinuncia alla concezione dell’interpretazione come attività cognitiva e l’abbandono del caso a se stesso – cioè (a me pare)

24. L. Mager, *Das Recht im Nationalsozialismus. Wege völkischer Rechtserneuerung: Rechtsquellenlehre und Auslegung als Gesetzgebungersatz*, accessibile in rete (www.juracafe.de/ausbildung/seminar/self/rechtserneuerung.pdf): «Beim Rückbezug allen Rechts auf die Gemeinschaft sollte eine weiteres Merkmal des alten Rechts überwunden werden: die Trennung von Recht und Politik sowie von Recht und Sittlichkeit».

25. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, pp. 105 ss.

26. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4/1958, spec. pp. 618 ss.

27. B. Rüthers, *La rivoluzione clandestina*, op. cit., p. 53.

28. Sulla distinzione, devo ancora rinviare al mio *Il “giusto” processo amministrativo*, op. cit., p. 62.

29. Vds., da ultimo, M. Luciani, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2019, www.questionegiustizia.it/rivista/2019/3/1-errore-di-diritto-e-l-interpretazione-della-norma-giuridica_682.php.

30. Anzi, v’è chi – paradossalmente – ha rimproverato ai giudici dell’epoca di non aver approfittato dei margini ch’esse offrivano per rovesciarne la logica, applicandole con umanità: I. Staff, *Justiz im Dritten Reich: eine Dokumentation*, Fischer, Francoforte sul Meno, 1964, pp. 9, 59.

31. Così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. cit., p. 162, sulla premessa che nelle costituzioni moderne si realizzi l’aspirazione alla «determinazione della giustizia e dei diritti umani» (*ivi*, p. 155).

ai paradigmi morali del giudice – non può non sollecitare, in chi la pensa diversamente, le perplessità più forti su un eccessivo ricorso alle clausole generali. Come rimuovere, allora, questa diffidenza?

Il ritorno a un'autocomprensione della giurisdizione come attività applicativa della legge (per evitare equivoci: delle fonti, Costituzione compresa) è essenziale. Anche le clausole generali possono essere lette e applicate in conformità a questo approccio, in particolare ricostruendone il contenuto non con il ricorso alle insondabili correnti profonde della società, ma con l'accertamento di come il diritto positivo, evol-

vendosi, le ha inverte nelle plurime norme a fattispecie delle quali si compone. Il giudice è il fondamentale punto di caduta delle garanzie giuridiche dell'ordinamento, ma mi permetto di ribadire: i veri amici della giurisdizione sono quelli che ne riconoscono il grande potere, ma anche gli insormontabili confini. Un giudice appiattito sul precedente e privo di autonomia di giudizio corre il rischio di essere sostituito da un robot, ma un giudice professionale che non colga appieno il legame che lo vincola al diritto positivo corre il rischio di essere sostituito da un giudice elettivo. Non mi sembra una prospettiva auspicabile.

L'equità civile: suggestioni settecentesche

di Marco Nicola Miletta

Il profondo ripensamento che, nel secolo XVIII, investì il delicato equilibrio tra legge ed equità giudiziale è stato indagato con prevalente riguardo al versante criminalistico. Attraverso le voci di grandi intellettuali-giuristi meridionali (Vico, Genovesi, Filangieri), il lavoro propone un rapsodico sondaggio sul terreno civilistico, contrassegnato da proposte meno radicali ma altrettanto suggestive per il cultore del diritto attuale.

1. La legge civile e il «maneggio del giudice» / 2. Vico e il regolo di Lesbo / 3. Filangieri e il «misterioso ritrovato»

1. La legge civile e il «maneggio del giudice»

Legge, equità, interpretazione (giudiziaria): a questo trinomio cruciale la cultura italiana del secolo XVIII fornì un imprescindibile contributo, che segna tutt'oggi uno spartiacque nel giudizio sulla modernità giuridica. Ciò nonostante, ci s'imbatta non di rado in frettolose irrisioni della presunta ingenuità "illuministica". Giudizi così sommersi trascurano, ad esempio,

che il sillogismo di Beccaria, peraltro dotato d'una pressoché intatta incisività comunicativa, non esaurisce affatto la varietà di approcci ermeneutici circolanti nella gius-filosofia dei Lumi. Ovvero che le ossessioni della certezza, della semplicità, della chiarezza del dettato normativo, oggi marchiate come stucchevoli, non trovano sempre riscontro se si sfogliano i testi sacri, anche quelli francesi (*Esprit des lois*¹, *Encyclopédie*²), i quali anzi riservavano alla *jurisprudence* un ruolo stabilizzatore di tutto riguardo³.

1. C.L. De Secondat De Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748), tr. it.: *Lo spirito delle leggi*, a cura di Sergio Cotta, Utet, Torino, Utet, 1952 (De Agostini, Novara 2015), libro VI – *Conseguenze dei principi dei diversi governi in relazione alla semplicità delle leggi (...)* –, cap. I – *Della semplicità delle leggi civili nei diversi governi* –, pp. 221-222, giustificava la pluralità delle leggi propria delle monarchie come strumento di tutela dell'onore, obiettivo che imponeva di prevedere restrizioni, estensioni, eccezioni su basi soggettive e oggettive a discapito della «semplicità». Critico sul punto A.L.C. Destutt De Tracy, *A Commentary and Review of Montesquieu's Spirit of Laws* (1811), tr. it.: *Comentario sopra lo spirito delle leggi di Montesquieu*, s.l., Napoli, 1828, p. 35, il quale avrebbe contrapposto al modello montesquieviano il «governo rappresentativo» fondato sull'eguaglianza e connotato da «leggi civili» semplici e uniformi.

2. L. De Jaucourt, *Loi (Droit naturel, moral, divin, & humain)*, in *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers (...)*, vol. IX, Samuel Faulche & Compagnie, Neufchâtel, 1765, pp. 644-646, riproponeva la dicotomia montesquieviana tra (limitata) flessibilità della legge monarchica e divieto di «interpréter une loi» repubblicana. Per lo scienziato francese una legge equivoca e imprecisa è sempre «vicieuse» e ingiusta «parce qu'elle frappe sans avertir»: egli tollerava una ragionevole estensione dai casi disciplinati a quelli omessi, ma ricordava che la *subtilité d'esprit* restava contraria ai sentimenti di umanità e al volere del legislatore. A.G. Boucher-d'Argis, *Loi (Jurisprudence)*, *ivi*, p. 649, esortava a un'interpretazione (giudiziale) che cogliesse «sens et esprit» della legge anziché fermarsi alle parole: l'A. ammetteva l'estensione «dans les matières favorables», mentre invitava alla restrizione in quelle «de rigueur».

3. Nella monarchia, scriveva Montesquieu, *Lo spirito*, *op. cit.*, *ibid.*, le decisioni dei tribunali «devono essere conservate» e «apprese, affinché si giudichi oggi come si giudicò ieri, e affinché i beni e la vita dei cittadini vi siano assicurati e stabiliti come la costituzione stessa dello Stato». L'A. reputava «male necessario» le contraddizioni giurisprudenziali. Il brano fu ripreso da A.G. Boucher-d'Argis, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 82. Quest'ultimo A. (*Jurisprudence des arrêts*, *ivi*, p. 82) ammetteva il ricorso alla *Jurisprudence des arrêts* – dei cui repertori, peraltro, diffidava – nelle materie sguarnite di leggi puntuali.

In realtà gli *slogan* propagandistici, che invero non mancarono, servirono a denunciare con fragore plurisecolari opacità legislative e giudiziarie. E comunque rimbombarono in prevalenza, *et pour cause*, nei settori “costituzionalmente” sensibili del diritto pubblico e criminale.

Quando ci si affacci entro il recinto, tutt’altro che negletto, del diritto privato, si scopre che il rapporto legge-interpretazione era sviscerato in termini non omologabili a quelli della *vulgata* penalistica. Pietro Verri, il più drastico nell’asserire che «interpretare vuol dire sostituire se stesso» al legislatore, riconosceva che la soluzione dei casi omessi si atteggiava diversamente tra cause penali e civili: nelle prime ci si doveva attenere a uno stretto criterio di legalità; nelle seconde un codice avrebbe potuto «togliere la metà delle liti col circoscrivere la capricciosa libertà degli uomini nel patteggiare o donarsi fra di loro», riservando al legislatore la facoltà di risolvere le residue vertenze «coi principii della semplice equità» in attesa di provvedere con «legge generale» ai futuri casi simili. Nell’ottica verriana, il giudice sia civile sia penale restava, dunque, «mero e servile esecutore della lettera della legge»: ma nel civile, più malleabile, non avrebbe destato scandalo l’aggiustamento equitativo, seppur ad opera del legislatore⁴.

Ancor meno stereotipata l’impostazione di Antonio Genovesi. Anche l’abate salernitano, sottintendendo un’accezione di *interpretazione* quale sinonimo di discostamento da un testo univoco e autoritativo, si domandava: «Debb’egli il Giudice interpretar la legge, ed è questo più utile allo Stato, che l’eseguir la letteralmente?». Con la pacatezza che gli era propria, lo studioso rispondeva che era «impossibile, che un Giudice non interpreti per niente nessuna legge. Ogni legge è generale, e perciò riguarda un’infinità di casi simili»; e tuttavia – qui si percepisce una mutuazione da Montesquieu – la «moltiplicità delle circostanze» della vita *morale*, accentuata dalle difformità nella disciplina degli *status* soggettivi e dei beni («laicali, ecclesiastici, feudali, burgensatici, sottomessi e fedecommissi, e liberi, dotali, estradotali, ecc.»), impediva a qualsiasi legge di «combaciare» con i casi reali se non grazie a «qualche interpretazione e maneggio del Giudice»⁵.

Genovesi si mostrava aggiornato sul dibattito europeo in corso: «So, che si dice da alcuni dotti, a cui è in odio ogn’interpretazione, che fa men male una legge eseguita sempre letteralmente» di quella rimessa all’arbitrio del magistrato. Sul punto egli si dichiarava d’accordo con riferimento alle leggi criminali, ma paventava che una generalizzazione del criterio generasse «quel *summum jus*, che diventa iniquità». L’Autore della *Diceosina* si rendeva conto che un’«interpretazione» lasciata senza freni sarebbe equivalsa ad «abolire le leggi scritte»: ma confidava che, se rimessa a giudici «bastantemente savj ed onesti», e solo a questa duplice condizione, essa sarebbe stata meno temibile dell’«inflexibilità della legge»⁶.

2. Vico e il regolo di Lesbo

L’opzione di Genovesi per un magistrato eticamente irreprensibile piuttosto che per una legge inderogabile s’inseriva, forse inavvertitamente, nel solco della tortuosa e geniale riflessione di Giambattista Vico sull’interpretazione equitativa.

Nel *De ratione*, discorso d’inaugurazione dell’anno accademico all’Università di Napoli tenuto il 18 ottobre 1708, Vico, nel confrontare il metodo di studio degli antichi e quello dei moderni, constatava come la nuova *methodus* scienziata e calcolatrice fosse inadeguata a penetrare le scienze morali. In particolare, la *prudencia* della vita civile, contrassegnata dalla varietà delle circostanze esistenziali, trainata dalla *libido* e dalla *fortuna* ben più che dalla saggezza, non gli sembrava valutabile mediante la *recta* e *rigida mentis regula*: essa necessitava, invece, del regolo di Lesbo, lo strumento flessibile, in grado di piegare se stesso verso i corpi (e non viceversa), adoperato sull’isola greca per misurare superfici rocciose e già evocato da Aristotele nell’*Etica Nicomachea* [V.10.1137b] a suffragio dei pregi dell’*epieikeia*⁷.

Piuttosto che profondersi in un’acritica celebrazione della portata salvifica dell’equità, Vico – sia nel *De ratione*, sia nel più maturo *Diritto universale* – ne rintracciava le cangianti matrici nella storia dell’esperienza giuridica romana. Egli immaginava che nella

4. P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi* (1765), in G. Francioni e S. Romagnoli (a cura di), «Il Caffè» – 1764-1766, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, p. 700 (definizione di interpretazione); *ivi*, pp. 701-703 (differenza civile/penale). Sull’esemplarità della tesi di Verri sull’interpretazione, vds. M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, pp. 52-53.

5. A. Genovesi, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell’onesto* (1766-67), introduzione e testo a cura di N. Guasti, presentazione di V. Ferrone, tomo II, Centro di Studi sull’Illuminismo europeo “G. Stiffoni”, Venezia, 2008, p. 311 (lb. I, cap. XX, § XIV). Il brano sembra echeggiare Montesquieu, *Lo spirito, op. cit.*, *ibid.*

6. A. Genovesi, *Della Diceosina*, *op. cit.*, *ivi*, p. 312 (§ XV).

7. G. Vico, *De nostri temporis studiorum ratione* – d’ora in avanti: *De ratione* –, a cura e con introduzione di F. Lomonaco, vol. VII, Diogene, Pomigliano d’Arco, 2014, pp. 82-84 e 88.

Roma repubblicana, dove una benefica *legum religio*, simile a un ignoto nume, teneva compatta la comunità, vigesse una disciplina civile rigorosa quanto quella militare. Il pretore era un mero custode del *ius civile*; contratti, scambi di denaro, *actiones* necessitavano di solenni formalità, alle quali si derogava – ma a condizione che sussistesse un interesse pubblico – mediante *fictiones* o espedienti quali il post-limino o le vendite fittizie simulatrici di emancipazioni e testamenti: *escamotage* che denotavano la propensione dei giureconsulti antichi, a differenza dei moderni, ad adattare non le leggi ai fatti, ma i fatti alle leggi⁸. Vico avrebbe più tardi precisato che il pretore “repubblicano” aveva contribuito allo sviluppo della giurisprudenza *benigna* o *ateniese*, alternativa a quella rigida o *spartana* incardinata nel *ius civile*: i suoi editti si erano guadagnati da Baldo degli Ubaldi la definizione di «*lingua con la quale parlò Dio*»⁹.

Durante il principato, proseguiva il *De ratione*, fu consentito al pretore di lenire con l'equità le leggi troppo severe (*asperiores*) e di supplire *per benignitatem* a quelle mancanti: non, dunque, di mutarle, bensì di renderle inefficaci – sotto l'apparenza d'un religioso ossequio – mediante finzioni quali la *bonorum possessio* e l'azione rescissoria. Il pretore divenne, così, sia custode del *ius civile* sia ministro di equità: nel senso che concedeva azioni dirette se supportate da leggi di inequivoco tenore letterale, azioni utili allorché le parole della legge fossero dubbie o mancanti¹⁰. Il *De uno*, peraltro tracciando una periodizzazione non del tutto sincronica con quella del *De ratione*, aggiungeva che questa nuova giurisprudenza, non più *rigida et rudis* come la spartana, né *sinuosa et benigna* come l'ateniese, bensì elegante, seria (*gravis*) e onesta, tendeva all'equità naturale, ossia al *verum* (anziché al *certum*), all'*aequum aeternum bonum*, alla parificazione delle «*inique utilità*»¹¹. La sottolineatura dell'equità naturale come *aequatio* di disequaglianze rimandava a una rigogliosa tradizione platonica, cui Vico era sicura-

mente sensibile, in materia di giustizia distributiva¹². D'altronde la *Sinopsi* (1720), testo introduttivo al *Diritto universale*, in polemica con gli «scettici» profeti dell'utilitarismo (Epicuro, Machiavelli, Hobbes, Spinoza, Bayle), precisava che nell'«idea dell'egualità» risiede «la cagione eterna del giusto»¹³.

A seguito dell'Editto perpetuo di Adriano, ipotizzava Vico con disappunto, il diritto stretto cedette il passo all'equità. Da *scientia iusti*, severa e indeclinabile come tutte le scienze, la giurisprudenza divenne *ars aequi*, cioè accomodante (*commoda*) e compiacente (*morigera*). Mentre, durante la Repubblica, i fatti meritevoli di valutazione equitativa restavano in-giusti finché non li fosse tratti *ad jus* tramite *fictiones*, sotto il principato il *jus* (scil. *strictum*) era in-giusto se non lo si fosse adattato ai fatti tramite *benigna interpretatio*. I giureconsulti, una volta difensori istituzionali delle parole della legge, ne tutelavano ora la *mens*. Il pretore, dapprima *viva juris civilis vox*, si erse ad *absolutissimus arbiter* dell'intero diritto privato, al pari – la chiosa era allusivamente polemica – d'un giudice odierno. Le leggi, un tempo redatte tenendo conto di ciò che accadeva *ut plurimum*, iniziarono a occuparsi *de minutissimis factis*; divennero sovrabbondanti e così *minutae* da assomigliare a privilegi¹⁴. Il bilancio di questa metamorfosi era, per Vico, in passivo: la rinuncia alla rigidità della legge aveva privato la collettività di un utile timore reverenziale; i privilegi erano stati, sì, aboliti, ma avevano lasciato il posto a *minutae leges* che, a differenza dei primi, erano estensibili *ad exemplum*¹⁵.

Il nocciolo politico del ragionamento era condensato in chiusura del capitolo XI del *De ratione*, laddove, tornando all'attualità, si ricordava che compito del giurista era di *ordinare* ogni sua attività verso l'*aequitas civilis* (sintagma equivalente all'italiana *giusta ragione di Stato*), e cioè al *commune bonum* invece che alla *privata utilitas*¹⁶. Una recente monografia ha letto in questo passaggio sull'equità civile un vero e

8. *Ivi*, vol. XI, pp. 140-146.

9. Rispettivamente: G. Vico, *De universi juris uno principio, et finem unum. Liber Unus (...)* (1720) – d'ora in avanti: *De uno* –, in *Id.*, *Diritto universale*, a cura di Marco Veneziani, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2019, pp. 168-169 (cap. CLXXXVII); *Id.*, *De constantia iurisprudientis, Pars posterior*, *ivi*, p. 389 (cap. XXXVI).

10. G. Vico, *De ratione, op. cit.*, vol. XI, pp. 152-154.

11. G. Vico, *De uno, op. cit.*, p. 169 (cap. CLXXXVII). Anche in questa sede si citava il regolo di Lesbo.

12. *Cfr.*, ad esempio, Platone, *Repubblica*, I, 349B-D, dove Socrate argomentava contro l'ingiustizia della *pleonexia*, ossia della pretesa di ottenere più di quanto spetti; *Id.*, *Gorgia*, III, 489a. Ma vds. anche Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1130a.

13. G. Vico, *Sinopsi del diritto universale* (1720), in *Id.*, *Diritto universale, op. cit.*, p. 4.

14. G. Vico, *De ratione, op. cit.*, vol. XI, pp. 156-160 e 164-166. Sulle imprecisioni vichiane relative all'Editto perpetuo vds. B.A. Naddeo, *Vico and Naples. The Urban Origins of Modern Social Theory*, Cornell University Press, Ithaca-Londra, 2011, p. 84.

15. G. Vico, *De ratione, op. cit.*, vol. XI, pp. 176 (rigore) e 182 (privilegi).

16. G. Vico, *ivi*, p. 188. Sull'equivalenza tra ragion di Stato ed equità civile *cfr.* anche *Id.*, *De uno, op. cit.*, p. 154 (cap. CLXXIX); *Id.*, *La*

proprio programma di politica “giurisprudenziale”, volto a rilanciare, a mo’ di argine contro le disinvolture dell’interpretazione *ex mente*, la priorità del bene pubblico quale missione del giurista¹⁷. D’altronde lo stesso Vico ribadiva che la giustizia e il diritto consistevano, rispettivamente, nella cura costante e nella salvaguardia della *communis utilitas*, e che i medesimi obiettivi avrebbero dovuto sovrintendere all’interpretazione di istituti tipicamente privatistici, a cominciare da quelli successori¹⁸.

Un commendevole esempio di consenso giudiziario vocato all’equità civile era individuato da Vico nel Sacro Regio Consiglio, tribunale di vertice del Regno di Napoli. Di quest’organo egli rimarcava l’abitudine a pronunciarsi senza imbarazzi, grazie alla formula *ex certis causis*, contro le *Romanae leges*, antepoendo, se del caso, l’*aequum civile* al *naturale*. L’inesorabile ricambio generazionale, avvertiva l’intellettuale partenopeo, rischiava di disperdere quella felice prassi: sicché egli suggeriva di istituzionalizzarla¹⁹. La proposta avallava la strategia del Sacro Regio Consiglio di porsi quale propulsore di regole ad ampio respiro e motore di trasformazione sociale e di prosperità economica. Il modello equitativo, nella variante moderata e sapienziale dell’equità *civile*, avrebbe permesso di metabolizzare per via giurisdizionale pratiche mercantili sovratatuali; di affrancarsi dai lacci del *ius Regni*; di allentare i condizionamenti cetuali e le disparità tra capitale e province; e, soprattutto, di candidare credibilmente i giuristi a guidare la cosa pubblica²⁰. Non a caso il *De ratione* faceva balenare dinanzi agli avvocati versati nella *doctrina civilis*, oltre che nella giurisprudenza, la *chance* di accedere alle cariche di governo²¹.

Non è inverosimile che l’auspicio, peraltro sfumato, d’un riconoscimento “ufficiale” ai repertori di *decisiones* dei supremi tribunali sortisse un effetto controproducente sulle ambizioni del proponente. La

richiesta di consolidazione della giurisprudenza, infatti, da un lato consacrava la potenza creatrice della magistratura, dall’altro ne comprimeva, in prospettiva, il raggio di discrezionalità²². Forse non fu questa la ragione che, nel 1723, costò all’appartato professore di retorica l’agognata cattedra primaria di Diritto civile della mattina²³: ma una tesi così ardita non lo aveva probabilmente aiutato a procacciarsi l’appoggio dei commissari togati.

3. Filangieri e il «misterioso ritrovato»

Per formazione, convinzioni storicistiche e teoretiche, aspirazioni (frustrate), Vico era ancora pienamente immerso nell’orizzonte del giureconsulto d’Antico regime. Il *Diritto universale* si chiudeva con l’orgogliosa constatazione che il diritto civile-romano era stato elaborato *non custodia, sed inventione* dai *prudentes*²⁴.

La raffinata immagine dell’equità vichiana si rovescia come in uno specchio nelle sulfuree *Riflessioni politiche su l’ultima Legge del Sovrano* (1774) di Gaetano Filangieri. In appoggio ai dispacci tanucciani che obbligavano i supremi magistrati del Regno di Napoli a motivare le sentenze sulla base delle «leggi espresse e letterali», lo studioso si faceva beffe delle vibranti proteste dei giudici, fondate sulla pretesa di «supplire coll’equità al giusto rigore delle leggi». A suo avviso l’equità, nelle mani dell’«ambizioso magistrato», era divenuta un «misterioso ritrovato, atto a nascondere le ingiustizie più manifeste», uno strumento *inconstante* di arbitrio, un «sacrilego attentato» alle leggi, un pretesto di «commoda flessibilità». Equità, interpretazione, arbitrio – arrivava ad affermare l’Autore – disegnavano una parabola verso il dispotismo: pertanto l’interpretazione doveva restare prerogativa del sovrano, contro ogni sconfinamento costituzionale²⁵.

Scienza nuova 1744, a cura di P. Cristofolini e M. Sanna, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2013 (rist. 2019), p. 32. Sul tema vds. R. Ruggiero, *Nova scientia tentatur. Introduzione al diritto universale di Giambattista Vico*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2010, pp. 40 e 218.

17. B.A. Naddeo, *Vico, op. cit.*, p. 84.

18. G. Vico, *De ratione, op. cit.*, vol. XI, pp. 190-192 (*communis utilitas*) e 200 (istituti privatistici).

19. *Ibid.*, p. 202.

20. Cfr. B.A. Naddeo, *Vico, op. cit.*, pp. 85-87.

21. G. Vico, *De ratione, op. cit.*, vol. XI, pp. 200-202; il brano è segnalato da B.A. Naddeo, *Vico, op. cit.*, p. 85.

22. B.A. Naddeo, *Vico, op. cit.*, pp. 160 e 168-169.

23. I. Ascione, *Seminarium doctrinarum. L’Università di Napoli nei documenti del ‘700. 1690-1734*, ESI, Napoli, 1997, pp. 116-130.

24. G. Vico, *De constantia iurisprudētis, Pars posterior, op. cit.*, p. 391 (cap. ultimum).

25. G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l’ultima Legge del Sovrano, Che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia (...)*, Stamperia di Michele Morelli, Napoli, 1774, rist. anast.: Bibliopolis, Napoli, 1982, pp. 19-20 (degrado dell’equità giudiziaria), 32 (dispotismo) e 42-43 (sconfinamento). Come notava S. Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Giappichelli, Torino, 1954, pp. 27-28,

Filangieri non sottovalutava, ma reputava un male minore, l'eventualità che il legislatore, non potendo più avvalersi del supporto interpretativo dei giudici, fosse costretto a emanare norme sempre più puntuali e dunque a inflazionarle. In effetti – egli ammetteva – in tutta Europa, «se un disordine si fa appena sentire in una Nazione, una nuova legge si emana. Essa non ha per oggetto, che quel nuovo caso particolare, che potrebbe essere facilmente compreso in una legge anteriore, alla quale non mancano, che due o tre parole per accennarlo. Ma il destino delle legislazioni è di correre sempre innanzi, senza mai rivolgersi indietro. Ecco la causa dell'immenso numero delle leggi, che opprimono i Tribunali d'Europa, e che rendono lo studio della Giurisprudenza simile a quello delle cifre de' Cinesi, i quali dopo uno studio di venti anni appena hanno imparato a leggerle». Per uscire dall'*impasse* il *pamphlet* proponeva la nomina d'un *censore*: questi avrebbe dovuto sia «supplire» alle lacune delle leggi, estendendole ai casi non previsti, sia indicare al legislatore quelle cui derogare perché «inutili, o perniciose», in modo da purgare i codici da ridondanze e antinomie²⁶.

La *Scienza della legislazione*, pubblicata dal 1780, avrebbe posizionato Filangieri su un versante del costituzionalismo meridionale più propenso a recuperare la mediazione del ceto giuridico in chiave anti-assolutistica, seppur nelle forme della collaborazione con i governi «illuminati»²⁷. La «bontà delle leggi» – recitava l'*Introduzione* – «unico sostegno della felicità nazionale» era «inseparabile dall'uniformità»: e quest'ultima non era più rinvenibile in una legislazione vecchia di «ventidue secoli». Bisognava dunque costruire una *scienza legislativa* dotata di «principii fissi e di regole», giammai «vaga ed

incerta». Le monarchie, delle quali Filangieri propugnava un assetto aristocratico, esigevano «leggi generali, precise, semplici e chiare» che lasciassero «ai magistrati l'adattare queste leggi ai casi particolari», senza tuttavia consentir loro di *arbitrarle*, interpretarle «a capriccio», svincolarsene «col pretesto dell'equità»²⁸. Una tesi, come si vede, appena meno categorica di quella brandita nelle *Riflessioni*.

Tra i compiti del legislatore virtuoso Filangieri annoverava quello di «ben ripartir[e]» le ricchezze. Sfoggiando l'empirismo proprio del più luminoso riformismo meridionale, egli suggeriva quanto meno di ovviare all'accumulo delle risorse e di garantire a ogni cittadino «un lavoro discreto di sette, o otto ore per giorno», in modo da approssimarsi non tanto all'«eguaglianza delle facoltà, che è una chimera», ma a quella «della felicità» tra «classi», «ordini» e «famiglie». Una più «equabile diffusione» delle risorse esigeva, a suo avviso, la rimozione degli «ostacoli» frapposti dalla legislazione vigente, tra i quali le sostituzioni e i maggiorascati, la manomorta ecclesiastica, l'afflusso del denaro verso le capitali a danno della restante «truppa d'infelici». La legge avrebbe potuto correggere siffatte distorsioni, ad esempio concedendo nelle compravendite immobiliari una prelazione al proprietario meno abbiente; oppure promovendo un moderato lusso²⁹.

Così Filangieri recuperava il sogno vichiano di *aequare iniquas utilitates*. Egli però, e non era un dissenso di dettaglio, sottraeva la gestione della giustizia distributiva all'*establishment* giudiziario, che a suo parere ne aveva fatto uso irresponsabile, e la affidava al giurista-intellettuale, cui spettava, al tramonto dell'Antico regime, portare la fiaccola della filosofia civile in soccorso dei governi³⁰.

la critica filangieriana all'equità non poteva logicamente coesistere con quella dell'illuminismo meno moderato allo *status quo* legislativo: eliminare l'accomodamento dell'*aequitas* comportava privarsi d'una trincea nella crociata contro l'irrazionalità delle norme vigenti.

26. G. Filangieri, *Riflessioni*, *op. cit.*, pp. 73-74 (male minore), 80-81 (tendenza europea a legiferare), 81-82 (censore).

27. R. Ajello, *I filosofi e la regina. Il governo delle Sicilie da Tanucci a Caracciolo (1776-1786)*, in *Rivista storica italiana*, vol. CIII, nn. 2-3/1991, pp. 685-686.

28. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione e gli opuscoli scelti (...)* (prima ed.: 1780), tomo I, Dai Torchj di Glauco Masi e Comp., Livorno, 1826 – *Introduzione*, p. 2 (uniformità); lb. I, cap. III, p. 52 (principi); cap. X, p. 101 (leggi per la monarchia).

29. G. Filangieri, *La Scienza*, *op. ult. cit.*, tomo II (1827) – lb. II, *Delle leggi politiche ed economiche*, capp. XXXIV-XXXV, pp. 125-127 (ripartizione, ore lavorative); cap. XXXVI, pp. 131 e 134 («ostacoli»; peraltro il frazionamento dei patrimoni era, per l'A., compatibile con la sopravvivenza dei feudi); cap. XXXVI, p. 135 (prelazione); cap. XXXVII, p. 137 (lusso).

30. G. Filangieri, *La Scienza*, *op. cit.*, tomo I – *Introduzione*, p. 5: per *estirpare* gli ostacoli alle riforme «la filosofia [era] venuta in soccorso de' governi». La frase ispirò il titolo a G. Galasso, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, Guida, Napoli, 1989.

Dal “diritto mite” alla legge? Anche no

di Giuseppe Vettori

Legge e giurisdizione hanno un compito primario: far coincidere la forma delle proclamazioni con l'attuazione dei diritti e dei doveri nel nostro ordine costituzionale. La legge deve garantire l'effettività delle regole e l'interprete ha un ruolo concorrente: deve individuare gli interessi giuridicamente rilevanti, in assenza di una norma; integrare la lettera del testo di una disposizione esistente, nei limiti della sua *ratio*; ricercare il rimedio più adeguato in un sistema di fonti ove coesistono regole e principi.

1. Ri-codificazione, principi e clausole generali / 2. Fattispecie, principi e clausole generali / 3. Legge e giudici nell'attuazione dei diritti fondamentali: il caso del suicidio assistito / 4. Dal “diritto mite” alla legge?

1. Ri-codificazione, principi e clausole generali

Il rapporto fra fattispecie, principi e clausole generali è oggi centrale nella dinamica giuridica e raccolgo con piacere l'invito alla riflessione su alcuni aspetti: il ruolo della clausola di buona fede nel processo di ri-codificazione; il problema della fattispecie e il ruolo dei principi; l'auspicio, che non condivido, di un generico ritorno alla legge. Vediamoli da vicino, iniziando dal primo.

La riforma francese, entrata in vigore nel 2018, ha modificato la disciplina del contratto nella fase di formazione, nelle forme di invalidità, con l'abolizione della causa e l'introduzione di nuovi e più estesi vizi del consenso e con nuove forme di protezione in ipotesi di dipendenza; ha precisato, entro certi limiti, la inefficacia/invalidità delle clausole predisposte da un solo contraente, oltre la tutela del solo consumatore; ha predisposto una coraggiosa norma volta a disciplinare le sopravvenienze, ampliando in modo significativo il ruolo del giudice che può, in mancanza dell'accordo delle parti, modificare il contenuto contrattuale. Dopo un ampio dibattito, nell'ultima fase

dei lavori non si è introdotta nel codice una invalidità per violazione dei diritti fondamentali.

Il progetto italiano segue molte di tali indicazioni con alcune carenze e un ampliamento. Non introduce una forma di nullità delle clausole predisposte a carico di chi non è consumatore, lasciando inalterata la disciplina degli articoli 1341 e 1342 cc. Norme che, anticipatorie nel 1942, sono oggi assolutamente ineffettive. Il progetto, invece, prevede una norma sulla nullità del contratto per violazione di diritti fondamentali.

Non credo che tutto ciò si possa descrivere come un ritorno alla legge né in Francia né in Italia. Credo invece che in entrambi i Paesi si sia preso in esame, con diversa profondità, il ruolo della legge e del giudice, oggi di fronte a una dinamica giuridica che esige per tutti i protagonisti un cambio di mentalità. Provo a spiegare il perché.

In Francia la buona fede si affianca ai nuovi istituti per ridefinire l'impianto ideale del *Code Napoléon*: il «*contractuelle dit juste*» è superato dalla finalità della riforma, espressa chiaramente nella Relazione, ove «*l'objectif de justice contractuelle*»¹ si realizza con una regolazione molto articolata e un aumento

1. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contract et engagement unilatéral*, tomo 1, Puf, Parigi, 2016 (4° ed.), pp. 41 ss. e G. Alpa, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/2015, pp. 177 ss.

dei poteri del giudice che ha suscitato la reazione critica di molti studiosi, stupiti per quello che è definito da alcuni un vero eccesso del legislatore – temperato, per le sopravvenienze, dalla possibilità di deroga delle parti che non intacca, però, la disciplina della buona fede, qualificata come normativa di ordine pubblico. Il Governo italiano si propone un programma analogo per una riforma di una disciplina che è rimasta, per molti profili, isolata in Europa. C'è solo da sperare che lo studio e la riflessione avviata si distendano nel modo più ampio e che il legislatore intervenga con una ri-codificazione opportuna di molte parti del nostro codice civile.

Certo è che il diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa, non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretativa, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le carte europee e sovranazionali². Giudici e legge, insomma, acquistano una funzione sotto certi profili concorrente nel dare attuazione a un sistema complesso, frutto di un progetto politico e una forma democratica che emerge dalle costituzioni del Novecento e dalla loro trasformazione³.

Certo, i tratti del presente sono chiari, ma dividono nettamente.

Da una parte, si sottolinea la crisi delle regole e l'avvento di un diritto scarsamente prevedibile⁴, che può

intaccare la razionalità giuridica e i fondamenti dello Stato liberale di diritto. Queste preoccupazioni trovano eco in una parte della cultura giuridica europea secondo cui la giustizia, la morale, l'efficienza non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all'interno di un dibattito democratico senza poter influire sulla disciplina positiva⁵.

Queste lucide analisi muovono da una premessa. Affermano la priorità della legge come solo e unico strumento per assicurare un controllo democratico e manifestano una fiducia assoluta nel principio di legalità espresso da un modello di Stato e da un sistema delle fonti che mostra oggi, come si è accennato, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa⁶. Non solo. L'affermarsi dei principi è criticato per il suo effetto distruttivo delle regole funzionali all'esistenza del capitalismo occidentale, ma tale considerazione non è univoca e convincente⁷.

La dimensione multilivello dei fatti che producono regole ha un preciso significato perché «l'articolazione nei livelli di produzione normativa non è governata dal principio gerarchico, e poi da un criterio "unidirezionale" di separazione e di competenza, ma dal concorso e dall'interazione reciproca»⁸. Il sistema è oggi una rete⁹ ove si è accresciuto il ruolo dei principi «quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione che appaiono capaci di assolvere (...) una pluralità di funzioni»: interpretativa delle norme

2. Sul punto, vds. gli scritti di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006; *Id.*, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2/2007, p.497; *Id.*, *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, ESI, Napoli, 2012, p. 157.

3. M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2014, p. 295.

4. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, pp. 36 ss.; *Id.*, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2014, pp. 987 ss.; *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2015, pp. 11 ss. La fattispecie «attrae a sé gli eventi futuri» e il giudizio basato su quello schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base «alla sensibilità emotiva del giudice» e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta «a coloro che realmente detengono il potere» e «alla volontà autoritativa del magistrato». Non solo. L'idea «metafisica di un diritto sovra-positivo» nasconde di tutto (valori, utopie, *ethos* morale) senza che il precedente possa creare una ragionevole certezza perché un *corpus* coerente di casi «dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere» la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso «presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sieché non c'è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri». Insomma, la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l'uso di clausole generali e valori determina un diritto che «perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell'occasionalità del puro decidere». Vds., ora, *Id.*, *Destino di Nomos*, in N. Irti e M. Cacciari, *Elogio del diritto*, La nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 113 ss.

5. M.W. Hesselink, *Democratic contract law*, in *European Review of Contract Law*, n. 2/2015, p. 83.

6. A. Zoppini, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea. Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le libertà fondamentali dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma TrE-Press, Roma, 2016, p. 12: «Lo Stato nazionale autocratico si è imposto al giurista domestico come produttore di senso, come strumento di precomprensione della dinamica delle norme di diritto privato quando è in realtà il prodotto d'un preciso frangente temporale e d'una recisa connotazione ideologica, (...) quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e le codificazioni del diritto civile all'avvio e al tramonto del secolo diciannovesimo»; ma, su questo, vds. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. pp. 14 e 67.

7. Vds., per alcune osservazioni critiche, F. Addis, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4/2016, p. 1048, e F. Denozza, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, n. 2/2016, p. 419.

8. A. Zoppini, *Il diritto privato*, op. cit., p. 10.

9. E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norme. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, n. 4/2015, pp. 685 ss., e G. Vettori, *Regole e principi*, in *Persona e mercato*, n. 2/2015, p. 51.

esistenti, suppletiva e integrativa di regole o tutele, correttiva di processi ermeneutici formalisti¹⁰. Tutto ciò in una fase storica ove il diritto giurisprudenziale ha un fondamento in un ordine giuridico ove coesistono una pluralità di fonti e un ruolo nomogenetico dei principi «correlati allo stesso sviluppo storico del capitalismo e non ad una sua negazione»¹¹.

Una riprova si ha sul ruolo dei codici negli ultimi decenni. Dopo la stagione delle codificazioni dell'Ottocento, la seconda metà del nuovo secolo ha posto in luce un fenomeno chiaro. La legge generale e astratta affidata a un testo che racchiude una volontà ordinatrice emanata da un potere nazionale, non è più in grado di affrontare i problemi assoluti che riguardano la convivenza civile.

Prima il costituzionalismo e poi il diritto europeo pongono in luce questo aspetto, ma anche sul ruolo dei codici, essenziali oggi come ieri, appare una consapevolezza nuova.

Dal 1948 al 1991 sono più di 50 le nuove codificazioni ed è iniziata da tempo la stagione delle ri-codificazioni che interessa gran parte dei Paesi europei. In tale contesto, osserva Rodolfo Sacco con la consueta lucidità: «Il codice è uno strumento tutt'ora valido. Non se ne fa a meno. Ma non gli si domanda di avere unità. Non ci si aspetta che non abbia lacune. Non gli si promette che avrà una posizione di ben visibile centralità. Non ci si cura di sapere per quanto tempo sarà immutabile»¹².

È in questo ordine che va considerato il tema del diritto privato e della sua democraticità. Nell'arco di un ventennio, in Italia si sono formulate una pluralità di visioni. Si nega in radice il problema della giustizia nel diritto dei privati se non espresso da un intervento specifico del legislatore¹³. Si tende a costruire un concetto di asimmetria di potere delle parti¹⁴ o a utilizzare ed estendere la disciplina del consumo potenziata dal ruolo della Corte di giustizia¹⁵. Si dà rilievo a interessi materiali trascurati dalle regole¹⁶. Si valorizza il piano mobile dei rimedi¹⁷, delle clausole generali, della causa e della stessa idea di giustizia¹⁸. Una sintesi brillante, preso atto dell'assenza di una riforma italiana del codice civile, evoca «uno spirito corale» capace di portare a sistema i frammenti delineati dal legislatore nazionale, senza assegnare al diritto privato il compito di assicurare una giustizia distributiva o sociale¹⁹.

D'altra parte, è certo il punto di svolta che si è avuto per il contratto nella riforma francese del *code civil*, ma si osserva lucidamente che quel testo non esaurisce i problemi del giusto equilibrio nei rapporti fra privati e si pone, anzi, la necessità di un nuovo impegno della scienza giuridica nel fissare nuovi obiettivi per il diritto privato europeo, che dovrebbe prestare attenzione ai processi di produzione e all'accesso ai beni e ai servizi essenziali per la persona, assieme alla qualità degli acquisti mediante il contratto²⁰. Non solo.

Si osserva esattamente che il consenso, il contratto e i diritti non riescono a garantire «libertà e sviluppo

10. A. Zoppini, *Il diritto privato*, op. cit., p. 39, e il richiamo ad A.S. Hartkamp, *The general Principles of EU Law and Private Law*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 256; E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, n. 3/2013, pp. 663 ss., e sui pericoli di un uso non corretto dei principi, E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le libertà fondamentali*, op. cit., pp. 445 ss.

11. F. Addis, *Sulla distinzione*, op. cit., p. 1056; F. Denozza, *In viaggio*, op. cit., p. 1.

12. R. Sacco, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in Aa.Vv., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile – Aggiornamento*, vol. IV, Utet giuridica (Wolters Kluwer), Milano, 2010, pp. 319-332.

13. M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006; S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3/2010, pp. 601 ss.; da ultimo, G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1/2019, pp. 1-49.

14. V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/2007, pp. 599 ss.; A.M. Benedetti, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 370 ss.

15. Vds., da ultimo, nell'amplissima produzione dell'Autore, S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia*, in M. Pennasilico (a cura di), *L'interpretazione tra legge e contratto*, ESI, Napoli, 2019, pp. 257-303.

16. A. Di Majo, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3/2013, pp. 797 ss.

17. P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3/2000, pp. 560 ss.; *Id.*, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, *ivi*, n. 2/2001, pp. 347 ss.

18. E. Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2006, pp. 411 ss.; *Id.*, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, *ivi*, n. 5/2016, p. 1262; V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 447 ss.

19. E. Navarretta, *Il contratto "democratico"*, op. cit., *ibid.*

20. M. Fabre-Magnan, *What is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, n. 4/2017, pp. 376-388.

della personalità di tutti e di ciascuno» se non sorretti da doveri e divieti generali per frenare il potere, pubblico e privato, di chi potrebbe eliminare di fatto quelle prerogative essenziali²¹.

Ciò impone due visioni su tutte. Da un lato, la necessità di porre in luce e valorizzare il nucleo essenziale dello Stato di diritto europeo fondato sulla legge, la giurisprudenza e le autorità amministrative e giurisdizionali indipendenti soggette a controllo giurisdizionale. Dall'altro, quella di evitare concettualizzazioni non appaganti per costruire nell'Unione un diritto privato fondato su un diritto comune e una teoria ermeneutica che superi le angustie di una interpretazione analitica del diritto e sappia fissare i criteri di un uso corretto dei principi. Si tratta di comprendere come attraverso una ricognizione del passato.

2. Fattispecie, principi e clausole generali

È noto che una parte consistente e autorevole della dottrina italiana, più attenta alla dogmatica positivista, considera le clausole generali e la buona fede in particolare come un veicolo per recepire il contenuto dei principi costituzionali, che avrebbero così un'efficacia indiretta nei rapporti privati. Ciò accade sicuramente, ma la visione è sicuramente riduttiva.

Anzitutto, il ruolo della buona fede e dei principi non si ha solo in assenza, o per una carenza, del legislatore.

Basta ricordare che, di recente, la Corte di cassazione utilizza la buona fede e il principio di effettività per delimitare i poteri e le facoltà del soggetto protetto da una nullità speciale e per paralizzare l'uso delle restituzioni in presenza di un'azione di impugnativa del contratto quadro di investimento.

La sentenza delle Sezioni unite n. 28314 del 2019 alza lo sguardo su tutte le nullità di protezione per esaminare finalità e limiti di una disciplina non del tutto omogenea, anche se espressione di un *genus* ispirato a interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'eguaglianza, almeno formale, dei contraenti (art. 3 Cost.)²². Ciò consente una prima operazione. L'art. 23

della legge del 1998 dispone la legittimazione esclusiva di una parte ad agire in giudizio, tratto unificante delle nullità di protezione, ma non prevede espressamente il rilievo d'ufficio. L'appartenenza a un unico *genus* consente un'interpretazione coerente ai comuni principi del diritto eurocomunitario che assicura, anche in tal caso, l'intervento officioso del giudice a vantaggio esclusivo del cliente-investitore.

La seconda argomentazione è più impegnativa e rilevante, perché attiene alla *ratio* e al fondamento delle nullità di protezione muovendo dall'ipotesi di un contratto di investimento. Si pone in luce la funzione del contratto quadro, che deve essere redatto per iscritto con obblighi specifici per l'intermediario. Ad esso seguono gli investimenti attraverso l'esecuzione degli ordini di acquisto. La forma scritta è imposta solo per il primo perché in esso si «cristallizzano gli obblighi dell'intermediario che il legislatore ha inteso rendere trasparenti» e tale obbligo (sez. unite, n. 898/2018) costituisce il primo strumento di superamento dello squilibrio contrattuale da calibrare. Si richiama così una decisione, a cui si vuol dare continuità, che reputa sufficiente la sola firma del cliente o investitore perché l'atto è destinato alla loro *protezione effettiva*, che non legittima un esercizio abusivo di tale preferenza.

Ciò consente di anticipare la linea di sviluppo dell'argomentazione.

Il principio di buona fede opera anche nella valutazione dell'esercizio di diritti in sede giurisdizionale, come strumento idoneo a ricomporre uno squilibrio asimmetrico e conoscitivo a danno dei soggetti svantaggiati. I quali hanno, a loro volta, un obbligo di lealtà espresso dal valore trasversale della clausola generale.

Da qui una prima conclusione. La questione della nullità selettiva di protezione deve essere affrontata sulla base del criterio ordinante della buona fede, al fine di esaminare se «in sede giurisdizionale la nullità possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto»²³. L'indagine ulteriore richiede di esaminare le varie opinioni espresse sul punto e, di fronte a due diversi orientamenti, la sentenza delinea una terza via.

La buona fede, appunto, come strumento più adeguato per affrontare l'uso distorsivo delle nullità al

21. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Puf, Parigi, 2018.

22. Si vedano, su tali sentenze, i commenti di S. Pagliantini, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 988; G. Petti, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite*, in *Contratti*, n. 3/2019, p. 288; D. Maffei, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corr. giur.*, n. 2/2019 pp. 178 ss.; G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Riv. dir. banc.*, 4 dicembre 2019, www.dirittobancario.it/editoriali/giuseppe-guizzi/le-sezioni-unite-e-le-nullita-selettive-nell-ambito-della-prestazione-di-servizi-di-investimento.

23. Vds. sul punto le notazioni critiche di R. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in questo fascicolo.

fine «di ricostruire l'equilibrio effettivo della posizione delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario con un abuso dello strumento di protezione». Resta da precisare come, e le opinioni sono ancora diverse.

Da un lato si sottolinea, di per sé, il carattere opportunistico della selezione e si esclude la sua legittimità, vanificando le finalità della legge. Dall'altro, si propone l'utilizzo dell'*exceptio doli* al fine di paralizzare un possibile effetto distorsivo (Cass., nn. 12388, 12389, 12390/2017) sulla base di una "intenzionalità di arrecare danno", tratta anche da alcune norme di settore (artt. 1993, comma 2, e 2384, comma 2).

La soluzione proposta dalle sezioni unite segue un diverso orientamento.

Il problema non può essere risolto sulla base dell'utilizzo di un criterio che richiami l'*animus* o l'intento del contraente. Si deve utilizzare la buona fede per accertare «la oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio» di una sola parte, con un'ulteriore precisazione. Non si può richiamare la figura dell'abuso di diritto, che vieta di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri delle parti sono stati attribuiti (Cass., nn. 15885/2013 e 10508/2018) e di perseguire un fine non coerente con la funzione della norma che ha attribuito il diritto di agire (n. 29792/2017). Occorre una valutazione in concreto del rapporto, per esaminare vantaggi e svantaggi che l'investitore ha conseguito dalla sua esecuzione.

Solo in tal modo è possibile "ristabilire una equivalenza" con una "verifica di effettività" che superi un riferimento alla condotta dolosa o predeterminata e sia capace, invece, di modulare correttamente "il riequilibrio effettivo" del contenuto negoziale tenendo conto degli investimenti eseguiti e ponendo «in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità con quelli che ne sono esclusi», al fine di «verificare se permanga un pregiudizio».

Se questa negatività permane, l'azione sarà stata esercitata correttamente. Se invece gli ordini hanno prodotto un risultato complessivamente positivo e superiore al danno vantato con la domanda selettiva, l'intermediario può reagire. E paralizzare, nei limiti delle allegazioni, «gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati» tramite «un'eccezione di buona fede». Insomma, se i rendimenti degli investimenti, non colpiti da nullità, superano il *petitum*, l'effetto impeditivo è integrale; se invece residua un danno per l'investitore, la riduzione opera nei limiti del vantaggio ingiustificato.

Le conclusioni sono ancora più esplicite:

a) il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano processuale e sostanziale a favore del solo soggetto protetto, in deroga agli artt. 1421 e 1422;

b) l'altra parte non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è legittimata ad agire in via riconvenzionale o autonoma ai sensi degli artt. 1422 e 2033 cc;

c) i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale (artt. 2, 3, 41 e 47 Cost.) alla base delle nullità di protezione «operano in funzione di un *riequilibrio effettivo endocontrattuale*» quando la nullità selettiva determini un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte, la quale può paralizzare gli effetti restitutori dell'azione;

d) tale reazione non è configurabile come eccezione in senso stretto perché non incide sui fatti costitutivi dell'azione di nullità (dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori), ma sulle modalità di esercizio dei poteri delle parti.

Dunque l'evoluzione del ruolo della buona fede è significativa sotto vari profili.

Se è vero che il risarcimento può compensare una perdita con un intervento chirurgico mirato, ciò non consente in assoluto un risultato efficiente nel binomio nullità-restituzioni, che resta rigido senza un correttivo.

Non solo. Si ha una riprova che la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità non è uno schema rigido, ma necessariamente flessibile nell'adattarsi al tempo e alla esigenze del controllo sull'atto di autonomia, e a una più efficiente attuazione delle regole di protezione. Ciò che è accaduto nel diritto del consumo per gli obblighi informativi può lambire la disciplina dei contratti finanziari, aprendo a una possibile eliminazione degli effetti di cessioni non adeguate al profilo sostanziale dell'investitore²⁴.

Insomma, nel declinare l'incidenza del principio di effettività le sentenze e le regole si rincorrono.

Non si tratta di un procedere caso per caso, senza un quadro di riferimento e di orientamento. Non si devono leggere le pronunzie della Cassazione come un procedere privo di prevedibilità e di certezza, per una ragione evidentissima. La buona fede è utilizzata come strumento di verifica di effettività e di riequilibrio, utilizzando proprio il suo contenuto di regola oggettiva che, oltre il rilievo della frode e del dolo, consente un'analisi del contenuto del contratto che serva a delimitare in concreto le restituzioni conseguenti a una nullità di protezione.

In tal modo si ottiene un risultato importante e innovativo.

La violazione della clausola non determina solo un risarcimento del danno e non comporta solo la

24. S. Pagliantini, *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Giappichelli, Torino, 2014, in particolare pp. 255 ss.

possibile inesigibilità di una clausola contrattuale che sia frutto di un comportamento di mala fede di uno dei due contraenti.

Essa può modellare i rimedi restitutori, aggirando l'automatica sequenza, prevista per la nullità dall' art. 1422 cc. L'eccezione di mala fede consente di paralizzare contegni abusivi anche del contraente protetto da una regola speciale e mostra le sue potenzialità come strumento adatto a intervenire per il riequilibrio di situazioni nuove che sfuggono a una rigidità normativa ed esigono un metodo diverso.

Una flessibilità cognitiva capace di saper affrontare situazioni difficili, non caso per caso né *contra legem*, ma cercando di comprendere, in base a un ordine dato, situazioni complesse per ricercare, appunto, il rimedio più adeguato in un'attività ermeneutica che si verifica sul caso e cresce in risultati positivi e rigorosi a tutela dell'equilibrio sostanziale e dell'interesse generale a realizzarlo, anche in casi di protezione del più debole dei contraenti.

3. Legge e giudici nell'attuazione dei diritti fondamentali: il caso del suicidio assistito

La Corte, con due provvedimenti, ha affrontato di recente la costituzionalità dell'art. 580 cp sull'aiuto al suicidio. Nell'ordinanza n. 2017 del 2018 non si accoglie la posizione radicale della Corte di assise di Milano e si svolge un diverso ragionamento. La norma penale protegge il soggetto contro azioni in suo danno, creando attorno a lui una regolazione che vieta la cooperazione a una scelta di interruzione della vita, fonte di possibili abusi. Sicché la legge penale non è in contrasto con la Costituzione, ma si fonda su un interesse a tutelare persone deboli esposte a interferenze indebite su una decisione gravissima.

Purtuttavia, osserva la Corte, al di là di questa normativa generale e astratta, occorre tener conto del caso specifico sottoposto ad esame: una persona capace, tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che trova intollerabili. In tali casi, si ricorda, la decisione di morire è già legittimata dalla legge (n. 219/2017) e da sentenze della giurisdizione di merito (i casi *Welby* ed *Englaro*) e della Corte costituzionale (in particolare, n. 438/2008) sul consenso informato. La legge non consente però al medico, se richiesto, di usare trattamenti diretti a determinare la morte. Così si costringe

il malato a subire un processo più lento rispetto alla sedazione palliativa, non corrispondente alla propria visione della dignità di morire e più carico di sofferenze rispetto a una morte rapida.

L'iter argomentativo è il seguente.

Il medico può incidere, in base alla legge, sulla fine della vita con contegni attivi come il distacco da macchinari o la interruzione dei trattamenti vitali, ma l'aiuto al suicidio ha una piena rilevanza penale e ciò urta contro i principi di ragionevolezza ed eguaglianza.

La norma non può essere eliminata del tutto, perché lascerebbe privo di disciplina un ambito di "altissima sensibilità etico-sociale".

Da qui la necessità di un delicato bilanciamento, sul quale il legislatore non è intervenuto. Di fronte a tale inerzia, la Corte sceglie una tecnica diversa dal passato: per evitare il protrarsi di un *vulnus* a diritti fondamentali alla persona, rinvia la pronuncia a un'udienza prefissata, in attesa di un intervento normativo. Trascorso il tempo stabilito, senza alcuna attività del Parlamento, trae dai principi costituzionali una regola con elementi rigorosamente individuati:

a) reputa necessario un controllo preventivo della effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta di aiuto al suicidio;

b) affida tale controllo a una procedura medicalizzata che accerti capacità, consenso informato e facoltà di revoca del malato;

c) fa salva l'obiezione di coscienza del medico e assume come priorità l'offerta al paziente di una cura palliativa;

d) impone di eseguire questa attività in strutture pubbliche, previo l'intervento del comitato etico competente.

Le reazioni della dottrina (e non solo) oscillano fra una critica forte all'invasione di campo della Corte e una più articolata comprensione di ciò che si è deciso e di come si è deciso.

Sono questi i temi più discussi: il ruolo "inventivo" della Corte, i pregi e i limiti del nuovo equilibrio sulla "dignità del morire", il ruolo della Servizio sanitario nazionale nella fase terminale della vita, il mutamento di mentalità e il metodo nell'attuazione dei diritti fondamentali. Solo qualche osservazione.

Si lamenta l'abbandono di un confine certo sulla divisione dei poteri e si critica la legittimità per la Corte di scrivere una disciplina tratta non direttamente (a rime obbligate) dalla Costituzione, ma da "coordinate di sistema"²⁵. Si critica lo sconfinamento della Corte e l'utilizzo di una nozione soggettiva di "dignità del morire", su cui la Carta non dice nulla e

25. A. Ruggieri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n.242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019, www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/802-prima-lettura-di-corte-cost-n-242-del-2019-di-antonio-ruggieri.

non consentirebbe, quindi, di fondare un diritto soggettivo ad essere aiutati a morire, diritto di competenza esclusiva del legislatore²⁶. Si esclude un dovere di intervento della struttura sanitaria.

Inizio il mio ragionamento proprio da quest'ultima posizione.

Alle persone che si trovano nelle condizioni individuate dalla Corte è riconosciuto un diritto all'assistenza medica nelle strutture del Ssn. Tale diritto è ricavato da principi costituzionali e non sarebbe effettivo se non fosse tutelato e azionabile dalla pubblica amministrazione, che trae poteri e doveri direttamente dalle norme costituzionali. Il medico non è obbligato, ma proprio la previsione di una sua obiezione di coscienza conferma il dovere della struttura. Perché si può «parlare di obbligo solo ove vi sia doverosità che si può rifiutare»²⁷.

Sul metodo seguito nell'attuazione dei diritti e doveri costituzionali, nel caso in esame, è opportuno ribadire quanto segue.

La sentenza (n. 242/2019) non è che l'esito di una dinamica giuridica fondata sulle acquisizioni maturate in un ordine costituzionale ove le regole vengono scritte da soggetti diversi: il legislatore, la giurisprudenza, le autorità indipendenti, la scienza giuridica.

Insomma, l'effettività dei diritti e dei doveri nel momento di fine della vita è stata assicurata, in determinati casi, dai principi costituzionali in assenza di un intervento del Parlamento. E ciò ha naturalmente luci e ombre.

I sanitari e i giudici dovranno interpretare e attuare la "regola" posta dalla Corte costituzionale e non mancano le incertezze. Basti pensare alla vaga nozione di "sostegno vitale" e non solo. Di fronte alla richiesta di por fine alla vita (e non di interrompere i trattamenti, già fissata dalla legge), il medico sarà troppo solo e dovrà spesso fronteggiare un'indagine delle procure. Il giudice si troverà stretto fra una legge incompleta e la pronuncia della Corte che isola un caso. La necessità di un nuovo intervento legislativo è evidente. Ma non può essere tollerato il vuoto e le corti continueranno il loro lavoro ermeneutico per garantire diritti e doveri fondamentali. C'è di più.

Libertà e dignità sono valori su cui le opinioni divergono, ma in una società plurale (e non solo pluralistica) non è ipotizzabile una libertà senza etica e un'etica senza libertà perché i valori morali, nella società di oggi, "si propongono e non si impongono". Ciò che occorre è la ricerca di soluzioni condivise dalla politica e dal diritto, e dunque dalla legge, dai giudici e dalla pubblica amministrazione. Alla ricerca di un modo di gestire la fase finale della vita con riguardo all'evoluzione della scienza, ma rifiutando l'equazione fra ciò che è possibile e ciò che è consentito. Occorre evitare scarti e parzialità, significati assoluti o soggettivi della dignità, del vivere e del morire, tramite compromessi ragionevoli e convincenti²⁸.

In questo processo nessuno può rivendicare una primazia.

Tutti, invece, sono alla ricerca di una verità parziale e della soluzione più giusta in un sistema complesso e plurale. Ricerca che deve, sempre più spesso, abbandonare visioni generali e astratte separando le belle idee dai fatti umili. Perché la verità si manifesta dal basso, fissando i fatti vivi, con una flessibilità cognitiva che non è assenza di certezza, ma attitudine a comprendere e affrontare situazioni difficili e complesse.

4. Dal "diritto mite" alla legge?

Non credo proprio che il giurista contemporaneo debba oggi porsi il problema di un ritorno alla priorità della legge.

Ciò che è accaduto a cavallo del secolo e del millennio sta manifestando adesso i suoi effetti più chiari. Il legislatore dedito a costruire fattispecie capaci di leggere il futuro e a disegnare formulazioni astratte ha perduto il suo scettro, e non lo recupererà per una serie di motivi evidenti.

Le clausole generali hanno un ruolo ampio e consolidato e, di recente, l'utilizzo innovativo della meritevolezza ne è una prova evidente. L'efficacia diretta di alcuni principi costituzionali ha prodotto risultati importanti sui diritti politici, sui diritti fondamentali dalla nascita alla morte, sui diritti patrimoniali e sui

26. L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Giur. it.*, n. 2/2019, pp. 193 ss.; più articolato e prudente il saggio di A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Giur. it.*, n. 2/2019, pp. 201 ss. Vds. anche A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2019, p. 805.

27. Così N. Vettori, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione su *Rivista di bioetica*; *Id.*, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 93-137.

28. Riferisco qui alcune osservazioni di Padre Ennio Brovedani, *Sulla Libertà di morire con dignità: il controverso dibattito contemporaneo*, relazione al convegno «Fine vita: tra diritto alla vita e diritto alla libertà», organizzato dalla Associazione "Human - diritti e libertà" a Firenze il 17 gennaio 2020.

diritti sociali. Tutti da rendere effettivi attraverso il concorso della legge, dei giudici e della pubblica amministrazione²⁹.

Il vero problema di oggi non è auspicare il ritorno della legge, ma *far coincidere la forma delle proclamazioni solenni dei diritti e dei doveri con la sostanza della loro effettiva tutela*.

Certo, nessuno può ragionevolmente sottovalutare il ruolo della legge nell'assicurare eguaglianza, certezza e prevedibilità³⁰, né si può pensare che la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono il pieno sviluppo della personalità sia possibile senza un ruolo forte del Parlamento.

Solo è fondato dubitare che esista una necessaria preminenza della politica sul diritto in un tempo di «sfaldamento nelle coscienze e nei comportamenti», di dominio «della finanza globalizzata», di «involuzioni culturali» ove riaffiorano disuguaglianze, discriminazioni e abominevoli forme di razzismo³¹. Se non altro, perché la politica ha un'autonomia spiccata e sue irrinunciabili prerogative: la ricerca del consenso su obiettivi fondamentali del vivere e del morire, la necessità di un compromesso alto, il cinismo della scelta, la necessità di un Principe – sia esso un *leader*, un partito o altro. Mentre il diritto si colloca fra politica ed etica, in una posizione di piena autonomia: si avvicina assai più alla ricerca della misura e della giustizia che accompagna da millenni il pensiero umano³².

Questa distinzione è necessaria ed evidente ancor più oggi, per una serie di motivi.

In un'epoca di attacco ai presupposti dello Stato costituzionale, di espansione del sovranismo e di forza illimitata della sovranità popolare manifestata oramai, in tutto il mondo, da una minoranza inferiore a un quarto della popolazione³³, è difficile esaltare il

ruolo della legge come unica fonte di giuridicità e svalutare i poteri di controllo a cui la Costituzione garantisce la piena indipendenza (art. 101 Cost.) e libertà (art. 33 Cost.).

In un ordinamento democratico debbono convivere organismi elettivi e organismi non elettivi basati sulla competenza³⁴. Quest'ultima dimensione esprime un bisogno sempre più sentito nelle società contemporanee, ove spesso è necessario correggere la scelta del popolo con quella dei competenti.

La storia recente insegna che non si può decidere tutto a colpi di *referendum*, perché la storia della democrazia è «piena di tentativi di invasione di campo da parte di governi illuminati o autoritari», ma «i corpi non rappresentativi costituiscono un limite inerente alla espansione della rappresentanza e della politica»³⁵. Accanto a un organo di schieramento come le Camere, ove si fronteggiano forze contrapposte, occorrono «collegi di ponderazione dove non ci si schiera ma si ragiona, si cerca di convincere e si è convinti. I due corpi hanno funzioni diverse e operano in modo diverso»³⁶, ma sono entrambi essenziali alla vita democratica.

Basti pensare alle questioni bioetiche, ma anche al dominio della finanza, che non è stato e non è affatto contrastato da una legislazione europea destinata a non mutare in tempi brevi, mentre solo l'attività delle corti e della scienza giuridica ha sperimentato in concreto le possibilità di ripensare³⁷ una regolazione priva di adeguate tutele riservate alla discrezionalità dei singoli Stati nazionali.

Non si può non ricordare, allora, che il diritto è una scienza che si occupa dell'uomo e dei suoi problemi di vita, alla ricerca di verità parziali e della soluzione più giusta in un sistema complesso e plurale.

29. Vds. G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 381 ss.

30. G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XLVII, 2018, pp. 550 ss.; E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

31. G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato*, *op. cit.*, pp. 550-553.

32. G. Benedetti, *La contemporaneità del civilista*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1276 ss.

33. S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017, p. 5, che ricorda il *referendum* costituzionale italiano del dicembre 2016, la vittoria elettorale di Trump, la votazione sulla Brexit e le rigide limitazioni al potere delle opposizioni volute da Erdogan nel 2014, rilevanti «per l'Europa e per l'equilibrio politica di questa parte del mondo». Vds. ora, dello stesso Autore, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 47 ss.

34. Vds. S. Cassese, *La democrazia*, *op. cit.*

35. S. Cassese, *op. ult. cit.*, p. 31.

36. *Ibid.*

37. U. Breccia, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, n. 1/2018, pp. 11 ss.; D. Imbruglia, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2017; da ultimo, la limpida analisi dei provvedimenti legislativi e giurisprudenziali contenuta nel saggio di F. Della Negra, *MIFID II and Private Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules*, Hart, Oxford-Londra-New York-Nuova Delhi-Sidney, 2019, pp. 5 ss. e 201 ss.

Da qui il ruolo dell'ermeneutica e dell'interprete impegnato, spesso, in valutazioni complesse e in decisioni difficili, che esigono risposte efficaci ed effettive: in caso di violazione della situazione protetta, si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Tale tutela dovrà essere misurata. Se la protezione non è adeguata, andrà ricondotta a uno *standard* costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa legittimata da una fonte costituzionale.

Non si tratta di ridurre il diritto al fatto, ma di attribuire valore al fatto in virtù di norme di sistema (artt. 2 e 24 Cost., 13 Cedu, 47 Carta di Nizza) che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere, in piena sintonia³⁸ con l'art. 101 della Costituzione, riletto precisando che ogni pronuncia del giudice non è persuasiva se non è «in regola con una trasposizione

corretta degli enunciati, collocati nella gerarchia costituzionale». Sicché l'interprete deve guardare, più che alla analogia, alla *formazione di "regole contestuali"* tratte non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi³⁹. Con due soli limiti inderogabili.

Non incorrere in un divieto (mai *contra legem*) e basarsi su tecniche di ricerca di regole misurate e adeguate agli interessi e ai conflitti, in base a una pretesa di effettività che: serve a *fissare l'area di rilevanza di interessi giuridicamente rilevanti, in assenza di una norma, contribuisce a integrare il testo di una disposizione esistente nei limiti della sua ratio, consente di individuare il rimedio più adeguato in un sistema di fonti ove coesistono regole e principi*⁴⁰, con un ruolo e un ambito diverso a seconda dell'ordine giuridico da rendere effettivo.

38. Vds. il dialogo tra G. Baralis e P. Spada, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2013, pp. 1 ss. Un libro sull'ipoteca ha dato spunto a un raffinato dialogo sul modo di adeguare l'immobilismo di alcuni istituti essenziali per la dinamica giuridica, ma disciplinati in modo oramai inadeguato, sì da generare incertezze e malumori presenti ogni volta che il discorso giuridico «appare in qualche modo inappagante e reclama una rifondazione critica». Le opinioni dei due autorevoli Autori si differenziano, pur indicando la stessa strada da seguire. L'uno teorizza una dogmatica che non si fondi sulla logica deduttiva, superi le strettoie dell'analogia, si affidi a principi che consentano di reinterpretare norme e istituti, con un obiettivo diverso dal passato. Non la conformità a una regola data o l'ossequio alla verità logica, ma la ricerca di una soluzione ispirata dalla ragionevolezza persuasiva, dal verisimile adeguatamente motivato e convincente, con grande attenzione alle conseguenze dell'esito ermeneutico. L'altro propone di abbandonare lo stesso riferimento alla dogmatica, legata troppo al giuspositivismo scientifico, per assumere un diretto riferimento alla giurisprudenza e all'attività applicativa, la quale deve scrutinare norme e principi e ricercare la risposta del caso attraverso l'uso corretto dell'argomentazione, della logica e della persuasione.

39. P. Spada, *Atto secondo (appunti sparsi)*, in G. Baralis e P. Spada, *Dialogando, op. ult. cit.*, pp. 44 ss.

40. P. Perlingieri, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, n. 1/2011, pp. 1-23.

Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze

di *Francesco Macario*

Il disegno di legge delega di riforma del codice civile consente di ripensare il rapporto tra fattispecie legale e clausola generale. La disciplina delle sopravvenienze e dei rimedi all'eccessiva onerosità, che il legislatore dell'ipotizzata riforma vorrebbe (o dovrebbe, se l'iniziativa dovesse procedere) riscrivere in modo significativamente innovativo, offre diversi spunti per considerazioni anche di carattere generale.

1. La recentissima «delega al Governo per la revisione del codice civile» (ddl Senato 1151), nonché per la sua “integrazione” (alla stregua della rubrica dell’art. 1), dispone (alla lett. i), che il legislatore dell’ipotizzata riforma introduca e disciplini: «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». Nell’intento del legislatore sarebbe, pertanto, opportuno intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 cc, quali norme “generali” (applicabili a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale), incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

Non v’è dubbio che il tema e la disciplina delle sopravvenienze – al pari, del resto, di altre problematiche attinenti alla parte generale del contratto, rispetto alla quale non a caso sono intervenuti, modi-

ficando anche significativamente il codice civile, tanto il legislatore tedesco quanto, più di recente, quello francese – suscitino interrogativi di indole metodologica, destinati a porsi prima ancora (e, in un certo senso, in funzione) delle questioni (e opzioni) di tipo più segnatamente tecnico-applicativo.

Alcuni di questi interrogativi richiamano, in modo piuttosto diretto invero, il problema che il titolo del contributo di Enrico Scoditti¹ enuncia, del “ripensamento” della fattispecie e, dunque, del rapporto attuale tra la fattispecie legislativamente tipizzata e le clausole generali, affidate nella loro concreta operatività alla funzione giurisdizionale (rimanendo in secondo piano, nella vicenda in esame, la problematica dell’eguaglianza, se non altro in termini di accesso ai beni e ai servizi offerti sul mercato). Per altro verso, lo stesso testo normativo appena riportato richiama esplicitamente la clausola generale per eccellenza del diritto dei contratti, ossia la buona fede, nel disegnare quella che potrebbe diventare la nuova fattispecie cardine della disciplina (generale) delle sopravvenienze, relativa al diritto delle parti di richiedere la

1. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

rinegoziazione e/o l'adeguamento (per via giudiziale) delle condizioni contrattuali eccessivamente onerose, prima di percorrere la via (oggi prioritaria, ma che potrebbe diventare residuale) dello scioglimento mediante risoluzione.

2. Se i termini del confronto sono, pertanto, la (costruzione legislativa della) fattispecie e le (applicazioni giurisprudenziali delle) clausole generali, una prima notazione (se si preferisce, una prima questione) attiene alla relazione tra parte generale e parte speciale del diritto dei contratti², muovendo dall'assunto secondo il quale le vicende e i problemi dell'esecuzione del contratto trovano, peraltro in modo del tutto ragionevole, nella seconda la loro prevalente e specifica disciplina, non sfuggendo a tale "collocazione" anche i problemi delle sopravvenienze³.

In tal senso, da un lato appare storicamente coerente e comunque comprensibile il silenzio del legislatore dei codici della tradizione civilistica ottocentesca – è sufficiente considerare le già menzionate esperienze del *code civil* e del BGB, cui si aggiunge naturalmente il codice civile italiano del 1865 – sui problemi delle sopravvenienze in termini di disciplina generale del contratto. Dall'altro lato, si giustifica la resistenza dell'ordinamento e, in primo luogo, della dottrina rispettosa della tradizione dogmatica – anche in questo caso, può essere sufficiente considerare la civilistica francese, emblematicamente ostile ad attribuire rilevanza all'*imprévision*, così come quella tedesca, sino a quando la teoria della "presupposizione" di Windscheid, originale ed eterodossa elaborazione della "condizione implicita" o inespressa, maturata tuttavia pur sempre sullo schema pandettistico della dichiarazione di volontà, non incominciò a evolversi con l'idea del venir meno del fondamento negoziale (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), da trattare giudizialmente mediante l'uso della clausola generale di cui al § 242 BGB – a conside-

rare giuridicamente rilevante, sempre nella rappresentazione delle regole del "contratto in generale", la modificazione delle circostanze al fine della "tenuta" del vincolo contrattuale (declinata, evidentemente, in vario modo: nel nostro codice, dal punto di vista della risoluzione del contratto).

3. L'opzione del legislatore italiano del 1942 si presentava, pertanto, piuttosto anomala (se non altro, rispetto alla tradizione), con la definizione di una nuova (si direbbe, davvero originale) fattispecie legislativa, grazie alla quale l'ordinamento attribuiva rilevanza giuridica alla sproporzione nel valore delle prestazioni contrattuali verificatesi nel corso dell'esecuzione del contratto, al fine di consentire alla parte onerata di liberarsi dal vincolo mediante la risoluzione.

Va da sé che, ruotando la risoluzione del contratto intorno alla "sproporzione" (per di più, sopravvenuta), il legislatore non poteva che procedere con estrema cautela, nel definire la nuova fattispecie normativa, s'è detto all'apparenza eterodossa rispetto alla tradizione, ma al contempo si trovava in qualche modo costretto a fare ricorso a concetti elastici, che per un verso delimitano l'ambito di applicazione della disciplina, per altro verso conferiscono al giudice la necessaria discrezionalità per valutare, caso per caso, la presenza dei presupposti per la risoluzione del contratto ovvero per l'equa modificazione delle sue condizioni, nel caso – rivelatosi poco frequente, se non altro nella prassi applicativa della norma – in cui il contraente non onerato avesse ritenuto conveniente evitare (il giudizio per) la risoluzione, offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

4. La disciplina delle sopravvenienze introdotta dal legislatore nel codice civile, con il coraggio di un'innovazione, s'è detto, senza dubbio originale, mediante la costruzione dell'inedita fattispecie (e della

2. In argomento, non si può prescindere dalle riflessioni compiute, ancorché oltre un ventennio addietro, da G. De Nova, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice civile* (atti del convegno, Milano, 4-6 giugno 1992), vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 218 (vds. già, *Id.*, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 333, e in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, atti del congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, Cedam, 1991, p. 321) e P. Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ivi*, p. 445.

3. L'elementare e quasi ovvia constatazione può aiutare, peraltro, a comprendere la duplice circostanza del sostanziale disinteresse degli studiosi – se non altro, ove si consideri la lunga tradizione dogmatica maturata nella civilistica degli ultimi due secoli, cui non è affatto estranea, evidentemente, la costruzione della *Voraussetzung* di Bernhard Windscheid – per il tema delle sopravvenienze, dal punto di vista (della teoria generale) del contratto, quale fattispecie giuridica di cui l'ordinamento deve farsi carico, in primo luogo per disciplinarne validità ed efficacia, così come della – è la seconda constatazione, perfettamente comprensibile, in quanto conseguente, si direbbe, a tale indifferenza dottrinale – assenza di disposizioni normative nella disciplina del contratto "in generale" all'interno delle codificazioni che maggiormente hanno segnato la storia del diritto civile ottocentesco in Europa (alludendosi a quella napoleonica e a quella tedesca). In tal senso, l'opzione del legislatore italiano del 1942, che nel "nuovo codice" aggiungeva una terza (ed eterodossa, rispetto alla detta tradizione civilistica) forma di risoluzione del contratto "per eccessiva onerosità", non può non suscitare oggi, in sede di riforma della parte generale del contratto, problemi diversi rispetto a quelli affrontati dai giuristi e dai legislatori di altri ordinamenti (a cominciare dai nostri "vicini di casa" francesi e tedeschi), in sede di riforma del codice civile, con riferimento alla "modernizzazione" della disciplina dei contratti.

stessa figura giuridica, invero) generale della “eccessiva onerosità” sopravvenuta quale ulteriore causa di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive – in termini “generalì”, va ricordato –, che andava ad aggiungersi alle classiche e più che collaudate ipotesi di inadempimento e di impossibilità sopravvenuta, avrebbe potuto suggerire una duplice considerazione, sul piano sistematico e metodologico.

In primo luogo, l’innovazione era espressiva del rilievo che, nello schema generale codificato del contratto, avrebbe dovuto avere anche il rapporto genericamente definibile “di durata”, ossia il cui svolgimento si protrae nel tempo (si che tra la conclusione del contratto e il compimento del programma ovvero del risultato avuto di mira dai contraenti intercorra un periodo più o meno lungo, durante il quale gli eventi sopravvenuti potrebbero incidere sull’equilibrio economico tra le prestazioni originariamente pattuite)⁴. In tal senso, il codice si confermerebbe innovativo del “sistema”, ma soprattutto consapevole della rilevanza da attribuire alla realtà economica dell’impresa anche nella disciplina generale del contratto, ossia al di là e prima ancora che nelle norme dei “singoli contratti”, espressivi in modo più diretto di tale realtà economica.

Nel considerare la vicenda giuridica delle sopravvenienze, particolarmente espressiva risulta la disciplina dell’appalto, quale tipico contratto dell’impresa, che tuttavia lascia trasparire una discrasia tra la disciplina del contratto “in generale” e la realtà normativa della contrattazione commerciale ovvero d’impresa⁵, la cui riconducibilità al sistema non può prescindere dal riferimento ad altri (si direbbe, non pochi) indici legislativi, dai quali è dato desumere l’esistenza di un principio di adeguamento del contratto, in considerazione dello svolgersi del rapporto nel tempo, che trova espressione in regole specifiche, alcune delle quali appena ricordate, caratterizzanti i numerosi tipi contrattuali disciplinati dal codice⁶.

In secondo luogo, la nuova disposizione rappresentava un esempio emblematico di norma “genera-

le”, caratterizzata da una fattispecie ben definita sul piano legislativo – va ribadito, anche molto ben delimitata, in ragione delle comprensibili cautele con le quali si introduceva nel codice un’anomala causa di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive –, ma al tempo stesso rimessa, nell’applicazione concreta della norma, alle valutazioni specifiche del giudice, ossia circostanziate con riferimento al caso in esame, sulla base dei concetti elastici cui si faceva appena riferimento: a cominciare dalla stessa «eccessività» dell’onerosità sopravvenuta, per continuare con la «eccezionalità e straordinarietà» degli eventi, finendo con la «normalità dell’alea» del contratto (in concreto considerato, evidentemente), costituente lo sbarramento giuridico più significativo alla risoluzione.

Con le espressioni appena indicate, il legislatore non ricorre, evidentemente, a clausole generali (da “concretizzare”, come si usa dire, nell’applicazione in sede giurisdizionale), ma non si può negare l’ampia discrezionalità del giudizio, così come accade, del resto, nel caso (s’è detto, non particolarmente frequente, ma significativamente previsto dal legislatore) dell’offerta, comunemente detta di *reductio ad aequitatem*, da parte del contraente non onerato contro il quale è chiesta la risoluzione, il quale offra di modificare equamente le condizioni per evitare la risoluzione del contratto.

Si può ritenere che l’equità, richiamata espressamente nel terzo comma dell’art. 1467 cc, aleggi in tutta la disciplina, dal momento che la presenza degli elementi della fattispecie risolutoria, soprattutto in relazione al superamento dell’alea normale, costituiscono l’indice di una sostanziale iniquità – parificata dal legislatore, quanto agli effetti, all’inadempimento e all’impossibilità sopravvenuta – dello scambio, rispetto ai termini nei quali lo stesso era stato originariamente pattuito.

5. L’innovazione legislativa del 1942, cui può ascrivere anche il merito di aver ricevuto – si tratta

4. Il discorso, già sviluppato da chi scrive nel lavoro monografico *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, sintetizzato anche nella successiva voce *Revisione e rinegoziazione del contratto* dell’*Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, tomo 2°, Milano, 2008, p. 1026, è stato ripreso, in vario modo, negli studi successivi di numerosi autori (tra i più recenti, vds. E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Padova, 2018).

5. È noto che la dottrina italiana più autorevole ha avvertito l’espressione contratti d’impresa come una «categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione»: così G. Oppo, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, vol. 41, 1995, I, p. 629, dove si scorge, fra l’altro, il nesso con i contributi resi in epoca ben più risalente dall’Autore nello studio di rapporti contrattuali caratterizzati da uno strettissimo collegamento con l’organizzazione dell’attività economica imprenditoriale: G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 146 e 277, nonché *ivi*, 1944, I, p. 17. Dopo l’unificazione dei codici, il tema veniva rielaborato da A. Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1962 (terza ed.), pp. 94 ss.

6. Ci si permette di rinviare ancora, per l’articolazione del ragionamento, al richiamato contributo monografico *Adeguamento e rinegoziazione*, *op. cit.*, spec. pp. 71-168; la riflessione è successivamente ripresa, condividendone l’impostazione di fondo, da V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1041 ss.; sempre nella trattatistica sul contratto, per analoghe considerazioni, in relazione alla questione della “revisione” del contratto, *cfr.* R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. X, tomo 2°, Utet, Torino, 2004, pp. 722 ss.

dell'opinione di giuristi impegnati nello studio delle possibili proposte di riforma del diritto dei contratti in altri ordinamenti, come avvenne in Germania negli anni ottanta – giudizi lusinghieri come esempio di equilibrata disciplina legislativa delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, ma soprattutto il confronto della normativa vigente con la proposta di riforma, di cui al disegno di legge delega, costituiscono un ottimo banco di prova per comprendere il modo in cui può atteggiarsi, in un tempo quale il nostro caratterizzato da numerose variabili innovative, il rapporto tra la fattispecie (legislativamente tipizzata) e le clausole generali (da applicare e dunque “concretizzare” in sede giurisprudenziale).

Una verifica da condurre, va da sé, alla luce dell'evoluzione della cultura giuridica civilistica avvenuta *medio tempore*, tanto in relazione all'istituto e alla specifica vicenda in questione, attinente alle tecniche di gestione del rischio contrattuale (nei contratti di durata), quanto rispetto ai temi più ampi e apicali, come quello al centro della riflessione collettiva originata dal saggio di Enrico Scoditti.

È evidente, al punto da costituire considerazione banale e scontata, che il legislatore della riforma, se mai porrà mano concretamente alla riforma del codice civile – peraltro, particolarmente opportuna nella materia in esame, come si è avuto modo di considerare in termini più analitici in altra sede⁷ – non potrà ignorare il mutato ed evoluto rapporto tra il giudice e la clausola generale, che consente di inserire nella disposizione normativa, sempre più di frequente, il riferimento alla buona fede, reiterando nella descrizione della fattispecie un richiamo che già, nel nostro codice, compare molte volte nelle disposizioni generali e, si direbbe, generalissime (come emblematicamente dimostrano gli artt. 1175 e 1375 cc).

Da un diverso punto di vista, senza dubbio connesso e in qualche modo complementare alla precedente constatazione, un percorso dottrinale che può farsi risalire alla fine degli anni sessanta, con un signi-

ficativo approfondimento di Mario Bessone sul rapporto tra adempimento e rischio contrattuale, all'insegna della valorizzazione del principio di correttezza e buona fede (sulla scia, evidentemente, degli studi di Stefano Rodotà intesi a valorizzare la pregnanza del precetto comportamentale), si è sviluppato per esaminare i diversi risvolti della rinegoziazione, degli obblighi dei contraenti e della funzione del giudice in relazione all'adeguamento del contratto alle mutate circostanze.

In tal senso, l'idea di fondo si può cogliere nel riconoscimento – va ricordato e sottolineato che occorre superare, evidentemente, preconcetti e remore di principio, incomprensibilmente ancora presenti in una parte della cultura civilistica, sulla funzione giurisdizionale in ambito di autonomia contrattuale –, per un verso alla giurisprudenza delle corti, per altro verso (recuperando la valenza del referente normativo in senso formale) all'effettività della clausola generale di buona fede, del compito di determinare, di volta in volta, la “correzione” del regolamento contrattuale una volta che lo stesso dovesse risultare inidoneo a rappresentare gli interessi originari delle parti, in conseguenza di fatti estranei a queste ultime e al rischio contrattuale ragionevolmente assumibile⁸.

6. Le tappe del lungo e articolato *iter* dottrinale, che non è possibile e comunque non rileva ripercorrere in questa sede⁹, potrebbero valere a confermare l'attuale utilità della dialettica tra giuristi e legislatori, che non è certo una novità dei nostri giorni, ma che si presenta oggi con una veste nuova, se così può dirsi, per diverse ragioni, la più evidente (e significativa) delle quali è data dal ruolo decisivo assunto dalla giurisprudenza delle corti nel ridisegnare costantemente il sistema del diritto privato, la cui intrinseca “mobilità” e incomprimibilità in categorie e modelli previamente dati sono ai nostri tempi evidentissimi¹⁰.

Un ruolo, quello della giurisprudenza, che appare oramai difficile da confinare in un'unica dimensione

7. Ci si permette di rinviare al contributo *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, I, in corso di pubblicazione, ove, dopo una necessaria breve premessa storico-comparativa, è stato esaminato il rapporto tra il modello dominante nella tradizione civilistica del contratto come fattispecie (atto costitutivo o traslativo di diritti) e l'esigenza di valorizzare l'esecuzione (nel tempo) del rapporto, nel confronto tra la disciplina “generale” e le norme sui “singoli contratti”, per poi considerare le tecniche e gli strumenti per l'adeguamento e la rinegoziazione, in funzione conservativa del rapporto in corso di esecuzione, anche alla luce di recenti esperienze di codificazione delle norme in tema di adeguamento e rinegoziazione del contratto “in generale”, dalle quali possono trarsi utili spunti per la riforma del codice civile.

8. La linea di pensiero sviluppatasi, in vario modo ma sempre nella direzione appena indicata, ha potuto avvalersi dell'analisi dottrinale originata da importanti contributi risalenti agli anni sessanta, fra i quali emblematicamente si segnalavano i lavori di Stefano Rodotà sull'effettività dei richiami normativi alla correttezza e alla buona fede, anche nella prospettiva delle “fonti di integrazione del contratto”, ed è appena il caso di ricordare che sulla stessa scia si collocava il più importante contributo in argomento, che si deve a M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.

9. Per una sintetica rappresentazione della vicenda, si può rinviare al contributo dello scrivente *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia civile*, n. 3/2014, p. 825.

10. La riflessione è ampiamente sviluppata da N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

– tradizionalmente, quella meramente applicativa della disposizione espressiva della fattispecie tipizzata dal legislatore –, in quanto il ricorso a clausole generali, *standard* valutativi delle condotte e dei rapporti, principi generali di matrice costituzionale, indici normativi e regolamentari di varia provenienza (anche da altri ordinamenti o sistemi giuridici, nonché da atti e documenti di matrice sovranazionale), ritenuti utili a costruire l'argomentazione più plausibile per realizzare un risultato di giustizia sostanziale, è sempre più frequente, evidenziando tale nuovo approccio delle corti al "problema" come l'evoluzione del "sistema" vada svolgendosi con modalità del tutto diverse da quanto accadeva nel passato (anche recente, ossia soltanto di qualche decennio addietro).

Il notevole contributo fornito dalla giurisprudenza, in modo particolare quella di legittimità, nell'ultimo ventennio o poco più, al superamento di dogmi e vetusti pregiudizi, che per lungo tempo hanno condizionato l'evoluzione del diritto privato e, in modo particolare, la disciplina dei contratti e dei rapporti patrimoniali – non di rado ai danni, altresì, dell'affermazione dell'eguaglianza sostanziale, essendo del resto considerata quest'ultima valore estraneo al diritto dei contratti, sempre in conseguenza di risalenti e consolidati preconcetti –, consente oggi di guardare con fiducia alla riformulazione di norme di carattere generale, in quanto tali autenticamente espressive della struttura e dei contenuti di un codice civile, mediante le quali il legislatore si sforza di coniugare la costruzione della fattispecie affidata al legislatore con l'uso di clausole e principi generali, la cui applicazione, nella concretezza delle circostanze, non può che essere a carico del giudice (in questo senso maggiormente responsabilizzato, rispetto al passato, nel formulare un percorso argomentativo convincente e, in ogni caso, più articolato di quello tradizionalmente affidato alla logica interpretativa e applicativa di tipo sillogistico).

7. Nella vicenda giuridica delle sopravvenienze e, si direbbe, della ricerca della più adeguata disciplina legislativa in sede di riforma del codice civile, alcune recenti esperienze sembrano confermare, per

un verso, le considerazioni sommariamente svolte, evidenziando l'esigenza avvertita un po' ovunque di dotare il codice civile di disposizioni autenticamente innovative anche nella materia in esame, dove la fattispecie – sufficientemente emblematica è proprio la previsione dell'obbligo di rinegoziare – è disegnata (se si preferisce, delimitata) con cura dal legislatore; per altro verso, la compatibilità tra la definizione della fattispecie e il ricorso a clausole generali (o *standard* di condotta), se non addirittura la necessità, si sarebbe tentati di dire, di una compresenza delle due componenti, spesso indicate sommariamente ed erroneamente in termini antitetici, così da consentire un'applicazione della norma realmente indirizzata al conseguimento di un risultato di giustizia sostanziale.

Il primo esempio viene dalla riforma del *code civil* francese, relativamente alla disciplina del contratto in generale, ove il legislatore è stato indotto – anche nel contesto d'oltralpe, non a caso, da un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale all'incirca ventennale – a codificare l'obbligo di rinegoziare in presenza di determinati presupposti, con il risultato che l'ordinamento francese appare oggi, quasi paradossalmente (considerando l'avversione nettissima della tradizione dottrinale e giurisprudenziale civilistica nei confronti dell'*imprévision* in materia contrattuale, di cui si diceva in apertura), il più moderno o, se si preferisce, il più coraggioso nel coniugare la costruzione della fattispecie generativa dell'obbligo con la valutazione di buona fede della condotta dei contraenti¹¹.

La seconda esperienza significativa per la comparazione, sostanzialmente contemporanea alla riforma francese, è quella del rifacimento – si noti, integrale e non limitato al diritto dei contratti, con la scelta politica, non priva di significato nella prospettiva innovatrice, di fondere codice civile e di commercio in un'unica codificazione, secondo il modello italiano del 1942 – del codice argentino, nel quale compare una norma non meno originale di quella francese appena ricordata, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare ai contratti di "lunga durata", sancendo l'obbligo a carico della parte che intenda risolvere il contratto di offrire alla controparte la «opportunità ragionevole di rinegoziare in buona fede,

11. La disposizione nuova (e innovativa) è stata inserita nella "sezione" dedicata a «*Les effets du contrat entre les parties*», sotto-sezione intitolata a «*Force obligatoire*» – dopo le disposizioni, dalla lunghissima tradizione civilistica, di cui agli artt. 1193 («*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*») e 1194 («*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi*») – all'art. 1195: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*» (comma 1); «*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*» (comma 2).

senza incorrere nell'esercizio abusivo dei diritti»¹².

La norma disciplina, in termini generali e attraverso il requisito essenziale dell'oggetto, l'esecuzione dei contratti di lunga durata, fissando il «dovere di collaborazione» delle parti, nel rispetto della «reciprocità delle obbligazioni contrattuali». È sin troppo evidente che l'individuazione della nuova fattispecie, intesa ad attribuire rilevanza all'interesse delle parti alla realizzazione di un risultato perseguibile concretamente soltanto attraverso il rispetto delle regole di condotta, non avrebbe potuto aver luogo senza attribuire la dovuta rilevanza normativa a queste ultime regole, espresse da clausole generali o principi ordinanti. In altro luogo del codice, viene poi collocata la disciplina dello scioglimento del vincolo contrattuale in ragione della «*frustración de la finalidad*»¹³ e della «*imprevisión*»¹⁴.

8. I legislatori delle riforme codicistiche appena ricordate sembrano avere, in entrambi i casi, piena consapevolezza del ruolo decisivo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l'adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti, ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha certamente inciso anche sulla cultura giuridica argentina e sudamericana più in generale), se non altro in materia di autonomia contrattuale.

Allo stesso modo, si può notare come sia strettamente connesso alla funzione giurisdizionale, in qualche modo arricchita di compiti inusuali rispetto al passato, con lo scopo di garantire maggiore effettività alla tutela della parte interessata alla conservazione del vincolo contrattuale, il rilievo (nella riforma

francese come in quella argentina, a riprova del fatto che si tratta di un esito oramai definitivamente acquisito nel nostro come in altri ordinamenti) delle clausole generali, *in primis* la buona fede e la correttezza, senza dimenticare la rilevanza dell'equità. Pur non potendosi discorrere di clausola generale in senso proprio, anche con riferimento a quest'ultima si pone un problema di valutazione (non di una condotta in senso stretto, bensì di un esito economico) affidata a una decisione giudiziale ad alto grado di discrezionalità, che esige un'attenta motivazione, ancora una volta lontana dalla rassicurante logica sillogistica.

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di “intervenire” nella dinamica esecutiva del contratto per consentirne la prosecuzione grazie alla modificazione delle sue condizioni (non più attuabili secondo le previsioni originarie delle parti) non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali, generiche nonché obsolete affermazioni che fanno capo alla cd. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d'interessi concordato tra le parti, invero sempre meno espressive della più sensibile dottrina civilistica, in questo senso in sintonia con la migliore giurisprudenza delle corti, sin dalla sua sede apicale della Cassazione¹⁵.

9. Poche battute conclusive, riprendendo qualche spunto dal ricco contributo introduttivo di Enrico Scoditti, per constatare innanzitutto che, tramontata oramai da tempo l'idea (avanzata in dottrina negli anni sessanta) di una legislazione di diritto privato affidata, essenzialmente, a principi e clausole generali, la costruzione della fattispecie legislativamente tipizzata, intesa a definire con la maggiore precisione possibile i confini applicativi della norma, rimane

12. La rubrica è «*Contratos de larga duración*», all'interno (più precisamente, in chiusura) del *Capítulo 5*, in tema di «*Objeto*» (del contratto, in generale). La nuova disposizione recita: «*En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*».

13. Si tratta dell'art. 1090: «*La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial*».

14. La norma è nell'art. 1091: «*Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia*».

15. In argomento, tra i contributi più recenti, cfr. C. Granelli, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, n. 6/2017, p. 625 (disponibile online in *Jus civile*, n. 3/2018, pp. 396 ss., www.juscivile.it/contributi/2018/29_Granelli.pdf).

sempre auspicabile e, in ogni caso, imprescindibile in sede di riforma del codice civile, anche indipendentemente dal particolare problema, che pone nel suo scritto Scoditti, delle formulazioni normative più appropriate alla tutela del soggetto privato (nei due distinti contesti: all'interno, ossia *nel* mercato, ovvero *dal* mercato).

Abbiamo tuttavia da tempo compreso che, anche in materia di autonomia privata e disciplina dei contratti, il legislatore ricorre sempre più spesso a principi, *standard* valutativi e clausole generali, facendo sì che la disposizione legislativa abbia quella elasticità e ampiezza applicativa tale da consentire la realizzazione di un risultato improntato alla giustizia sostanziale; un esito indubbiamente auspicabile, ove si considerino i rapporti contrattuali esposti al rischio dello squilibrio, tanto originario quanto sopravvenuto (come avviene nel caso, qui esaminato, delle sopravvenienze, mentre per un esempio di norma paradigmaticamente espressiva della tutela offerta dal legislatore nell'ambito di una relazione contrattuale ove lo squilibrio sia per così dire strutturale, dunque presente *ex ante* tra i soggetti contraenti, potrebbe ricordarsi il caso dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 l. n. 198/98).

Non sembra, pertanto, avere molto senso ipotizzare oggi una – e dunque ragionare in termini di – alternativa tra la fattispecie e le clausole generali ovvero i principi, in primo luogo quelli enunciati o desumibili dalle norme costituzionali, considerando l'esito applicativo delle norme civilistiche, che vede la giurisprudenza più sensibile impegnata nel tentativo di conferire a clausole generali e principi una sempre maggiore effettività in sede giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di comprendere quale sia – o possa/debba essere, in una corretta prospettiva metodologica, in linea con l'evoluzione della cultura giuridica del nostro tempo – il modo migliore per valorizzare la coesistenza e la complementarità tra l'opera di individuazione e definizione della fattispecie che compete al legislatore (il quale, in tal modo, procede opportunamente alla tipizzazione del conflitto d'interessi e delle sue possibili soluzioni) e, dall'altro lato, l'impiego giurisprudenziale di clausole generali e principi, che possono essere richiamati nella disposizione legislativa, ma non devono esserlo necessariamente ai fini della loro applicazione nella concretezza delle circostanze e dello specifico conflitto d'interessi.

Nella dimensione, inedita ma anche autenticamente espressiva del nostro tempo, di un diritto civile inesorabilmente – e, si potrebbe aggiungere, fortunatamente, in considerazione della complessità dei rapporti sociali in cui il diritto civile si trova a dover operare – oscillante «tra legge e giudizio»¹⁶, è evidente che al giudice s'imponga una continua ricerca dell'equilibrio, nella specificità del caso concreto, tra il necessario rispetto dei confini posti dal legislatore con la definizione della fattispecie e l'effettività di clausole generali e/o principi, che consentano, le prime così come i secondi, di ottenere un esito applicativo della norma in primo luogo coerente con il dettato legislativo, ma al contempo ispirato alla giustizia sostanziale della soluzione nello specifico conflitto.

È parimenti evidente che anche il timore del venir meno della prevedibilità e “calcolabilità” del diritto applicato, quasi che aleggi, dietro il ruolo nuovo che va assumendo la giurisprudenza – nel contributo di Guido Alpa indicato come «attivismo giudiziario»¹⁷ –, il fantasma del «soggettivismo giudiziale» – con espressione ripresa, invece, dal contributo introduttivo di Scoditti –, non ha senso e, soprattutto, non sembra offrire valide alternative sul piano metodologico il richiamo al possibile attentato alla “certezza del diritto” – nel ricordato contributo di Alpa ricordato come «mito lento a morire» – che si vorrebbe ricollegare alla disponibilità della giurisprudenza a ragionare (e decidere) utilizzando clausole generali e/o principi costituzionali nel senso su esposto, specialmente quando – sempre riprendendo dalle corrette considerazioni di Scoditti – manchi la disciplina affidata alla fattispecie legale e, di conseguenza, si dischiuda un più ampio spazio per la “concretizzazione” della clausola generale.

L'esempio dal quale la riflessione ha preso spunto dimostra in modo sufficientemente emblematico come la costruzione della fattispecie possa (e debba, a ben vedere, nel caso esaminato) convivere con il richiamo e comunque l'utilizzazione della clausola generale (che il legislatore ha ritenuto di richiamare, ancorché la sua funzione, in sede applicativa della disposizione, sarebbe stata evidente e, dunque, di fatto inevitabile). In assenza della previsione esplicita, con la fattispecie dell'obbligo di rinegoziare ora ipotizzata dal legislatore della riforma, la dottrina, s'è detto, aveva tentato di costruire tale obbligo muovendo dalla precettività della correttezza e buona fede in ambito di esecuzione (così come di interpretazione)

16. Tutti i risvolti della attualissima problematica sono esaminati magistralmente da N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

17. Vds. G. Alpa, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in questo fascicolo.

del contratto. Tale volenteroso tentativo si era scon-
trato, tuttavia, con l'opinione di quanti – in nome
dell'ipotizzata chiarezza della fattispecie, da non in-
quinare con la vischiosità e fumosità delle valutazioni
discrezionali, alla stregua della buona fede delle con-
dotte ovvero in termini di equità degli esiti economici
– negavano che la buona fede oggettiva potesse esse-
re fonte di un obbligo ritenuto troppo specifico, quale
quello di rinegoziare. Una posizione intesa a irrigidire
oltremodo il dettato normativo in tema di sopravve-
nienze e risoluzione per eccessiva onerosità (in parti-
colare, il terzo comma dell'art. 1467 cc), che invece
non appare in alcun modo preclusivo di tale esito,
potendosi al contrario ritenere che nell'orizzonte di
senso della norma la condotta cooperativa dei contra-
enti rientrasse a pieno titolo, con la conseguenza che
l'obbligo oggi esplicitato (nel disegno di legge delega)
avrebbe potuto avere cittadinanza più che legittima-
mente anche in via interpretativa.

La nuova norma in esame, così come del resto
altre disposizioni presenti nel disegno di riforma, va
dunque nella giusta direzione della complementa-
rità, fisiologica e proficua, tra fattispecie e clausole
generali¹⁸, dovendosi pertanto ritenere che il nostro
tempo non sia (soltanto) espressivo di queste ultime,
ma semmai, come opportunamente segnala Enrico
Scoditti nel titolo, del “ripensamento” del concetto
di fattispecie, dovendo fare tutti – dal legislatore
all'interprete, in qualunque sede, dottrinale o giuri-
sdizionale – tesoro dei risultati raggiunti dalla giuri-
sprudenza e, soprattutto, del percorso culturale che
permette oggi di considerare in termini nuovi il rap-
porto fattispecie-clausole generali, cui possono ag-
giungersi i principi, s'è detto, esprimendo anch'essi,
come una sorta di comune denominatore, l'esigenza
di una valutazione giudiziale dotata di una partico-
lare, pur sempre razionalmente controllata, discre-
zionalità.

18. In questo senso sembrano muoversi anche i contributi di L. Nivarra, *Fattispecie e clausola generale: alternativa o binomio?*, e F. Di Marzio, *Eguaglianza e contrattazione*, entrambi nel presente fascicolo.

Gnoseologia della fattispecie

di Mauro Orlandi

La clausola generale è lo spazio residuale rispetto ai significati intrinseci degli enunciati espressi mediante le disposizioni normative; essa occuperà tutto lo spazio lasciato aperto dalla semantica delle fattispecie enunciate dalle fonti linguistiche applicabili.

1. Premessa / 2. Necessità (gnoseo-) logica della forma / 3. Posizione ermeneutica e posizione semantica della fattispecie / 4. Primato della espressione sulla concludenza. Primato della norma sulla clausola generale

1. Premessa

Che significa stabilire se Tizio deve fare X? La domanda subito si traduce ed eleva nell'altra: come l'uomo conosce giuridicamente il mondo?

La letteratura di questo scorcio storico ci presenta due “modelli” (come si è soliti dire): il modello della fattispecie, ormai dannato alla fatidica crisi; il modello della clausola generale, più duttile e giusto.

La fattispecie ci appare un arnese del passato, inchiodata al proprio rigido formalismo e insuscettibile di prevedere la cangiante e mutevole realtà delle cose; la clausola generale è in gran spolvero, capace com'è di adattarsi e di conseguire la giustizia del caso concreto, lasciando parlare i fatti e non le leggi.

Per stabilire se Tizio deve fare X si vorrebbe non applicare una fattispecie, ma declinare una clausola generale. Tizio dovrà fare X, non già in conformità alla norma A, bensì perché X è un comportamento di buona fede¹. E cosa significa che X è un comportamento di buona fede? Significa che – in base alle circostanze concrete – appare più giusto il comportamento X.

2. Necessità (gnoseo-) logica della forma

Non è questa la sede per risalire all'*archè*. E tuttavia, senza la consapevolezza del problema, i discorsi si riducono ad appelli simpatetici e retorici. Cominciamo con il riflettere che lo sguardo sul mondo è sempre un concepire, ossia un porre in concetto fatti e cose. Il mondo non ci si offre immediatamente; esso sempre reclama la *mediazione* del pensiero. Si può dire in una sintesi breviloquente che il mondo è una rappresentazione razionale. Un far presente in concetto; un concepire ciò che prima dell'idea è un nulla, opaco e assente.

Quando ci si divide tra formalisti e antiformalisti semplicemente si ignora la dinamica gnoseologica elementare, che riposa sulla *teoria del fatto* e risolve ogni fatto in un giudizio sul fatto.

L'antitesi “formalismo/antiformalismo”, in cui può ridursi l'altra “fattispecie/clausola generale”, appare ingenua. Il ricorrere alla vitalità del fatto, e lasciare che sia esso a offrire immediatamente la “norma del caso concreto”, è – sul piano gnoseologico – un errore blu. Il fatto, ogni fatto, ogni cosa,

1. Appena da considerare come, sul piano logico, positivo e negativo siano equivalenti: dovere di fare X; ovvero dovere di non fare X. Come pure equivalente è la declinazione dal lato del potere: potere e non potere Y.

ha «*la opaca impenetrabilità della materia*»².

Consideriamo l'istituzionale binomio "fattispecie astratta/fattispecie concreta": esso è meno banale e ovvio di quanto possa (a uno sguardo superficiale) apparire. "Fattispecie astratta" – si insegna – è uno schema rappresentativo di una classe di fatti, futuri ed eventuali; "fattispecie concreta" è l'accaduto, qui e ora, con il proprio carico di singolarità e irripetibilità storiche.

È da ragionare, tuttavia, come il nesso tra fattispecie astratta e fattispecie concreta non sia un rapporto tra ordine dei concetti e ordine dei fatti naturali. La fattispecie concreta è, a propria volta, già fatto pensato, e non semplicemente esistente in sé e per sé. L'esistenza è già un predicato logico del fatto; essa postula la categoria del giudizio, con cui il pensiero classifica il fatto entro un paradigma spaziale e temporale³.

Il fatto esistente, si direbbe sotto questa luce, è già un universale, ossia è già dal pensiero sottratto alla propria indicibile e brutale datità. Il dato, cui si riferisce ogni giudizio di esistenza e così pure il giudizio giuridico, appartiene a una realtà in sé chiusa e inattingibile. Ciascun dato è inserito nel proprio ordine e sottoposto a proprie leggi di formazione. La natura e la storia non si protendono per propria immanente e intrinseca energia verso la ragione – e, segnatamente, verso la ragione giuridica.

Costatare un fatto è già concepirlo, ossia elevarlo a uno schema mentale. *Quaestio facti* e *quaestio iuris* si unificano nella genesi astratta e predittiva del pensiero, la quale reca in sé il carattere ideale di un noema⁴; il concetto razionale del tempo e dello spazio⁵.

Il cd. "giudizio di conformità" tra fatto e fattispecie non indica assunzione o penetrazione del fatto empirico nell'ordine del diritto. Il fatto rimane, e non

può non rimanere, nel proprio ordine naturale. Nel proprio ordine, nell'intrinseca natura, il fatto non è mai giuridico; più radicalmente, non è.

Si dimostra l'importanza del giudizio, che congiunge il fatto con un predicato. Individuare il fatto come esistente è appunto giudicare il fatto, ossia collocarlo entro uno schema conoscitivo; che solleva il fatto all'ordine del pensiero: un illuminare l'evento, in sé oscuro e irrelato, alla luce di una categoria universale⁶. «Dire che "il fatto A è x" equivale a dire che il fatto A è scelto secondo il criterio x. Sul piano logico, scelta e predicazione coincidono, poiché scegliere un fatto è, al tempo stesso, pensarlo e giudicarlo»⁷. Sebbene sia nozione discussa, anche il predicato di esistenza è l'esito di un giudizio, che coglie il fatto e lo ordina nelle categorie logiche dello spazio e del tempo⁸.

Fatto giuridico non è dunque fatto naturale o storico, che entra nell'ordine normativo con la propria intatta e naturale esistenza. Il fatto giuridico è già reso pensabile entro uno schema conoscitivo. Prima della propria schematizzazione e concettualizzazione, il fatto concreto appare estraneo al piano della giuridicità; e della stessa pensabilità.

Così, "giuridico" è un fatto pensato secondo la corrispondente fattispecie. Il nesso che intercede tra fattispecie astratta e fattispecie concreta ha indole meramente logica. Giovandosi della descrizione normativa, il pensiero riduce il fatto a "caso particolare", e lo schema del fatto esistente (fattispecie concreta) si rivela adeguato, ossia conforme, allo schema del fatto eventuale (fattispecie astratta).

Cade così l'antitesi tra astratto e concreto. Ogni fatto storico è già pensato e dunque già astratto. Perdendo la propria concretezza e individualità, ossia i connotati che rendono il fatto singolare, irripetibile, irrelato e irriducibile a qualsiasi astrazione, il fatto

2. Secondo la suggestiva formula di N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 93.

3. «Che qualcosa accada», scrive C. Diano (*Il pensiero greco da Anassimandro agli stoici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, p. 37), «non basta a farne un evento: perché sia un evento è necessario che codesto accadere io lo senta come un accadere per me (...). *Id quod cuique evenit*. L'accadere, messo in rapporto con me e tratto nel mio ambito, è costituito in evento, localizzato nell'*hic* e temporalizzato nel *nunc*».

4. Prezioso lo studio di N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, n. 1-2/1967, pp. 55 ss.; anche in *Noviss., dig. it.*, vol. XV, Utet, Torino, 1968, pp. 1094 ss., e in *Id.*, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 57 (da cui la citazione); G. Calogero, voce *Sussunzione*, in *Enciclopedia italiana*, Treccani, Roma, vol. XXIII, 1936, p. 23.

5. «(...) qualsiasi realtà è sempre una realtà per qualcuno, una realtà dal punto di vista di chi la guarda, una realtà in una prospettiva»: N. Abbagnano, voce *Fatto*, in *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1961, pp. 371-72. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, p. 394: «la stessa qualifica del materiale siccome fonte di cognizione storica (cioè l'euristica) presuppone un orientamento della ricerca e avviene in funzione di una determinata impostazione della questione storica».

6. «Ogni cosa è un sillogismo» si direbbe con lo Hegel dell'*Enciclopedia*. Per questi svolgimenti da consultare F. Berto, *Che cos'è la dialettica hegeliana? Un'interpretazione analitica del metodo*, Il Poligrafo, Padova, 2005, pp. 188 ss.

7. N. Irti, *Rilevanza*, *op. cit.*, p. 45.

8. «Se si vuol parlare in genere della realtà», nota H. Vaihinger (*Die philosophie des Als Ob*, Felix Meiner, Amburgo, 1922; tr. it.: *La filosofia del "come se". Sistema delle finzioni scientifiche, etico pratiche e religiose del genere umano*, Ubaldini, Roma, 1967, p. 82), «la si deve indicare con una categoria, altrimenti non solo è impensabile, ma è addirittura anche inesprimibile».

esistente si semplifica a “caso” del fatto possibile, previsto dalla norma; e il nesso che congiunge l’uno all’altro è nesso, logico e astratto, di particolare a generale.

La “norma del caso concreto” non attinge alla mera concretezza; essa si svela una fattispecie. Essa sempre postula la riduzione del fatto a caso della fattispecie. La norma del caso concreto è necessariamente preceduta dalla *posizione* del *logos*, che illumina il fatto, lo astrae a caso, lo rende pensabile e riproducibile come sostanza razionale.

La forma è *logos* trascendentale⁹, idea che oltrepassa nel pensiero il fatto storico e transeunte. Essa è l’universale, capace di astrazione e durata; suscettibile di costituire oltre l’ineffabile e monadico *hic et nunc* una *ratio* unitiva, e perciò riconoscibile.

La fattispecie è la forma giuridica del fatto ed è logicamente inevitabile¹⁰.

Il problema diventa, allora, di studiare e teorizzare la *tecnica di posizione* della fattispecie.

3. Posizione ermeneutica e posizione semantica della fattispecie

Lo sguardo sul mondo è un ordinare in concetto i fenomeni che ci si pongono innanzi. Il mondo appare ai nostri occhi come un cosmo *significante*, e non come *caos*.

Il significare implica una *relazione tra due termini*: il termine *significante*, ossia il dato materialmente percepibile all’osservazione; il termine *significato*, ossia il concetto associato al primo.

Qui interessa notare come l’intelligenza delle cose, senso che l’uomo è capace di attribuire a fatti o a fenomeni della realtà materiale, si vale di due criteri fondamentali. Da un lato il nesso causale, con cui spieghiamo il divenire; d’altro lato, il linguaggio.

Un vetro rotto; una frana; una ferita. Ognuno di questi fatti appare alla nostra mente non già come chiuso e isolato in se stesso, bensì come dipendente da un altro fatto, in una relazione condizionale: la rottura del vetro si spiega – ossia assume un senso razionale – con il sasso, lanciato da Tizio; la frana, con la pioggia torrenziale; la ferita, con la caduta sulle scale; e così per ogni accadimento.

Ragioniamo su come la causalità si riveli una rappresentazione del divenire; e su come essa implichi nuovamente il porre in concetto la mera e materiale percezione e, così, l’erigere l’idea astratta della relazione. Tra realtà materiale e pensiero parrebbe scavato un abisso¹¹, giacché nessun fatto e nessuna cosa del mondo empirico sono pensabili senza *rappresentazione*, ossia senza la *posizione in concetto*. Torna il nostro corollario: tutto il mondo è una rappresentazione concettuale¹².

Se il significare istituisce relazioni di corrispondenza tra termini, allora anche l’ermeneutica dei fatti è una *significazione*, ossia la costruzione concettuale di relazioni tra termini che si tengono insieme.

Qui il giurista colloca il concetto di *concludenza*. «*Il contegno* – insegna Emilio Betti – *si qualifica concludente in quanto impone una conclusione, una illazione logica fondata (...) sullo spirito di coerenza cui, secondo le comuni vedute, deve informarsi ogni comportamento tra consociati*»¹³.

Lo spirito di coerenza svolge la forza trascendentale della ragione e interpreta il mondo traendone un ordine razionale, ossia una relazione di logica dipendenza tra fatto e fatto.

Sotto questa luce, la rappresentazione dei fatti, quale ricostruzione razionale e concettuale di ciò che accade o che ci appare, si dimostra in primo luogo un esito ermeneutico, ossia una costruzione ideale tratta per *concludenza razionale*.

9. Indispensabile N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 11-12: «La forma, chiudendo i fatti nel giro logico di uno schema, li rende visibili, intelleggibili, riconoscibili. E perciò li unifica, nel senso di isolarli dalle individuali particolarità e di stringerli insieme in una figura tipica, che ritorna nello spazio e nel tempo. Si è definita la regola come “forma di un processo che si impone all’evento”, sicché gli eventi accadono molteplici e inattesi, e la forma sta lì, fissa e immota, quasi ad attenderli e riceverli. Gli eventi non consumano la forma, così come i singoli atti dei giocatori non consumano le regole costitutive del giuoco».

10. Le fattispecie, di cui ci serviamo per attribuire significato giuridico agli eventi naturali o storici, si lasciano paragonare agli *schemi trascendentali* della filosofia kantiana, ossia a concetti che contengono «l’unità sintetica pura del molteplice in generale» (I. Kant, *Critica della ragion pura, Analitica trascendentale*, libro II, cap. 1). La fattispecie è, appunto, unità sintetica, descrizione volta al futuro in cui si colloca la molteplicità degli eventi. Mercé l’impiego di uno schema normativo, si compie il *giudizio*, e si distingue – ancora in lessico kantiano – «se qualche cosa sia o no sotto una regola data (*casus datae legis*)». Vds. N. Irti, *Riconoscersi nella parola, op. cit.*, p. 19, nota 12.

11. «Opposizione insuperabile», scrive il Cacciari, (M. Cacciari, *Filosofia e tragedia. Sulle tracce di Carlo Diano*, introduzione a C. Diano, *Il pensiero greco, op. cit.*, pp. 23-24), quella tra forma ed evento, soggiungendo che, se tale paradossale relazione «si presentasse in una forma logicamente definibile, entrambi i suoi membri si ridurrebbero ad essa e vi sarebbe Forma soltanto». E forse è proprio così: l’esito teoretico conduce (gentilianamente?) alla verità unitiva del pensiero.

12. «La logica», osserva il Cacciari (*Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Feltrinelli, Milano, 1976, p. 64), «non scopre la logicità del mondo, ma definisce gli strumenti e i modi del nostro impossessarsi del mondo».

13. E. Betti, *Teoria generale dell’interpretazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, p. 138.

Diremo “ermeneutica” la rappresentazione dei fatti che *prescinde dal linguaggio*, nella forma linguistica dei concetti. Si può dunque ordinare la dinamica della significazione in due fasi: la fase ermeneutica, volta alla rappresentazione causale (in senso lato) del divenire. La fase semantica, volta alla costruzione di codici di significazione, ossia di un ordine formale di corrispondenza tra segno e concetto.

Da un lato l’ermeneutica, pre- ed a-linguistica; d’altro lato il linguaggio, quale forma codificata. La *ratio* ermeneutica si vale della concluzione; la *ratio* semantica della codificazione.

Introduciamo ora la nozione di “segno”.

Il segno in sé, come empirica alterazione del reale, è impenetrabile. Esso è in grado di suscitare nel percipiente una idea secondo una duplice modalità.

In primo luogo, con l’applicazione di un codice linguistico che consenta di de-codificare i segni percepiti e di isolarne il significato artificialmente prestabilito. Ad esempio: se percepisco (nel senso materiale: odo il suono o vedo lo scritto) la parola “bicchiere”, la mia mente si volge al concetto di una cosa, denotata da determinate forma e funzione. La parola è qui un dato (appunto, un segno) percepibile, al quale è convenzionalmente associato il concetto.

In secondo luogo, attraverso l’applicazione di un criterio di esperienza, sicché la posizione contingente del fatto, l’essere esso avvenuto in determinate circostanze di tempo e di spazio, lasci inferire *ex post* un qualche senso (Irti)¹⁴. Ad esempio: vedo Tizio che lascia una moneta e prende un giornale. Il fatto è ricostruito come scambio, giacché traggo dall’accadere in determinate circostanze di tempo e di luogo un concetto di senso.

Emerge la nozione di *codice linguistico*: essa designa una convenzione sul significato dei (sull’idea associata ai) segni¹⁵.

Il codice è una legge di corrispondenza o dipendenza, pensabile secondo lo schema logico del “Se>Allora” (“If>Then”). La comunità linguistica dei dialoganti istituisce la legge del segno e, così, codifica la *disciplina formale del segnare*¹⁶.

Sul piano giuridico, queste categorie giustificano l’istituzionale dicotomia dichiarazione espressa/fatto concludente.

La dichiarazione si vale di *simboli*, che *esprimono* significati secondo un codice linguistico. Diremo qui che *il significato preesiste al simbolo*.

Il fatto concludente si vale di *segni*¹⁷, che *lasciano inferire* per illazione un senso dalle circostanze, secondo una concluzione ermeneutica e non attraverso un codice linguistico. Diremo qui che *il significato non preesiste al segno*.

4. Primato della espressione sulla concluzione. Primato della norma sulla clausola generale

Esprimere implica la forza stipulativa e funzionale (nel senso proprio di corrispondenza necessaria tra due termini) del codice espressivo, ossia la legge formale del significare.

Per il giurista non tanto è vero che i significati debbano estrarsi esclusivamente per via simbolica (codificazione-decodificazione); quanto, piuttosto, che sia necessario stabilirsi un *ordine giuridico dei significanti*, delle fonti materiali capaci di restituire il significato; l’idea, ossia la fattispecie applicabile al caso.

E dunque avremo – nella semplificazione di queste pagine –, da un lato, il testo simbolico e il correlativo plesso dei significati espressi; dall’altro, il contesto situazionale¹⁸ con il corrispondente novero dei sensi inespressi. La relazione tra tali fonti materiali

14. Vds. N. Irti, *Testo e contesto*, Cedam, Padova, 1996, pp. 10 ss. Il Sacco – vds. R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Torino, Utet, 2016 (quarta ed.), p. 725 – scrive di «autosufficienza della dichiarazione», negandone il senso assoluto. Vds. anche A. Gentili, *Senso e consenso*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 190 ss.

15. Si tratta di fenomeni ampiamente studiati sul piano linguistico. «Dal punto di vista semiotico» – leggiamo in R. Simone, *Fondamenti di linguistica*, Laterza, Roma-Bari, 1992 (seconda ed.), p. 31, – «le lingue sono codici (un termine equivalente a sistemi di segni, ma molto più comodo nell’uso), cioè sistemi di corrispondenze tra l’ordine dell’espressione e l’ordine del contenuto, destinati alla trasmissione di informazione tra un emittente e un ricevente, attraverso la produzione e la diffusione di messaggi». Egli spiega che «l’operazione di formazione di un messaggio da parte di un emittente mediante le risorse offerte da un codice si dice codifica» (ivi, p. 32); «l’uomo», soggiunge l’Autore, «non è soltanto utente di codici ma anche formatore di codici (dispone, potremmo dire, di illimitata semiopoiesi)». Per il giurista, il mero segno costituisce un fatto concludente, il quale non esprime un significato secondo un codice linguistico, ma lascia inferire un’ipotesi secondo una regola d’esperienza.

16. «La lingua come forma è forma del parlante e di chi ascolta, cioè di due soggetti della comunicazione»: T. De Mauro (e A. Pagliaro), *La forma linguistica*, Rizzoli, Milano, 1973, p. 74.

17. Meri segni; non simboli. Il segno non è codificato; il simbolo è un segno codificato. E. Betti, *Teoria generale*, op. cit., pp. 105 ss.; A. Pagliaro, *Il segno vivente. Saggi sulla lingua ed altri simboli*, ESI, Napoli, 1952, pp. 265 ss.; T. De Mauro, *Introduzione e commento all’ed. italiana di Saussure* (1916), Laterza, Bari-Roma, 1967, p. 13; C. Hagège, *L’homme de paroles. Contribution linguistique aux sciences humaines*, Fayard, Parigi, 1985; tr. it.: *L’uomo di parole*, Einaudi, Torino, 1989, pp. 55 ss.

18. N. Irti, *Testo e contesto*, op. cit., pp. 23 ss.

suscita appunto il problema della disciplina e dell'ordine di priorità.

La decodificazione e interpretazione testuali e co-testuali della fonte materiale precedono contesto e circostanze, perché i generatori della fonte (legislatore, in senso stretto; giudice; parti del contratto) hanno affidato il senso all'espressione simbolica.

Non possiamo attardarci oltre in questa sede. Veniamo dunque ai corollari.

La disposizione espressa, intesa qui come fonte scritta (semiotica) che reca la descrizione della fattispecie, precede sul piano logico qualsiasi altra tecnica di posizione, perché essa è dotata di un enunciato intrinsecamente significante. Diremo più in generale che qualunque enunciato rilevante (e così anche la sentenza che rechi un precedente) appare precedere e superare la fase ermeneutica della conclusione¹⁹.

La conclusione ermeneutica si riduce allora a connotazione circostanziale, ossia allo stabilire se e come il caso, con i propri connotati storici congiunturali di tempo e di luogo, si conformi alla fattispecie espressa.

La clausola generale è lo spazio residuale rispetto ai significati intrinseci degli enunciati espressi; essa occuperà tutto lo spazio lasciato aperto dalla semantica delle fattispecie enunciate dalle fonti linguistiche applicabili.

“Tutti sono eguali dinanzi alla legge”. È vero.

La legge è infatti una prigione semantica, che solleva il mondo dalla irrazionalità dell'*hic et nunc*; e distende i singoli entro la eguagliante conformazione dei nomi²⁰ e delle norme. Offrendo loro l'ordine universale della lingua.

19. Perplessità suscita, su questa linea, la conclusione di E. Scoditti, *Non solo forma: fenomenologia giudiziaria del diritto*, in *Il pensiero*, n. 2/2019, p. 134, secondo cui «non può adoperarsi nel *case law* l'espressione fattispecie concreta, perché la *species facti* rinvia a uno schema, mentre qui intervengono semplicemente due casi concreti, i quali nel mondo reale non si presentano mai perfettamente identici». È che il mondo reale parrebbe radicalmente inattuabile a prescindere dalla forma/fattispecie che lo pone in concetto. Ma si aprirebbe qui un groviglio di problemi teoretici, estranei alla nostra economia. Dico solo: come ogni giudizio, il giudizio giuridico esige di necessità uno schema astratto, quale *tertium comparationis*. Il giudizio ha sempre struttura triadica.

20. Leggiamo in C. Diano, *Il pensiero greco*, *op. loc. cit.*: «La reazione dell'uomo a questo emergere del tempo ed aprirsi dello spazio creatigli dentro e d'intorno dall'evento, è di dare ad essi una struttura e chiudendoli dare norma all'evento». «Il primo modo di “chiusura”», nota N. Irti (*Riconoscere nella parola*, *op. cit.*, p. 31) è il nome, «che dà forma all'evento, e permette anche di riprodurlo».

Fattispecie e clausola generale: alternativa o binomio?

di Luca Nivarra

Il tempo delle clausole generali o, per meglio dire, il tempo in cui propugnare un uso più largo delle clausole generali equivaleva a formulare un'impegnativa proposta di politica del diritto, è ormai alle nostre spalle. Nell'attuale quadro di un diverso rapporto fra legge e autonomia privata, nel quale la prima investe di nuovi compiti i giudici, fra fattispecie e clausola generale esiste un *continuum* non più suscettibile di essere irrigidito nella fissità di un'alternativa radicale.

1. La concettualizzazione che *Questione giustizia* propone del grande tema relativo al ruolo assunto dalla giurisprudenza nei processi di produzione del diritto (ma forse, per le ragioni che vedremo più avanti, sarebbe più appropriato dire “nei processi di significazione degli enunciati normativi”) presenta il vantaggio della chiarezza e il correlato costo di una certa, forse inevitabile, semplificazione. L'alternativa “fattispecie”/“clausola generale”, infatti, prima di essere assunta nella evidenza fenomenologica che permea di sé il contributo di Enrico Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali* (in questo fascicolo), va sottoposta a un preliminare vaglio critico che, senza rinnegarne l'efficacia euristica, ne restituisca un'immagine almeno un po' più mossa.

In primo luogo va osservato – è banale, ma non per questo meno vero – che sia che si legiferi attraverso la tecnica della fattispecie, ovvero della norma a struttura chiusa, sia che si legiferi attraverso la tecnica della clausola generale, ovvero della norma a struttura aperta, si tratta pur sempre di piattaforme semantiche “poste” da un soggetto diverso da quello al quale spetta il compito di integrarne e completarne il significato attraverso la mediazione del “caso” (una volta, in piena auge il paradigma illuminista, si sarebbe detto, molto più semplicemente, il soggetto al quale spetta il compito di applicare la norma generale e astratta, cioè il giudice). Ora, è vero che nelle due evenienze, il contributo che quest'ultimo è chiamato a dare differisce per qualità: nel senso che, ricorren-

do la prima di esse – fattispecie – il giudice sarà un “semplice” interprete, mentre ove ricorra la seconda – clausola generale – il giudice sarà chiamato a selezionare l'insieme delle circostanze di fatto alle quali applicare la direttiva immanente al segmento di norma istitutivo della clausola generale.

Ad esempio, secondo l'art. 1337 cc «*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*». Il riferimento (nell'accezione analitica del termine) di questo enunciato è abbastanza vago, esaurendosi nella individuazione di un campo di esperienze (“trattative”, “formazione del contratto”) non troppo esteso, ma modestamente formalizzato (il codice civile, nella *sedes materiae*, parla piuttosto di «*conclusione del contratto*»: art. 1326). L'applicazione, anzi, la concretizzazione della regola, in questo caso, pertanto, presuppone che vengano in via preliminare definiti i contorni delle «*trattative*» e della «*conclusione del contratto*» in modo da circoscrivere l'ambito operativo della regola: e questa operazione non è un'operazione neutra – così come non lo è, ovviamente, là dove sia il legislatore a costruire la fattispecie –, ma implica il disvelamento e la messa in opera del *Sollen* incapsulato nel canone della buona fede. *Sollen* che, qui, si identifica con la tutela dell'affidamento riposto dalle parti nella prosecuzione delle trattative e nella conclusione dell'affare: di talché si tratterà di stabilire quando, ossia in presenza di quali condizioni, l'affidamento sarà legittimo, cioè meritevole di tutela. Questa

tecnica di performance del reale non giuridico da parte del giuridico rimanda a una divisione dei compiti tra i due grandi attori della nomodinamica che si atteggia in modo abbastanza diverso dal paradigma ordinario, dove il giudice è chiamato ad applicare le enunciazioni del legislatore. In altre parole, mentre in genere la concretizzazione implica che il giudice adatti la previsione legislativa al caso e, viceversa, il caso alla previsione legislativa, secondo quel gioco di rimandi reciproci proprio del famoso circolo ermeneutico, trattandosi di una norma a struttura aperta, la concretizzazione implica che sia il giudice a predisporre le condizioni per l'applicazione della regola – applicazione che, però, a quel punto, individuerà la derivata di un processo che, certo, prende le mosse dalla piattaforma di senso allestita, come sempre, dal livello superiore ma circoscritta, questa volta, alla sola indicazione del valore (buona fede, correttezza professionale, etc.) e di un riferimento, come ho già detto, dai contorni alquanto vaghi (trattative, formazione del contratto, attuazione del rapporto obbligatorio, pratiche concorrenziali, etc.).

Ridotta la questione all'essenziale, è proprio la circostanza che sia il giudice l'artefice delle condizioni di applicabilità della regola (di talché anche il modo di intendere "applicazione" imporrebbe di essere ripensato) – là dove, se la regola è di conio legislativo, essa si presenta all'appuntamento con il caso equipaggiata di tutto punto e pronta per venire concretizzata nel senso puramente ermeneutico di cui dicevo appena sopra – a marcare il divario quanto al modo di partecipare all'edificazione dello *Stufenbau* delle norme a struttura chiusa e delle norme a struttura aperta.

2. Detto questo, la differenza, che va sempre tenuta ben presente, non va enfatizzata, ovvero va storicizzata. Il tempo delle clausole generali o, per meglio dire, il tempo in cui propugnare un uso più largo delle clausole generali (e dei principi) equivaleva a formulare una impegnativa proposta di politica del diritto, è ormai alle nostre spalle: e, insieme con esso, il quadro istituzionale e culturale dal quale quella proposta ricavava la sua forza dirompente. Volendo procedere in via di estrema sintesi, direi che quando, a partire dalla seconda metà degli anni sessanta, le clausole generali, da argomento di una riflessione eminentemente tecnica, si impongono come tema programmaticamente (gius)politico, iscritto perfino dentro un'ipotesi di riforma del codice civile, lo stato dell'arte, come si usa dire, era più o meno questo: a) una legislazione civilistica ancora saldamente controllata, sebbene non esaurita, dal codice civile; b) un impatto ancora minimo della Costituzione e dei suoi principi, specie sulle corti; c) la persistente egemonia del paradigma positivista sia nella sua versione metodologi-

ca, sia nella sua versione ideologica; d) la persistente egemonia dell'idea che quella del giudice fosse un'attività di natura puramente dichiarativa (dove la vita precaria e marginale cui le clausole generali erano votate dal diffuso, e non del tutto infondato, sospetto che esse rappresentassero il cavallo di Troia della temuta creatività della giurisprudenza); e) un ruolo ancora importante della dottrina, considerata garante e, in pari tempo, custode della razionalità dell'insieme delle norme, cioè del suo essere un sistema.

A distanza di svariati decenni, il panorama è mutato radicalmente. a) Il codice civile, almeno per alcune materie certo non periferiche, tende ad assumere i contorni di un grande magazzino di precetti dispositivi, ad applicazione residuale. Del resto, nel corso del tempo, tutti quelli che una volta si chiamavano gli istituti fondamentali del diritto civile – la proprietà, il contratto, la responsabilità civile e, da ultimo, l'obbligazione (si pensi alla disciplina del sovraindebitamento e della esdebitazione resa ormai regola generale dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) – hanno subito trasformazioni profonde, frutto dell'azione congiunta di legislazione speciale (ma ha davvero un senso continuare ad avvalersi di questa formula?), direttive dell'Ue e applicazione indiretta (per via interpretativa) e, ormai, anche diretta dei principi costituzionali. E non è un caso che quando, come sempre più spesso accade oggi in Italia, si parla di riforma del codice civile, in realtà si allude a interventi settoriali, la cui finalità più ambiziosa sembra essere quella di allineare il testo (già) sacro a guadagni acquisiti non per via di elaborazione e affinamento del medesimo testo, ma sulla scorta di processi esogeni e che, comunque, non riconoscono più uno specifico primato alle *rationes* incorporate nel codice. b) La Costituzione, nata come Costituzione-indirizzo, una volta "disgelata" ha, per una breve fase, interpretato un ruolo conforme a quello assegnatole dai Padri costituenti (fondamentalmente da Palmiro Togliatti): alludo alla stagione delle grandi riforme legislative, nel decennio '70 del secolo scorso. Dopodiché, mandata in soffitta, ancora prima che dai fatti, dalla sua congenita inanità, l'idea che il mondo potesse essere cambiato percorrendo la strada di un "governo democratico dell'economia" costituzionalmente orientato, il nostro *Grundgesetz* ha assunto i caratteri di una Costituzione-garanzia, passando dalle mani del legislatore a quella dei giudici (in sintesi: l'art. 32 da fondamento della istituzione del Ssn a fondamento del danno biologico), i quali lo hanno reso un potente strumento di tutela di diritti soggettivi e poi di "interessi giuridicamente rilevanti" ricavati dall'esteso *pantheon* dei principi (e dei correlativi valori) costituzionali, a loro volta mobilitati nel senso di una riscrittura delle norme di rango sottordinato. c) Il positivismo giuridico, messo gravemente in

crisi dal costituzionalismo dei principi nella sua versione ideologica, mostra di godere di una salute precaria anche come metodo di conoscenza del diritto. È vero, infatti, che i valori incapsulati nelle disposizioni apicali dell'ordinamento (e, con sempre maggiore frequenza, anche in quelle di livello ordinario) valgono soltanto in quanto posti secondo le procedure che governano la nomodinamica di ciascun ordinamento: ma è anche vero che la messa in circolo di queste eccedenze assiologiche compromette la pretesa di valutatività che sta alla base del paradigma positivista nella misura in cui il test di conformità del precetto giuridico al valore morale, per quanto positivizzato, diviene parte integrante del lavoro dell'interprete. d) La presa d'atto dell'inevitabile apporto di senso che si consuma a ridosso del caso, oltreché individuare un guadagno sul piano della teoria, si iscrive dentro un processo storico all'insegna del lungo congedo dal modello illuminista: modello, tutto politico fin dal suo esordio, del giudice *bouche de la loi*, che è una cosa mai esistita sul piano dell'ontologia delle pratiche giuridiche, cioè del loro effettivo dispiegarsi, ma che, viceversa, secondo un movimento tipico del pensiero moderno, attinge un elevato grado di consistenza in ragione del suo essere una potentissima ideologia (i giudici interpretano ma, in realtà, sono sinceramente convinti di limitarsi ad applicare). Quanto poi brevemente richiamato *sub b)* e *sub c)* ha provveduto a fare il resto. e) Non è facile formulare una diagnosi su quanto accaduto alla dottrina in questo torno di tempo. Un discorso approfondito richiederebbe, ad esempio, un lungo *excursus* sull'università, sulle forme del reclutamento, sui rapporti tra il circuito accademico, quello professionale e quello giudiziale (caratterizzati da una vicendevole, crescente penetrabilità: ciò che di per sé non sarebbe neppure un male, anzi sarebbe un bene, se solo essi fossero affidati a un minimo di trasparenza): ma andremmo troppo lontani e usciremmo fuori tema. Mi limiterò a qualche breve osservazione endogena, cioè interna alla dinamica dei rapporti tra sovrano (la cui fisionomia è meno riconoscibile che in passato, senza che ciò ne pregiudichi la sua sovraordinazione), giurisdizione e *scientia iuris*. Per dirla in una battuta, quest'ultima, a volte, rammenta la Barbarina mozartiana che, all'inizio del IV atto delle *Nozze di Figaro* piomba in scena e canta la celebre aria «L'ho perduta, me meschina, ah chissà dove sarà». Settori importanti della nostra dottrina, infatti, lamentano una perdita di ruolo, di prestigio e, in definitiva, di capacità di incidere sulla formazione di quelle convenzioni interpretative che presiedono alla stabilizzazione dei significati desumibili dal *ius positum*: e non si può dire che tali doglianze siano ingiustificate, dal momento che questa perdita (da altri e, direi, maggioritari settori della dottrina

salutata con un masochistico entusiasmo) in effetti si è verificata, a tutto favore della giurisprudenza. Il compito dello studioso, però, dovrebbe essere quello di rintracciare le ragioni profonde del fenomeno, senza di che l'obiettivo della costruzione di una rinnovata consapevolezza di ceto rimarrà irraggiungibile.

3. Sul punto non posso che limitarmi ad alcune brevi considerazioni, rinviando, per un esame più disteso, ad altri miei scritti e, in particolare, a *Dalla crisi all'eclissi*, apparso su *Europa e diritto privato* nel 2017. Tutto ruota intorno al modo in cui viene oggi concepito il rapporto tra legge e autonomia privata e alle implicazioni che l'atteggiarsi di tale rapporto comporta quanto al ruolo delle corti. Ciò che si può dire, in via di estrema sintesi, è che, a differenza che in passato, quando compito della legge era solo quello di fissare le condizioni per un valido (*sub specie iuris*) svolgimento delle transazioni sociali, nel tempo del diritto europeo di matrice ordoliberal è la legge ad assegnare un compito all'autonomia privata, la quale diviene oggetto di ortopedie regolatorie intese ad attuare uno *standard* di mercato concorrenziale quanto più prossimo alla perfezione. Un obiettivo di questo genere non soltanto reclama discipline molto analitiche e molto estese trasversalmente, visto l'odierno livello di integrazione dei mercati, ma reclama anche un loro continuo, molecolare aggiustamento che, volta per volta, sia in grado di catturare e neutralizzare il demone anticompetitivo annidato dentro ogni atto di autonomia privata. Si spiega così la ragione per la quale, ad assetto istituzionale formalmente invariato, si assiste a un notevole incremento del ruolo di tutti gli attori investiti di poteri decisionali da esercitarsi a ridosso del caso (non soltanto i giudici, ma anche le autorità); e si spiega così anche la ragione per la quale il rapporto tra legislazione e giurisdizione, nella fase protoliberal del diritto e dello Stato moderni immaginato come discreto, presenti, nell'epoca attuale, tratti di marcata continuità.

Due corollari, a suggellare un discorso spero non troppo sincopato. Il primo. Mi sembra evidente che, se questo quadro anche solo in parte si approssima alla realtà, la coppia "fattispecie"/clausola generale" descrive oggi un binomio, nel senso che tra i due modelli esiste, per l'appunto, un *continuum* e non più un'alternativa radicale. Il secondo. Il complicarsi dei processi di significazione degli enunciati normativi di base, interferiti sistematicamente da apporti di senso riconducibili ad attori prossimi al caso, ridisegna i modi attraverso i quali la dottrina può espletare i suoi compiti. Modi che devono tenere conto del fatto che, ormai, legislatore e giudici (in senso lato) interloquiscono per via diretta, avendo il primo sostanzialmente dismesso la delega alla dottrina in ordine alla

preliminare verifica di uniformità e di coerenza dei significati che egli provvede a immettere nel sistema. A scanso di equivoci, ciò va inteso “solo” nel senso che l’allungamento della filiera di determinazione di quei significati importa che l’entrata in scena della dottrina risulti, oggi, spostata in avanti, ossia in una fase nella quale l’enunciato di primo livello ha già ricevuto un autonomo trattamento “casistico”. Non si tratta di un dettaglio puramente topografico perché, in realtà, alle spalle di questa diversa dislocazione della istanza di razionalità del sistema sta una diversa modalità di funzionamento del sistema medesimo, il quale non si lascia più descrivere nei termini di una formazione ideale ancorata a un ordine pre-costituito esibendo, piuttosto, i caratteri di un ordine costantemente *in fieri*. In altri termini, si può dire che mentre l’idea immanente alla configurazione tra-

dizionale del sistema era che razionalità dell’insieme e razionalità dei singoli istituti si muovessero lungo il medesimo asse, oggi i due piani sono disallineati, perché la razionalità del primo finisce per risultare sporgente rispetto alla razionalità dei secondi. In una situazione di questo tipo, che richiederebbe un’analisi ben altrimenti accurata, la razionalità di secondo livello (comprensiva della razionalità dell’insieme e di quella dei singoli istituti) diviene un risultato da conseguire attraverso un paziente, e costante, lavoro di ricucitura delle connessioni tra i due segmenti (“insieme” e “istituti”), lavoro del quale dovrebbe farsi carico una dottrina *stricto sensu* depurata, cioè liberata dall’ipoteca di un purismo che, se rigettato senza un’adeguata penetrazione della cosa, la condanna all’acquiescenza, e se difeso *usque ad mortem*, la vota all’impotenza.

Algorithmic legal decision making: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?

di *Roberto Pardolesi e Antonio Davola*

Il dibattito sull'*algorithmic decision making* offre un'occasione per riflettere sulla capacità del diritto di svincolarsi da una funzionalizzazione casistica che, ben espressa dal crescente ricorso delle corti alle clausole generali, rischia di incidere sulla certezza del diritto. La domanda è se l'illimitato potere computazionale della macchina permetta di rivoluzionare l'odierno rapporto tra *rule* e *standard* (la clausola generale, concretizzata *ex post* dal giudice) per il tramite della personalizzazione del diritto in forma di micro-direttiva (la nuova regola *ex ante*, ma ritagliata sul caso concreto).

1. A mo' di premessa: dualità intriganti / 2. Il diritto ai tempi del *machine learning*: un diverso umanesimo? / 3. La quarta rivoluzione: un mondo (del diritto) che cambia / 4. Potere computazionale: portenti sintattici, fragilità semantiche / 5. L'alchimia del diritto, tra declino della fattispecie e declinazione dei principi / 6. Il diritto che verrà

«Le attività ripetitive sono il solo modo di riequilibrare le tendenze maldistribuite»
Haruki Murakami, *La fine del mondo e il paese delle meraviglie*

1. A mo' di premessa: dualità intriganti

Nel 1985 l'ispiratissimo scrittore giapponese Haruki Murakami dà alle stampe il proprio quarto lavoro, intitolato *La fine del mondo e il paese delle meraviglie*¹. Il romanzo si articola in due racconti (appunto, *La fine del mondo*, come esordio, e *Il paese delle meraviglie*, per l'incantata chiusa) paralleli, i quali, pur non avendo nulla in comune e coinvolgendo protagonisti e personaggi diversi (dei quali, per l'intera opera, si cela il nome, indentificandoli esclusivamente in base al proprio lavoro o alla propria mansione), si ritrovano tuttavia a intrecciarsi e sovrapporsi, convergendo, in chiusura di narrazione,

verso un luogo di indagine comune. Di particolare interesse per il tema al quale ci apprestiamo a dedicare le brevi riflessioni che seguono, la caratterizzazione che dei due protagonisti tratteggia l'Autore di Kyoto. Quello de *La fine del mondo* (*nomen omen?*) è un *cybermatico*: un uomo che ha la capacità di immagazzinare e criptare grandi quantità di informazioni nel proprio cervello, legandole a un parametro univoco derivante dalla struttura cerebrale e, di conseguenza, rendendo tali dati – e le conseguenze che dall'analisi degli stessi derivano – impenetrabili al mondo esterno. Per parte sua, il protagonista de *Il paese delle meraviglie* svolge il compito di "lettore di sogni" in una misteriosa città senza nome: è l'unico, nel villaggio, in

1. Editto in Italia coi tipi di Baldini & Castoldi (Milano) nel 2002 e, poi, da Einaudi (Torino) nel 2008.

grado di interpretare – attraverso la lettura di frammenti di vecchi sogni custoditi dai teschi degli animali che popolano i dintorni del paese – i sentimenti e i valori della società che lo circonda; tuttavia, nel far ciò (e per poterlo fare), egli viene afflitto da un disturbo alla vista, che lo costringe a uscire soltanto di sera e gli impedisce di percepire la realtà che lo circonda.

Queste due figure ci paiono richiamare – ed ecco svelata la ragione di questo *incipit*, salvo integrarla con la nostra passione per il raffinato Autore nipponico – una diversa dualità, ossia quella tra decisore algoritmico e giudice²: da una parte, la macchina in grado di contenere, leggere e usare vastissime quantità di informazioni e variabili, rendendole tuttavia spesso inaccessibili e opache all’esame umano, con la conseguenza di impedirne – di fatto – l’esame critico. Dall’altra, il giudice: interprete (quasi mistico) del *sein* in vista del *sollen*, asseritamente in grado di percepire e recepire i bisogni della società, adattando la (fredda? asettica?) disposizione di legge al più ampio sistema di valori che un’interpretazione letterale del dato (il termine non è casuale) legislativo non consentirebbe. Quale ruolo è destinato a queste entità nella dinamica dell’amministrazione della giustizia?

Nel suo romanzo, Murakami suggerisce (ma non postula) che i due protagonisti siano, in realtà, uno solo, quasi a formare due facce della stessa medaglia, svolgendo entrambi la medesima funzione, anche se con ruoli (e limiti) differenti. Potrebbe essere che, nel nostro caso, la risposta sia la stessa.

2. Il diritto ai tempi del *machine learning*: un diverso umanesimo?

Fra (evocazioni di) giustizia robotica e (promesse minacciose di) algoritmi al servizio della giustizia predittiva, il dibattito giuridico sembra avere da tempo introiettato il tema dell’utilizzo, in seno ai processi decisionali, di sistemi di intelligenza artificiale (AI) da intendersi in senso lato alla stregua di fenomeni logici

di elaborazione delle informazioni al fine di pervenire a soluzioni interpretative del reale. In realtà, questo tipo di consapevolezza viene, più spesso che no, coltivato nella prospettiva di un’ipotesi futura, distopica ovvero utopica, a seconda del punto di vista che si voglia accogliere; essa è, dunque, ancora lontana dal convincimento quasi millenaristico che trascorre altri settori (uno per tutti, quello medico: «Someday, perhaps sooner, perhaps later, machines will have demonstrably better success rates at medical diagnosis than human physicians – at least in particular medical specialties»³). Ma da qualche parte fa capolino e alimenta un dibattito men che improvido (anche se troppe volte stucchevole).

La necessità, per gli operatori del diritto, di confrontarsi con il fenomeno in parola è parsa procedere di pari passo con il diffondersi dei *software* di elaborazione nell’ambito della prassi privata, quali strumenti (prima a supporto, e poi) di sostituzione del tradizionale individuo “organico” nel compimento di scelte riferibili ai più disparati ambiti, spaziando dalla concessione del credito nel perimetro dell’*agere* bancario⁴ all’amministrazione dei sistemi di *trading* ad alta frequenza di strumenti finanziari⁵, alle scelte in merito alle strategie di *marketing* più adeguate a raggiungere un determinato mercato *target*, fino a ipotizzare una sorta di “delega in bianco” ai sistemi automatizzati di decisione in merito alla gestione di un contratto tra le parti, attraverso una costante azione di definizione, integrazione, e perfino *enforcement* di quello che, certamente con un discreto senso dell’umorismo, è stato definito un vero e proprio *smart contract*⁶.

Il presupposto concettuale di tale modo di procedere è, invero, disarmante nella sua semplicità: posto che, nella sostanza, qualsiasi processo decisionale può essere ricondotto all’elaborazione di informazioni precedentemente acquisite al fine di formulare una valutazione probabilistica in merito al verificarsi dello scenario atteso (sperato?), perché mai – se interrogato adeguatamente, dopo esser stato preparato in

2. Tema decisamente alla moda, che porta con sé la fatica dell’ovvio, senza che ciò abbia impedito la produzione di analisi assai equilibrate: cfr., ad esempio, D. DalFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385, nonché *Id.*, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in questa *Rivista online*, 3 luglio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/stupidita-non-solo-artificiale-predittivita-e-processo_03-07-2019.php, e L. Godefroy, *La performativité de la justice “prédicative”: un pharmakon?*, in *Recueil Dalloz*, n. 36/2018, pp. 1979-1985.

3. A.M. Fromkin - I. Kerr - J. Pineau, *When Ais Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine learning*, in *Arizona Law Review*, vol. 61, n. 1/2019, p. 35.

4. M. Hurley e J. Adebayo, *Credit Scoring in the Era of Big Data*, in *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 18, n. 1/2017, p. 151.

5. M. Woodward, *The Need for Speed: regulatory Approaches to High-Frequency Trading in the United States and the European Union*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 50, n. 5/2017 ([#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3203691)).

6. Sul tema, si consenta un riferimento alla bibliografia menzionata, e alle critiche già formulate, in R. Pardolesi e A. Davola, «*Smart Contract*»: *Lusinghe ed equivoci dell’innovazione purchessia*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2019, p. 297.

maniera acconcia – un sistema di elaborazione automatica, dotato di maggiore capacità computazionale dell'uomo, dovrebbe pervenire a un esito diverso (*in thesi*, meno affidabile) di quello al quale quest'ultimo – tra interminabili dubbi e incertezze – suole approdare? Ciò, in particolare, tenendo conto: a) della possibilità di valorizzare il ruolo degli individui come “agenti informativi”⁷, ruolo derivante dalla trasformazione degli oggetti di uso quotidiano in prodotti interconnessi, secondo una fenomenologia caratterizzante lo sviluppo delle tecnologie da “*Internet of Things*” (IoT)⁸; b) della diffusione dei *wearable devices*⁹, quali inesauribili fonti di informazioni in merito all'attività quotidiana dei soggetti “monitorati”; e c) della costante tracciabilità delle attività condotte *online* (mediante l'acquisizione di *cookies*, l'attività sui *social media*, ovvero attraverso le informazioni ottenibili dalle *app*); tutti elementi di un ecosistema nel quale gli operatori possono raccogliere dati quantitativi e qualitativi, di matrice psicologica, comportamentale e sociale, utili per comprendere le caratteristiche e gli interessi degli individui, da riversare poi nel *software* al fine di individuare *pattern* di correlazione¹⁰.

Naturalmente, dalla decisione privata a quella pubblica il passaggio era destinato a rivelarsi (ed è risultato, in effetti) breve. Dapprima si è manifestata la possibilità di utilizzare algoritmi decisionali per lo svolgimento di compiti connessi all'attività della pubblica amministrazione¹¹, con il conseguente corteo di riserve – risolte in senso affermativo – in merito alla

compatibilità di tale processo con l'art. 97 Cost. Successivamente, si è posto (con una punta di involontaria ironia) sul banco degli imputati non già il processo decisionale, bensì il decidente *par excellence*, ossia il giudice: in cosa si dovrebbe ritenere diverso, difatti, il comportamento dell'organo giudicante in occasione di un contenzioso (si pensi, ad esempio, a una causa relativa alla divisione dei cespiti patrimoniali a seguito di divorzio)¹² da quello di un sistema automatizzato che, registrato il valore degli stessi – insieme con altre variabili da ritenersi significative –, operi una suddivisione da proporre alla (ex) coppia?

Questo perché, a ben vedere, il costante processo di decodificazione del reale in termini logico-matematici ha, nel corso del tempo, portato la società a esprimere le proprie esigenze e richieste in termini quantitativi, favorendo un processo di *datification* che ben si presta all'elaborazione delle informazioni secondo logiche di tipo sintattico. Attenzione, però, a non scambiare l'oggetto – i dati, nel nostro caso i *Big Data* – con la loro proiezione interpretativa/euristica. Il dato in quanto segnale di differenza (nella concezione diaforica) c'è sempre stato e non è oggi diverso da come si presentava ieri. Per farlo assurgere a oggetto dell'informazione (da cui deriverà la conoscenza) occorre attribuirgli significato. E questa operazione prescinde dal numero dei dati disponibili, senza che sia concesso accreditare in alcun modo l'idea, pur sotteraneamente accarezzata da tanta parte di coloro che si sono occupati del tema¹³, che a maggiore quantità di dati corrisponda migliore com-

7. L'espressione è di L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017, p. 44.

8. Cfr. K. Rose - S. Eldridge - L. Chapin, *The Internet of Things: An Overview. Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World*, ottobre 2015, Internet Society, ottobre 2015, consultabile online: www.internetsociety.org/resources/doc/2015/iot-overview.

9. Vds., *ex multis*, E. Germani e L. Ferola, *Il wearable computing e gli orizzonti futuri della privacy*, in *Dir. inf.*, vol. 30, n. 1/2014, p. 75, e già in precedenza J. Woo e J.H. Lee, *The Limitations of “Information Privacy” in the Network Environment*, in *Journal of Technology Law and Policy – Pittsburgh School of Law*, vol. 7, autunno 2006.

10. Per un riscontro applicativo, vds. G. Contissa - G. Lasagni - G. Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Dir. internet*, n. 4/2019, p. 619 (https://dirittodiinternet.it/wp-content/uploads/2019/12/2_Sartor.pdf).

11. Un tema in merito al quale il Consiglio di Stato, in alcuni recenti arresti – sez. VI, sentt. 13 dicembre 2019, nn. 8472 a 8474, sulle tracce del precedente reso dalla medesima sezione in data 8 aprile 2019, n. 2270, in *Dir. internet*, 2019, p. 377, con commento di S. Crisci, *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei procedimenti “algoritmici”*, opinando che «l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica» –, ha avuto modo di puntualizzare la necessità che il *software* di elaborazione risponda ai principi di piena conoscibilità e imputabilità della decisione (*sic!*).

12. Tema oggetto, del resto, di ricerche europee in materia di utilizzo dell'intelligenza artificiale per finalità giudiziali: cfr. F. Romeo - M. Giacalone - M. Dall'Aglia, *CREA Project – Conflict Resolution Equitative Algorithms*, 2018, www.crea-project.eu/wp-content/uploads/2019/09/Iris-2018-CREA-Project-final-1.pdf.

13. Cfr. riassuntivamente, M. Corrales - M. Fenwick - N. Forgó (a cura di), *New technology, big data and the law*, Springer, New York, 2017, *passim*; C. Stoicescu, *Big Data, the perfect instrument to study today's consumer behavior*, in *Database Systems Journal*, vol. 6, n. 3/2015, p. 39. A ben osservare, una tale implicita convinzione permea altresì alcuni dei più noti contributi in materia di “*Law & AI*”: cfr., ad esempio, J. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal*, vol. 78, n. 5/2017, p. 1217; R. Calo, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, vol. 82, n. 4/2014, p. 995; D. Citron e F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, vol. 89, n. 1/2014, p. 1.

preensione del reale. Se il *proprium* della quarta rivoluzione (di cui meglio diremo tra un momento) sta davvero nel rimuovere l'uomo dal centro del ragionamento logico (e, quindi, dall'"infosfera", per dirla con Luciano Floridi), allora bisogna rivisitare le premesse del dialogo sul rapporto fra immediatezza documentaria e riflessione interpretativa, per riconoscere che nella nuova dimensione il potere non è conferito dai dati, ma dalla capacità di elaborarli, e si declina in termini di potere computazionale (quello che aumenta, come insegna la prima legge di Moore, ogni due per tre con vertiginosa progressione geometrica, facendo apparire banalmente semplice quel che eravamo abituati a concepire come intrattabile)¹⁴.

Su tale constatazione condivisa si è dunque innestato un confronto polarizzante tra *true believers* che, valorizzando il crescente interscambio di dati che anima la società dell'informazione, hanno prefigurato un'inevitabile espansione del ruolo degli algoritmi – mettendo nel conto, poi, le evoluzioni derivanti dal diffondersi di sistemi di elaborazione in grado di migliorare la propria *performance* attraverso il ricorso a logiche di *machine learning* e a reti neurali¹⁵ – e quanti, invece – e sono i più –, muovendo da una supposta, ontologica fallibilità del *software* (attribuibile, a seconda dei casi, alla malformazione del *dataset* di riferimento, alle direttrici originarie impostate dal programmatore, ovvero ancora a *bias* derivanti da errori relativi alla capacità della macchina di selezionare inferenze significative *ab origine* o a seguito di interazioni con il mondo circostante)¹⁶, hanno postulato la persistente necessità di una supervisione delle operazioni di trattamento¹⁷, finalizzata a garantire uno sviluppo controllato e "antropocentrico" dell'intelligenza artificiale¹⁸.

E proprio dalla conclamata esigenza di perdurante centralità del controllo umano, foriera di una

visione "addomesticata" e consolatoria dello sviluppo della tecnologia quale elemento indispensabile a garantire la tutela degli individui e – per quanto riguarda l'*algorithmic decision making* giudiziale – la certezza del diritto, può rivelarsi opportuno partire per riflettere sul ruolo da riservare al soggetto umano in un'epoca che – piaccia o no – mostra una crescente tendenza all'automatizzazione e, per converso, su quello che si ritiene le "macchine" possano effettivamente rivestire all'interno del dispiegarsi del tessuto sociale.

3. La quarta rivoluzione: un mondo (del diritto) che cambia

Certamente non sorprende il richiamo quasi virale a una necessaria centralità della figura umana; il quale richiamo, tuttavia, rivela – a una più ponderata riflessione – le stimmate di una risposta affatto "tradizionale" ai fenomeni che, nel corso della storia, ne hanno messo in discussione il ruolo, condannandolo a una (forse lenta, ma nondimeno) inesorabile *demise* delle sue prerogative e, quel che più conta, della sua unicità: si pensi al passaggio dall'uomo come figura centrale nel progetto divino e nello svolgersi dei fenomeni cosmologici – a seguito della rivoluzione copernicana – a un'idea dell'essere umano come esito di un processo evolutivo analogo a quello delle altre forme di vita, determinato principalmente dall'interazione gene/ambiente propria della riflessione condotta da Darwin, sino alla rimozione dell'io, imposta dal pensiero freudiano, dal "centro di se stesso". Ma il crinale era destinato a volgersi verso esiti ancora più radicali: l'uomo ha, nel tempo, perso la propria centralità financo rispetto al proprio processo decisionale, non più esito della ragione quanto di forze dinamiche

14. Cfr., per una dettagliata ricostruzione dei profili cennati nel testo, M. Durante, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi, Milano, 2019. Con riferimento precipuo all'impatto dell'AI sul fenomeno processuale, J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, Torino, 2019.

15. Cfr., a mo' di esempio, C. Busch e A. De Franceschi, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, in V. Mak - E. Tjong Tjin Taj - A. Berlee (a cura di), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, pp. 408-424, per i quali «the emergence of super-human capacities of information-processing through artificial intelligence could make it possible to personalize the law and achieve a level of granularity that has hitherto been unprecedented on a large scale. As a consequence, granular legal norms could increase individual fairness without reducing legal certainty» (cit. dall'*abstract*).

16. D. Pedreschi - S. Ruggieri - F. Turini, *Discrimination-aware data mining*, atti della XIV Conferenza internazionale sul *Knowledge Discovery in Databases (KDD)*, Las Vegas, 24-27 agosto 2008 (<http://pages.di.unipi.it/ruggieri/Papers/kdd2008.pdf>).

17. La scelta del termine non è casuale, dal momento che proprio di supervisione umana nel trattamento dei dati si parla, ad esempio, nell'ambito della *General Data Protection Regulation* con riguardo all'esecuzione di procedure automatizzate di cui all'art. 22. In merito, cfr. S. Wachter e B. Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, n. 2/2019, p. 494; M. Brkan *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond*, in *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, n. 2/2019, p. 91.

18. Gruppo di esperti di alto livello per la Commissione europea sull'AI, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, 8 aprile 2019, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419.

d'impulso, da leggersi in ottica meccanicistica¹⁹, ed è stato infine spogliato della prerogativa di unico decisore "logico", proprio a seguito degli sviluppi della tecnologia e del manifestarsi di complessi automatici che, coerentemente con quanto il test di Turing richiedeva²⁰, sono in grado di simulare mimeticamente il comportamento umano, rendendo impossibile operare una qualche significativa distinzione.

In una proiezione storica che registra impietosamente lo svuotamento – logico e fattuale – dell'umanesimo nella sua concezione sempiterna, viene dunque da chiedersi se questa rinnovata ansia di antropocentrismo non sia, nei fatti, un'illusione derivante dalla difficoltà di concepire un mutamento del ruolo dell'individuo nella dinamica sociale.

Non è, tuttavia, scopo di queste brevi note (anche perché si tratterebbe certamente di un obiettivo al di là delle forze in campo) riordinare questioni essenziali tanto esasperate: si mira, assai più banalmente, a verificare se, nel segno del rifiuto di posizioni aprioristiche (e, tutto sommato, apologetiche), si possa cercare di spingere "più in là" la riflessione sul rapporto tra uomo e macchina nell'epifenomeno giuridico, e fornire una rivisitazione dei tradizionali poli del dialogo in materia di decisioni automatizzate.

4. Potere computazionale: portenti sintattici, fragilità semantiche

Per muovere nella direzione indicata, riteniamo opportuno operare, innanzitutto – e in controtendenza con quanto si potrebbe opinare sulla base dei rilievi che precedono –, un esercizio di fondamentale realismo, risalendo alla fonte della diversità tra i paradigmi di operatività dei motori decisionali umani e automatici, per poi indagarne le ripercussioni sul dipanarsi del processo giudiziale.

Al riguardo giova riconoscere stipulativamente come la differenza sintomatica tra un *software* di elaborazione e la propria controparte biologica, a fronte della molteplicità sterminata e comunque crescente dei dati a disposizione, possa essere espressa in chia-

ve d'incidenza del fattore *tempo* nella conduzione di un'indagine altrimenti del tutto equivalente: nei diversi mercati dove finora si è verificata la progressiva sostituzione dell'operatore umano con algoritmi decisionali, sono state *la capacità e velocità nell'elaborare i dati* (ossia, quello che abbiamo già identificato e definito come potere computazionale) a marcare la preferibilità e maggiore efficienza performativa del sistema automatico rispetto all'individuo²¹.

Questa ovvia constatazione ci porta, dunque, a valorizzare il ruolo dei sistemi algoritmici quali motori di analisi essenzialmente sintattici: tecnologie digitali capaci di processare quantità sempre maggiori di dati al fine di individuare correlazioni statistiche, le quali sono caratterizzate da natura inferenziale e, al più, predittiva. Manca loro, invece, quella che Floridi ha voluto qualificare come funzione di elaborazione semantica: non legata all'analisi del dato *an sich*, quanto piuttosto all'attribuzione a quest'ultimo di un significato non esclusivamente relazionale, posto che l'interpretazione dell'essenza del dato non può desumersi dalla sua interazione con altri dati (quindi, alla quantità di dati totalmente disponibili e alla velocità di analisi delle correlazioni), essendo a tal fine richiesta una riflessione sul contenuto del singolo dato, basata sul capitale semantico derivante dall'esperienza umana²². Alle corte: i sistemi di AI sono straordinari motori sintattici (e celebrano il trionfo dei *Big Data*), mentre quelli semantici – e l'uomo ne è l'ineguagliabile prototipo – accumulano significati e creano capitali euristici.

Per tutta conseguenza, bisogna riconoscere che i sistemi di AI flettono (nel vuoto) muscoli sintattici, ma non ragionano come la mente umana; non possono al momento (e forse non potranno mai) acquisire la capacità di saldare il piano semantico e quello sintattico che caratterizza la fluidità sintetica del ragionamento umano. Qui si assume stia la vera linea di confine, da cui discende il consolante monito – nota comune alla più parte degli scritti in materia: quelli, s'intende, che non si lasciano prendere la mano dalla futurologia sfrenata, ma nemmeno da tentazioni di inedito luddismo digitale, allineandosi alla saggezza

19. E. Fromm, *Beyond the chains of illusion. My encounter with Marx and Freud*, Simon & Schuster, New York, 1962.

20. A.M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, vol. 59, n. 236 (ottobre)/1950, pp. 433-460.

21. Certo, non può negarsi come, a fronte dell'emergere delle strategie di *training* riferibili al *machine learning* (in particolare, nella sua versione *unsupervised*), un secondo significativo motore di impiego sia costituito dalla capacità di tali sistemi di elaborare – partendo da un *dataset* – inferenze causali non pre-individuate dal *computer scientist* che tali dati ha fornito. Nondimeno, in ottica puramente concettuale, non vi è motivo di escludere che tali correlazioni sarebbero state individuabili anche da un individuo umano: ancora una volta ciò che marca la più significativa differenza tra i due "sistemi" è il fatto che il *software* sia in grado di svolgere questa attività di analisi dei dati ad alta velocità e, dunque, il fattore temporale. Vds., in merito, C. Kuner - D.J. Svantesson - F.H. Cate - O. Lynskey - C. Millard, *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 1/2017.

22. L. Floridi, *Semantic Capital: Its Nature, Value and Curation*, in *Philosophy & Technology*, vol. 31, n. 4/2018, p. 481.

compromissoria di scelte mediane – circa l’ineludibile necessità, proprio per far spazio alle magnifiche sorti e progressive, di una saggia supervisione sul funzionamento dei meccanismi algoritmici, che sottende una magica cifra cooperativa di “tecnica al servizio di...”.

Prima, però, di cedere alla tentazione di riporre il problema nel segno del “tutto bene quel che finirà bene, in un modo o nell’altro”, è bene misurarsi con una constatazione cruciale: che, cioè, la crescita vertiginosa del potere computazionale in chiave sintattica non è priva di conseguenze sul quadro testé delineato e sulle stesse coordinate che propiziano il risultato attinto. Per evitare equivoci, abbandoniamo il piano delle astrazioni e proviamo a ipotizzare plausibili scenari a venire, a partire dalla possibilità di valersi del potere computazionale per utilizzare la massa dei dati disponibili e attivare, così, una giustizia predittiva e largamente performativa. Il fenomeno è già in atto, sia pure con diversi livelli di consapevolezza, soprattutto per quanto riguarda la possibilità che l’ambiente si conformi al potere computazionale – per meglio dire, sia in qualche modo adattato alla rappresentazione della realtà strumentale al funzionamento dei modelli algoritmici. Più in chiaro. Il potere computazionale, prevalentemente sintattico, è in grado di produrre una rappresentazione della realtà (decodificata in termini di dati da processare, datificazione, elementi da calcolare, quantificazione, risultati da prevedere, predizione) capace di influenzare (e, magari, sopraffare) la nostra capacità di rappresentare quella realtà. Per tradurre il tutto in una formula più intelligibile: la macchina, distillando (una qualche misura di) qualità dalla quantità, si avvia ad approssimare sul piano sintattico ciò che le è precluso sul piano semantico, in maniera puramente statistica, ma certamente efficace. È un dato evolutivo, vero. Ma porta con sé i germi della rivoluzione.

5. L’alchimia del diritto, tra declino della fattispecie e declinazione dei principi

Una prima conseguenza, quasi uno slittamento inerziale rispetto al *mainstream*: la presenza di persistenti spazi di operatività privilegiata degli individui non deve indurre a credere che – come spesso pretendono i detrattori del *decision making* algoritmico – non si diano margini per l’operatività di sistemi automatizzati in tale ambito. Tale considerazione è suffragata, a ben vedere, dalla constatazione per la

quale buona parte della prassi giudiziale assume, invero, un carattere iterativo e si presta a essere gestita sul piano inferenziale e predittivo: non si può negare come in molteplici casi – e guai se così non fosse! – il ruolo del giudice si riduca, nella sostanza, alla verifica della congruità dei fatti a lui presentati con il dettato normativo, senza che sia necessario quello sforzo interpretativo che costituisce l’elemento fondante dell’attività semantica e che risulta, dunque, inespugnabile da un’intelligenza artificiale. Quanto dire, insomma, che, se non è dato postulare l’integrale sostituzione del decisore umano ad opera di quello automatizzato, è tuttavia certamente possibile ipotizzare una simile evenienza ogniquale volta non sia necessaria un’attività interpretativa originale in merito al contenuto della disposizione, potendosi fondare l’esito decisionale sulla base del raffronto tra ciò che risulta necessario *ope legis* e quanto effettivamente avvenuto nel caso di specie.

Si replicherà: poca cosa. E sarà riproposta la sostanziale dualità – oggetto di un recentissimo e lucido contributo di Enrico Scoditti²³ – tra clausole generali e fattispecie, con annessa riflessione circa il ruolo giocato dalle prime in presenza di margini di criticità in merito all’operare delle seconde: la necessità, in altri termini, di disporre di una chiave di volta “aperta” per poter sopperire alle occasioni nelle quali la *littera legis* – a causa di incertezze terminologiche, mutamenti storico-sociali, o altre evenienze – non sia in grado di imprimere assetto adeguato a una situazione sottoposta al vaglio del giudice, richiedendosi di conseguenza a quest’ultimo uno sforzo interpretativo da condurre in ottemperanza ai valori permeanti il sistema giuridico, espressi appunto dalle clausole generali.

In quella dualità, a veder bene, si esprime la cifra del diritto che viviamo. Al declino dell’argomentazione per sistema e, perciò, della fattispecie, inevitabilmente lacunosa e riduttiva, si contrappone il fascino attivistico della clausola generale, che, contribuendo a scandire il tramonto della dogmatica tradizionale, segna – con la complicità di una dottrina prevalentemente recessiva e incapace di ridisegnare il proprio ruolo in dimensione di autentica scienza sociale – il prevalere di un diritto giudiziale, incalcolabile ma vocazionalmente inteso a perseguire il risultato giusto. Cosa voglia dire, poi, “giusto”, è spesso compito (convenientemente) rimesso a quella medesima giurisprudenza.

Sui limiti e sull’opportunità di un utilizzo “responsabile” delle *new emperor’s clauses*, nonché sulla necessità di evitare che ciò conduca a una perdita del

23. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

rigore metodologico deputato a sovrintendere all'analisi giuridica, è stato già scritto tantissimo (e ancor di più si scriverà²⁴). Giova, però, evidenziare come i termini del relativo dibattito sembrino richiamare, seppur in chiave “domestica”, gli elementi della riflessione condotta, specie sul suolo americano, in merito alla contrapposizione tra *standard* e *rule*²⁵: ciò che permette di fare tesoro di sofisticate analisi intese a scrutinare i pregi (maggiore precisione nella definizione *ex ante* delle fattispecie di riferimento) e i difetti (rischi di errori di tipo I e II, falsi negativi e falsi positivi, potenzialmente forieri di fenomeni di sovra- e sotto-inclusione) delle seconde rispetto al ricorso ai primi, certamente in grado di fornire una maggiore responsabilità *ex post*, ma, in ragione dell'ontologico elemento di discrezionalità, forieri di incertezze per il sistema giuridico e sottoposti alla volubilità della decisione individuale e potenzialmente dispersa²⁶. La regola *posita* fallisce perché è ineludibilmente incompleta; la clausola generale, lo *standard*, fruisce del senno salvifico del poi e spiana la via a un risultato più acconcio alle particolarità del caso concreto, ma finisce per lasciare nell'ombra il precetto che deve guidare i consociati: salvo riconoscerlo come “evidente” quando lo si porti in esponente operativo, ovvero il giudice concretizzi la norma ideale rispetto alle circostanze del caso concreto, assumendo «un impegno normativo che è un impegno di indipendenza da se stesso nel perseguimento della forma ideale di regolazione del caso»²⁷.

Mettiamo allora – di là da ogni polemica sul “titanoismo” giudiziale a fronte di un legislatore distratto e di una dottrina dispersa – che quello appena descritto sia, per così dire, lo stato dell'arte. L'interrogativo che aleggia, alla luce delle suggestioni (evolutive? rivoluzionarie?) indotte dalla nuova dimensione tecnologica, è se il quadro possa essere ridefinito in virtù degli apporti del potere computazionale.

6. Il diritto che verrà

Una risposta davvero sorprendente – e sottratta al parossismo della giustizia robotica come “*fin du monde*”, seppur nella forma meno catastrofica della “*fin du droit*”, così come lo conosciamo²⁸ – potrebbe venire dai controversi sviluppi della “personalizzazione” della regola giuridica, resa possibile dalle nuove tecnologie.

In estrema sintesi, e senza troppo preoccuparsi d'incorrere in un buco nero da riduzionismo oltranzistico, vale ricordare che il limite della regola *ex ante* è la sua incompletezza, che troppe volte, per carenza informativa e conseguente lontananza dal dispiegarsi della vicenda reale, la porta a colpire sopra o sotto il segno ottimale. L'ingigantirsi del potere computazionale mette in discussione proprio quel limite. La sua capacità sintattica, crescente all'infinito, permette – attraverso la valorizzazione che l'algoritmo è in grado di operare a ridosso dei *Big Data*

24. Al riguardo non si danno citazioni che non puntino a segnalare, con una nota d'inevitabile arbitrio e una qualche inclinazione a privilegiare i “bilanci” più recenti, valorosi tentativi di riannodare i molti rinvii di un dibattito in continuo divenire. Vds., allora, la cornice proposta in S. Grundmann e D. Mazeaud (a cura di), *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law International, L'Aia, 2006; gli scritti raccolti da F. Ricci (a cura di) in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2018, nonché quelli curati, nell'ambito di una riflessione a compasso allargato, da G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017 (dello stesso A., per una ricostruzione di “come eravamo”, vds. altresì Rodotà e la *stagione delle clausole generali*, in *Giust. civ.*, n. 1/2018, p. 129).

25. Sulla dialettica fra *rule* e *standard*, dove la prima si vuole – a colpi di analisi economica del diritto: per tutti, L. Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law Journal* vol. 42, n. 3/1992, p. 557 – detti *ex ante* un precetto preciso, ergendosi a provincia privilegiata del legislatore, laddove il secondo rinvia la specificazione della disciplina a un momento successivo al verificarsi dell'evento regolato, con tanto di delega del potere decisionale al giudice, vds., riassuntivamente, H.C. Grigoleit e Ph.M. Bender, *The Law between Generality and Particularity*, in *SSRN*, 7 gennaio 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3503376, e, per una prospettiva estrema, A.J. Casey e A. Niblett, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal*, vol. 92, n. 4/2017 pp. 1401-1402 («When lawmakers enact laws today, they must choose between using rules and using standards to achieve a desired goal. This choice requires a trade-off between certainty and calibration (...). Rules provide certainty through clear *ex ante* statements of the content of the law. (...) Because they are defined ahead of time, they can be poorly calibrated to the events as they actually occur. Standards, on the other hand, are adjudicated after the fact. As a result, lawmakers avoid high up-front design costs. Moreover, when applied after the fact, standards can be precisely tailored or calibrated to a specific context as it actually arose. But they also generate *ex ante* uncertainty because regulated actors do not know up front whether their behavior will be deemed by the adjudicator to comply with the standard. We suggest that technological advances in predictive and communication technologies will render this trade-off between rules and standards unnecessary. A new form of law, the microdirective, will emerge to provide all of the benefits of both rules and standards without the costs of either. These microdirectives will provide *ex ante* behavioral prescriptions finely tailored to every possible scenario»).

26. Cfr., per una prospettiva empiricamente solida e ormai consolidata, H.R. Arkes e R.H. Hammond (a cura di), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986; D. Klein e G. Mitchell, *The Psychology of Judicial Decision-Making*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

27. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie*, *op. cit.*

28. Cfr. X. Labbé, *Robot. La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique*, in *Recueil Dalloz*, n. 2/2019, p. 78.

– di moltiplicare la capacità di produzione delle regole, sino alla frontiera ultima della micro-direttiva²⁹, che – nelle ambizioni di chi la teorizza – promette di tradurre l’equilibrio dello *standard* (come obiettivo da perseguire) in un specifica direttiva “*rule-like*” perché ritagliata *ex ante* sulle caratteristiche del destinatario e a lui comunicata in tempo reale (prodigi delle *ICT*) e utile per determinarne la condotta³⁰: si tratta, nella sostanza, di utilizzare sistemi *software* per tradurre la previsione normativa – di carattere generale e astratto, dunque – in una serie di comandi operativi, da individuarsi di volta in volta sulla base delle specifiche circostanze addotte dal richiedente. In tal modo le micro-direttive, non diversamente dalle regole, offrono una chiara indicazione ai consociati in merito al comportamento astrattamente prescritto dall’ordinamento, integrando tuttavia tale postulato con raccomandazioni *tailored* sul destinatario, da declinarsi sulla base del contesto di riferimento, destinate oltretutto ad affinarsi e migliorare proprio in virtù della crescita nella quantità dei dati a

disposizione dell’algoritmo e sfruttandone, dunque, il carattere genuinamente sintattico.

Quel che ne deriva, se mai prenderà corpo, potrebbe essere ragionevolmente etichettato come “*self-driving law*”, atto a spostare gli assetti attuali nella direzione di una rinnovata attenzione alla fase programmatica di creazione granulare di precetti personalizzati sulla scorta della smisurata capacità predittiva dei motori sintattici: lontani, dunque, dall’algida astrattezza della *regula iuris*, che nasconde nelle pieghe della sua remota generalità la vaghezza dell’indicazione comportamentale, e capaci di mimare preventivamente la precisione *post factum* dell’applicazione dello *standard*. Con conseguente ricomposizione dell’assetto del diritto (delle forze che concorrono a delinearlo) e anelito di rinnovamento della scienza giuridica, chiamata a concentrarsi sull’area della pre-definizione delle regole del vivere sociale. In una battuta: grandi spazi per il riscatto dei chierici, sia pure in una chiave diversa da quella che ne ha assicurato il successo nei secoli?

29. Cfr., a questo riguardo, A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving Laws*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 66, n. 4/2016, p. 429; *Id.*, *Framework for the New Personalization of Law*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 2/2019, pp. 333–358.

30. Come si legge nel “manifesto” di Casey e Niblett, *The Death of Rules and Standards*, *op. cit.*, «a new form of law, the microdirective, will emerge to provide all of the benefits of both rules and standards without the costs of either. These microdirectives will provide *ex ante* behavioral prescriptions finely tailored to every possible scenario».

Norme “vaghe”, poteri del giudice e sindacato di legittimità

di *Domenico Dalfino*

La giurisdizione per norme “vaghe” o clausole generali non mina la certezza del diritto perché anch’essa soddisfa il bisogno di prevedibilità e certezza delle decisioni. L’interpretazione giudiziale è attività valutativa del giudice che riguarda anche le norme di fattispecie.

1. La fisiologica equivocità del testo normativo e l’opzione valutativa del giudice / 2. La dimensione “altamente valutativa” del giudizio in presenza di norme “vaghe” / 3. L’applicazione delle norme “vaghe” come *quaestio iuris* / 4. Limiti e controllo del potere (integrativo e valutativo) del giudice nell’applicazione delle norme “vaghe” / 5. Norme “vaghe”, esercizio della nomofilachia e vincolo del precedente (di legittimità)

1. La fisiologica equivocità del testo normativo e l’opzione valutativa del giudice

Il testo normativo, di per sé, è fisiologicamente *equivoco*, non perché senz’altro ambiguo, bensì in quanto suscettibile di interpretazione. L’univocità è solo di quest’ultima poiché corrisponde all’esercizio di una precisa opzione valutativa. L’interpretazione giudiziale, nell’esprimere un valore, “crea” la norma, che, per tale ragione, si “positivizza” e, come il testo, acquisisce a sua volta *equivocità*, diventando “seme”¹ in attesa di essere fecondato da una nuova interpretazione.

Orbene, altro è la norma positiva (cioè “posta” dal legislatore), ben altro quella formulata dal giudice; la prima, infatti, è generale e astratta, la seconda,

invece, è particolare e concreta. E dunque, la dimensione di novità della norma “creata” dal giudice non corrisponde ad altro se non alla concretizzazione della norma astratta e generale “posta” e assunta come parametro di partenza per effettuare l’operazione di sussunzione. Ciò non toglie che in entrambi i casi l’*equivocità* consenta l’adeguamento ai mutamenti della realtà, del comune sentire, del *con-testo*².

Sulla funzione creativa di matrice giudiziale ci si deve intendere. Sebbene l’esercizio di tale funzione non si risolva nel mero disvelamento o riconoscimento di uno tra i più possibili significati dell’enunciato formale, ma corrisponda a un’attività in senso lato costitutiva, non vuol dire che la giurisprudenza possa creare dal nulla (in ciò risolvendosi il cd. “creazionismo”) né che possa abdicare alla sua prerogativa di parlare attraverso decisioni che nascono da

1. La metafora del “seme” è utilizzata da T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 356.

2. *Cfr.*, volendo, anche per riferimenti, D. Dalfino, *Giurisprudenza “creativa” e prevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Giusto proc. civ.*, n. 4/2017, pp. 1023 ss. Sulla distinzione tra “disposizione” (come enunciato letterale) e “norma” (come significato attribuito dagli interpreti all’enunciato), vds. V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195, e successivamente F. Roselli, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1998, pp. 23 ss.

casi concreti, anche quando istituzionalmente a essa è riservato un ruolo nomofilattico. Sicché, essa non è fonte del diritto; semmai, concorre alla sua produzione. E lo fa sortendo due diversi e contestuali esiti, ciascuno dei quali corrispondente alla distinta dimensione che la decisione assume, quale *lex specialis* del rapporto sostanziale oggetto del giudicato e quale “precedente”, eventualmente universalizzabile³. Il percorso è sempre lo stesso, poiché la decisione è pur sempre il frutto della sussunzione o riconduzione del caso concreto alla norma “posta” dal legislatore.

L’esercizio di questa attività, come anticipato, corrisponde alla formulazione di un’opzione valutativa. Il collegamento tra la norma “posta” dal legislatore e il valore espresso dal giudice rappresenta la dimensione assiologica del diritto e fa sì che quella norma non resti cristallizzata in se stessa.

2. La dimensione “altamente valutativa” del giudizio in presenza di norme “vaghe”

Non tutte le norme “poste” presentano la medesima struttura e dimensione. Per lo più, l’ordinamento si caratterizza per l’utilizzo della tecnica della fattispecie, provvedendo a delineare una disciplina generale

e astratta nella quale sia possibile sussumere, al ricorrere di tutti gli elementi della fattispecie, un numero indefinito di casi concreti. Attraverso questa tecnica, l’opzione valutativa è rimessa in massima parte al legislatore, mentre al giudice è riservata una minore sfera di discrezionalità in sede di sussunzione.

Talvolta, invece, l’ordinamento si affida a formule “vaghe” o “elastiche” o “aperte”, a cd. clausole generali (buona fede, correttezza, giusta causa e così via)⁴, là dove la generalità attiene non alla latitudine bensì all’indeterminatezza della sfera applicativa della norma che la prevede. In tali casi, nei quali il legislatore delega ampiamente al giudice la scelta assiologica⁵, le norme assumono una dimensione “altamente valutativa”⁶.

Secondo una ben nota posizione⁷, solo l’applicazione di norme di fattispecie permette di calcolare e prevedere le decisioni giudiziali e, quindi, garantisce la certezza del diritto. Invece, la vaghezza della norma – particolarmente se e in quanto il suo contenuto sia individuato in chiave di principi⁸ – mette in crisi l’esigenza di affidamento dei consociati, poiché non consente di fissare *ex ante* alcun parametro definito. Posizione, invero, alquanto discutibile nella sua nettezza. Basti qui ribadire che: anche il “diritto giurisprudenziale” può essere (se non pre-detto,

3. Su quest’ultimo specifico profilo, vds. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3/2007, pp. 710 ss.

4. Sulla diversità strutturale delle norme “vaghe” o elastiche, vds. F. Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 7. Per un approfondimento, vds. E. Fabiani, *Clausola generale*, in *Encicl. dir. - Annali*, Giuffrè, Milano, 2012, vol. V, pp. 183 ss.; *Id.*, *Il sindacato della Corte di cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2004, pp. 581 ss.; *Id.*, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003; *Id.*, *Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 2003, I, 1845 ss.; *Id.*, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell’ordinamento*, *ivi*, 1999, I, 3558 ss.

Secondo E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D’Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 690 ss., «la disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma» o «idea-limite», dalla quale attingere per l’identificazione della “norma individuale”.

5. È quanto E. Betti esprimeva nel ritenere la norma elastica caratterizzata dal fatto di presentare «un’eccedenza di contenuto assiologico» rispetto alle altre norme dell’ordinamento (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, seconda edizione, p. 154).

6. Cfr. F. Roselli, *Il controllo della Cassazione*, *op. cit.*, 1983, pp. 8 ss. Sulla figura della “delega” del legislatore al giudice del momento valutativo, vds. P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, pp. 2 ss.; E. Fabiani, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 1893; S. Recchioni, *Norme “elastiche”, standards valutativi e sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 724. Su posizioni dissimili, vds. E. Scoditti, *Concretizzare*, *op. cit.*, p. 705.

Ciò non esclude che, in qualche caso, il legislatore ponga un limite allo spazio di intervento del giudice, come nell’art. 30, comma 1, l. n. 183/2010, ove fa espresso riferimento alla «conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento del presupposto di legittimità», precludendone l’estensione «al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». Cfr. I. Calia, *I poteri del giudice*, in D. Dalfino (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, pp. 211 ss.

7. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, p. 36; *Id.*, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, n. 5/2015, pp. 801 ss.; *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/2015, pp. 11 ss.; *Id.*, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, nn. 4-5/2016, p. 923.

8. Cfr. A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Foro it.*, 2015, V, 455 ss., pubblicato anche in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma TrE-Press, Roma, 2016, pp. 493 ss.

quanto meno) pre-visto⁹; la certezza del diritto non è assicurata da una più o meno ampia limitazione del momento valutativo del giudice; il “diritto vivente” (vale a dire il diritto che “vive” nella interpretazione e applicazione giudiziaria e che, per questo motivo, è aperto alla evoluzione e all’adeguamento) e la “giurisprudenza consolidata” (quella che esprime un punto fermo sul piano interpretativo) non sono formule in reciproca contraddizione, bensì modi perfettamente coerenti di soddisfare il bisogno di ragionevole certezza degli utenti della giustizia.

Orbene, la vaghezza delle norme¹⁰ non è in grado, di per sé, di mettere in crisi alcunché. Anche con riguardo ad esse il bisogno di certezza e prevedibilità trova soddisfazione. E la trova sul medesimo piano delle norme di fattispecie.

3. L’applicazione delle norme “vaghe” come *quaestio iuris*

Anche l’applicazione di una norma “vaga” introduce una *quaestio iuris*. Per quanto ampia sia la delega conferita dal legislatore, quella che il giudice discrezionalmente compie, nell’opera di collegamento giuridico degli elementi della vicenda concreta alla previsione normativa indeterminata, non attiene comunque alla ricostruzione del fatto.

Se ciò può dirsi oramai assodato, va solo precisato che la questione di diritto riguardante l’applicazione della norma “vaga” si atteggia in maniera differente rispetto a quella relativa alle norme di fattispecie. La vaghezza, infatti, non attiene soltanto alla individuazione e applicazione del criterio integrativo che il giudice è chiamato a utilizzare, ma anche all’identificazione specifica dei fatti destinati a costituire l’oggetto della valutazione giudiziale sulla base del criterio integrativo¹¹. Con la conseguente necessità di un’inversione dello schema di qualificazione, che da deduttivo diventa induttivo. Questo

non comporta, come detto, una ricaduta nell’attività di accertamento dei fatti, trattandosi di qualificazione, appunto, di fatti accertati.

4. Limiti e controllo del potere (integrativo e valutativo) del giudice nell’applicazione delle norme “vaghe”

L’esercizio del potere integrativo e valutativo del giudice nell’applicazione delle norme “vaghe” conosce i medesimi limiti cui sono soggette le altre norme “poste” e, come queste, è esposto a controllo di legittimità, in quanto attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale. L’orientamento giurisprudenziale inaugurato poco più di venti anni or sono¹² ha avuto il pregio di sganciare la censura in sede di legittimità dal profilo attinente al vizio della motivazione.

Nella vigenza del vecchio testo dell’art. 360, comma 1, n. 5, cpc, era pacifica l’affermazione dell’insindacabilità in Cassazione del percorso argomentativo e dell’opzione valutativa del giudice di merito se immune da vizi logici e giuridici, sotto il profilo della insufficienza, illogicità, contraddittorietà della motivazione. Invero, in questo regime, la censura era abitualmente sollevata in forma congiunta al motivo di cui al n. 3; sicché, per un verso, la violazione o falsa applicazione delle norme di diritto riguardava i principi specificativi della norma “vaga”, per un altro, tuttavia, la Corte finiva per effettuare proprio quel sindacato in fatto che istituzionalmente le è precluso¹³.

La situazione è profondamente cambiata con l’enunciazione del principio di sindacabilità, sotto il profilo della falsa applicazione di legge. Vale la pena riportare i passi più significativi della menzionata giurisprudenza innovativa:

a) «il giudice di merito compie un’attività di integrazione giuridica – e non meramente fattuale – della norma stessa (...) in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore

9. D. Dalfino, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385 ss.

10. Ormai classico lo studio di C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 100. È appena il caso di precisare che la “vaghezza” delle norme processuali, quando non dovuta a mera superficialità o sciattezza del legislatore, può rispondere alla logica della fisiologica differenziazione delle forme di tutela (vds. D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3/2014, pp. 907 ss.) e caratterizzare la sommarietà della cognizione (si rinvia, per un approfondimento, a D. Longo, *L’interpretazione della legge ai tempi della decretazione d’urgenza e dei voti di fiducia: la rinnovata centralità del dato storico e comparatistico*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, op. cit., pp. 305 ss.).

11. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), continuato da L. Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo 2, sez. 1, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 111 ss.

12. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514 e Cass., 18 gennaio 1999, n. 434, in *Foro it.*, 1999, I, 1891 ss., con note di E. Fabiani, *Sindacato della Corte di cassazione*, op. cit., e M. De Cristofaro, *Sindacato di legittimità sull’applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa nel merito*.

13. Cfr. soprattutto E. Fabiani, *Sindacato della Corte di cassazione*, op. cit., c. 1908.

ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale (...)»;

b) «il giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice di merito deve però conformarsi oltre che ai principi dell’ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di diritto del lavoro la c.d. civiltà del lavoro (...)»;

c) «la valutazione di conformità – agli *standards* di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell’ambito della funzione nomofilattica che l’ordinamento ad esso affida»;

d) il giudizio di merito applicativo di norme elastiche «è soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge».

La correttezza di questo approdo, che da allora non ha subito significative smentite, ha potuto poggiare su solide basi dottrinarie. La sindacabilità in Cassazione del giudizio sussuntivo di un fatto nelle previsioni di una norma “vaga” e, quindi, del collegamento giuridico di tale norma al fatto, era già stata propugnata – nella prospettiva più tradizionale

fondata sulla distinzione netta tra giudizio di fatto e giudizio di diritto – da Calamandrei¹⁴, Calogero¹⁵, Carnelutti¹⁶, Satta¹⁷ e più di recente, tra gli altri, da Roselli¹⁸ e Caponi¹⁹, nonché – nella prospettiva teleologica, che giustifica l’intervento nomofilattico della Suprema corte tutte le volte in cui il caso deciso presenta caratteri sufficientemente tipici e ripetibili – da Fabbrini²⁰ e Bove²¹.

Nell’attuale assetto normativo, come risultante a seguito della riforma attuata nel 2012 (dl 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., in l. 7 agosto 2012, n. 134), il sindacato relativo all’applicazione delle norme in parola ha potuto giovare di nuove opportunità. Eliminata la censurabilità dei profili attinenti all’insufficienza, all’illogicità, alla contraddittorietà della motivazione²², è oggi comunque possibile proporre ricorso per cassazione, ai sensi del modificato n. 5 dell’art. 360, comma 1, cpc, facendo valere, testualmente, l’«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

Pertanto, in materia di norme “vaghe”, oltre che per il motivo di cui al n. 3, la questione può essere sottoposta all’esame della Suprema corte sotto forma di omesso esame di un parametro, tra quelli individuati dalla giurisprudenza, avente valore decisivo ai fini dell’applicazione della norma o delle norme volta a volta rilevanti. A questo fine, afferma la Corte²³, il

14. P. Calamandrei, *Cassazione civile*, in M. D’Amelio (a cura di), *Nuovo Digesto italiano*, Utet, Torino, 1937, II, pp. 984 ss. e pp. 1003 ss.

15. G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1937 (rist. 1964), pp. 160 ss.

16. F. Carnelutti, *Limiti del rilievo dell’error in iudicando* in *Corte di cassazione*, in *Id.*, *Studi di diritto processuale*, vol. I, Cedam, Padova, 1925, p. 377.

17. S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Vallardi, Milano, 1959-1962, pp. 194 ss.

18. F. Roselli, *Il controllo della Cassazione*, *op. cit.*, p. 187.

19. R. Caponi, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Dir. giur.*, 1996, pp. 236 ss.

20. G. Fabbrini, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 742.

21. M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 100 ss. Vds. anche M. De Cristofaro, *Sindacato di legittimità*, *op. cit.*, p. 1917; *Id.*, *La Cassazione sostitutiva nel merito. Prospettive applicative*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/1999, pp. 219 ss.; S. Evangelista, *La funzione di nomofilachia come limite al sindacato di legittimità*, in *Aa. Vv.*, *La Corte di cassazione nell’ordinamento democratico*, atti del convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995 in occasione dei 50 anni dal ripristino dell’ordinamento democratico, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 269 ss. *Cfr.*, poi, S. Recchioni, *Norme “elastiche”*, *op. cit.*, pp. 726 ss.

22. Indipendentemente dalla possibilità di recuperare spazi di impugnazione della sentenza per vizi attinenti alla motivazione (diversi da quelli, più radicali, indicati nel testo), attraverso il motivo di cui al n. 4 dell’art. 360, comma 1, cpc, per violazione dell’art. 132 cpc. Sul punto, vds. Cass., sez. unite, 7 aprile 2014, n. 8053, in *Foro it.*, 2015, I, 209, con nota di P. Quero. Più di recente, vds. Cass., 5 aprile 2019, n. 9590; Cass., 25 settembre 2018, n. 22598; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23980. In dottrina, *cfr.* M. Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Judicium*, 2 luglio 2012, www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/327/boveI.pdf; L. Piccininni, *I motivi del ricorso in Cassazione dopo la modifica dell’art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2013, pp. 407 ss.; R. Tiscini, *Il giudizio di cassazione*, in F.P. Luiso e R. Vaccarella (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 355 ss. Per ulteriori riferimenti, vds. la nota di richiami di E. Bertillo a Cass., 25 gennaio 2019, n. 2220, in corso di pubblicazione in *Foro it.*

23. Come precisato da Cass., 23 settembre 2016, n. 18715, solo successivamente potrà essere eventualmente argomentato che l’errata ricostruzione in fatto della fattispecie concreta, determinata dall’omesso esame di un parametro decisivo, ha cagionato altresì un errore di sussunzione rilevante a mente dell’articolo 360, comma 1, n. 3, cpc, per falsa applicazione di legge.

ricorrente ha l'onere di indicare: il «fatto storico», il cui esame sia stato omesso²⁴; il «dato» da cui esso risulta esistente; il «come» e il «quando» tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti; la sua «decisività». E senza che ciò faccia venir meno il principio secondo cui l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.

5. Norme “vaghe”, esercizio della nomofilachia e vincolo del precedente (di legittimità)

Alla luce dei precedenti rilievi, resta pur sempre da definire in quale maniera il sindacato di legittimità del giudizio sussuntivo svolto dal giudice di merito in applicazione di norme “vaghe” sia idoneo a sollecitare l'esercizio della funzione nomofilattica della Cassazione. Invero, la perplessità è connessa all'estrema difficoltà di distinguere ciò che riguarda esclusivamente il diritto da ciò che attiene esclusivamente al fatto. Anche ricorrendo al rassicurante criterio distintivo di tipo strutturale su menzionato, non si riuscirebbe a evitare il rischio di una sovrapposizione tra i due profili. Sotto quale aspetto dovrebbe apprezzarsi, dunque, l'esercizio della nomofilachia?

A ben vedere, al pari di quanto avviene con riferimento alle norme di diritto «dal contenuto certo»²⁵, l'attività di controllo della Suprema corte, pur sempre *in iure*, mira senza dubbio a garantire tanto l'«esatta osservanza» quanto «l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 ord. giudiziario). Tuttavia, il quadro finora delineato presenta una peculiarità: il sindacato sul giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – formulato dal giudice di merito deve essere svolto, secondo la massima tralaticia, guardando alla

conformità di questo rispetto ai principi dell'ordinamento, come individuati dal giudice di legittimità, nonché a una serie di *standard* esistenti nella realtà sociale, alle regole di costante e pacifica applicazione giurisprudenziale, che assieme ai principi compongono il “diritto vivente”.

Sembrerebbe conseguire che, nel caso delle norme “vaghe”, a dare contenuto all'art. 360, comma 1, n. 3, cpc concorra la violazione o falsa applicazione... del “diritto vivente”. Senonché, quest'ultimo non è, neanche *lato sensu*, “norma” o “fonte di diritto” e tanto meno “legge”. Dunque, è evidente che: per un verso, l'impropria formulazione di quella massima genera un equivoco; per un altro, il riferimento alla “legge” *ex art. 65 ord. giudiziario*, in presenza di norme “vaghe”, non va inteso alla lettera.

Un'ultima, strettamente connessa, precisazione.

Il sindacato della Cassazione non mira alla verifica dell'osservanza dei propri precedenti da parte del giudice di merito (neanche in sede di controllo dell'inammissibilità del ricorso *ex art. 360-bis cpc*). Se così fosse, la giurisprudenza della Suprema corte acquisirebbe una forza vincolante che il nostro ordinamento non le riconosce e si finirebbe per intendere il principio di cui all'art. 101, comma 2, Cost. come comprensivo di un obbligo generale e astratto di soggezione dei giudici ai *dicta* di altri giudici²⁶, in spregio ai limiti soggettivi di efficacia delle sentenze e con grave pregiudizio del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

Invero, l'esercizio di quel sindacato risponde principalmente all'esigenza di uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, come componente essenziale della nomofilachia ed espressione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Nulla di differente, sotto tale profilo, rispetto al compito che la Corte è chiamata a svolgere in sede di controllo della violazione o falsa applicazione delle norme di fattispecie, che, per quanto “definitorie”, operano sempre attraverso «la quotidiana applicazione dei giudici»²⁷.

24. La pronuncia sopra citata sconta qui, sarebbe il caso di dire, una certa vaghezza, là dove dapprima si riferisce all'omesso esame del «parametro» e poi, senza precisazioni, a quello del «fatto storico».

25. O «definitorie», secondo la ripartizione di Roselli, *Il controllo della Cassazione, op. cit.*, pp. 8 ss.

26. In un diverso senso, per l'individuazione di un vincolo derivante dalla “norma concreta” di diritto di cui il giudicato ha fatto applicazione e, quindi, per l'operatività del principio dello *stare decisis*, senza che ciò comporti una violazione dell'art. 101, comma 2, Cost., dal momento che «il fondamento dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario è proprio la soggezione del giudice al diritto», vds. E. Scoditti, *Concretizzare, op. cit.*, pp. 718 ss.

27. Vds. Corte cost., 23 giugno 1956, n. 3.

Principi, clausole generali e definizioni nella disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza

di Guido Federico

Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza persegue l'ambizioso obiettivo di ricondurre a linearità il sistema normativo della crisi d'impresa, enunciando i principi generali della materia e le definizioni più rilevanti, senza rinunciare a una dettagliata disciplina e all'utilizzo di clausole generali e concetti indeterminati; tale scelta metodologica appare coerente con un ripensamento dell'idea di "sistema": da struttura rigida e definitiva a strumento per applicare al meglio il diritto e garantire certezza e prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali.

La legge fallimentare del '42, coeva al codice civile, risente, com'è noto, dell'ideologia corporativa dell'epoca ed è caratterizzata da una forte connotazione pubblicistica¹ e dall'impronta inquisitoria del procedimento².

A fronte di tale assetto normativo, rimasto sostanzialmente immutato – a parte gli essenziali, ma specifici interventi della Corte costituzionale³ – per oltre sessant'anni, il diritto fallimentare non è stato interessato dalla progressiva valorizzazione delle clausole generali, che ha caratterizzato dapprima

il dibattito dottrinario e, successivamente, gli stessi orientamenti della giurisprudenza in ampi settori del diritto civile e soprattutto del diritto dei contratti⁴.

In materia fallimentare, in assenza di modelli negoziali, non vi era spazio per la rilevanza delle clausole generali quale strumento per attenuare la rigidità dell'ordinamento e consentirne l'adeguamento all'evoluzione della realtà economica e sociale.

Con la riforma del 2005 e le successive leggi di settore⁵, lo scenario muta profondamente⁶: la centra-

1. S. Satta, *La nuova legge sulle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, p. 37; F. Ferrara *Il Fallimento*, Giuffrè, Milano, 1959.

2. L. Stanghellini, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in G. Morbidelli (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Passigli, Firenze, 2014.

3. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 141/1970, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 rd n. 267/1942 nella parte in cui non prevede l'obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio; con la sentenza n. 570/1989, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di detto secondo comma, come modificato dalla legge 20 ottobre 1952, n. 1357, nella parte in cui prevede il tetto di lire novecentomila quale limite del capitale investito nell'azienda, non oltre il quale gli imprenditori esercenti un'attività commerciale «sono considerati piccoli imprenditori».

4. S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, n. 3-4/1967; N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, n. 1-2/1967, pp. 74 ss.; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 24 ss.; A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *ivi*, 1984, pp. 539 ss.; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986 pp. 5 ss.; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1987, pp. 1 ss.; per l'applicazione giurisprudenziale delle clausole generali, vedi E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norme. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, n. 4/2015, p. 708.

5. A partire dal cd. "correttivo", d.lgs n. 169/2007 e i successivi: dl n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012; dl n. 179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012; dl n. 69/2013, conv. dalla l. n. 98/2013; dl n. 132/2014, conv. con modificazioni dalla l. n. 162/2014; dl n. 83/2015, conv. dalla l. n. 132/2015; dl n. 59/2016, conv. dalla l. n. 119/2016;

6. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Id.*, *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 29, definisce "epocale" l'intervento del dl n. 35/2005.

lità attribuita al concordato preventivo e agli accordi negoziali, e l'introduzione di modelli dell'autonomia privata per la definizione della crisi d'impresa pongono all'interprete problemi analoghi a quelli già sperimentati nel diritto privato e nel diritto dei contratti: il superamento della struttura inquisitoria e dell'impronta pubblicistica che caratterizzava la legge del '42 determina una nuova configurazione del ruolo del giudice, cui è sottratto il potere di gestione diretta e viene demandata la funzione di controllo della regolarità della procedura e di valutazione, in posizione di terzietà, degli accordi per la regolazione della crisi d'impresa e di garanzia dell'equilibrio tra impresa debitrice e ceto creditorio, oltre che tra le disomogenee (e, dunque, spesso confliggenti) posizioni creditorie⁷.

Tramontato l'impianto autoritario della legge del '42, anche nel settore della crisi d'impresa l'intervento del giudice diviene funzionale – e indispensabile – a dare concretezza alle indeterminate esigenze di tutela del mercato e dei soggetti a diverso titolo coinvolti nel dissesto, avuto riguardo alla specifica situazione di crisi valutata nella sua interezza e complessità.

Questa impostazione di fondo viene mantenuta con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, approvato con il d.lgs 12 gennaio 2019.

Il codice introduce una disciplina organica della materia e ha l'ambizione di «ricondere a linearità il sistema normativo» e di realizzare l'obiettivo di «soddisfare imprescindibili esigenze di certezza del diritto, che postulano un sufficiente grado di prevedibilità della decisione del giudice» ma, soprattutto, di rileggere il sistema della crisi e dell'insolvenza alla luce delle fonti comunitarie⁸.

Secondo una prassi mutuata dalle fonti comunitarie, il codice della crisi definisce *in limine* le nozioni più rilevanti ed enuncia i principi generali. Esso for-

nisce, peraltro, una dettagliata disciplina (talvolta sin troppo minuziosa) degli istituti, mentre diverse disposizioni continuano a essere connotate dall'utilizzo di clausole elastiche.

Tale scelta di tecnica legislativa e l'impianto utilizzato – senza entrare nel merito delle scelte effettuate, delle eventuali omissioni e dei profili di criticità della disciplina⁹ – appaiono sostanzialmente efficaci, fatta eccezione per alcuni profili di incertezza¹⁰, forse inevitabili in presenza di una riforma che, seppur in linea con gli interventi legislativi più recenti, muta radicalmente l'approccio alla crisi d'impresa rispetto alla legge del '42, adeguandola ai principi della normativa europea¹¹, e nel contempo si sforza di recepire taluni consolidati indirizzi della giurisprudenza e *best practices* degli uffici fallimentari.

Il codice individua “a monte” e, mi pare, con sufficiente chiarezza i valori e le scelte di fondo, indicando presupposti e finalità dei diversi istituti e modelli di regolazione della crisi, mettendo in evidenza la rilevanza pragmatica alle categorie teoriche¹².

Naturalmente non è possibile esaminare, nemmeno sommariamente, i diversi principi generali e i concetti elastici che informano il codice della crisi: quelli di seguito indicati hanno il solo scopo di dare contezza dell'assunto appena enunciato.

Diviene centrale l'emersione anticipata della crisi e vengono introdotte misure dirette a favorire e implementare i processi di (tempestiva) ristrutturazione aziendale; la stessa nozione di “crisi” trova adesso una definizione sufficientemente precisa¹³ e si introduce per la prima volta una disciplina organica anche dell'insolvenza del piccolo imprenditore e del cd. debitore civile.

Viene meno ogni valenza sanzionatoria tradizionalmente attribuita al fallimento¹⁴, sostituito adesso da una procedura di liquidazione giudiziale, e il

7. Vds. G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, n. 9/2008, p. 1047.

8. Tali obiettivi, già enunciati nella legge delega n. 155/2017, sono espressamente indicati nella relazione illustrativa del d.lgs n. 14/2019.

9. Per una visione (a mio avviso eccessivamente) critica dell'impianto e di talune scelte di fondo del CCII, vds. G. Lo Cascio, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, n. 3/2019, pp. 263 ss.

10. In tal senso M. Fabiani, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, cc. 162 ss.

11. Vengono in rilievo, oltre alla raccomandazione 2014/135/UE della Commissione (del 12 marzo 2014), al regolamento UE del Parlamento e del Consiglio 2015/848 e alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016, la direttiva UE 2017/1132, mentre la recente direttiva UE 2019/1023 viene specificamente citata nella relazione illustrativa al citato “schema di correttivo” al CCII.

12. Così L. Ferrajoli, in L. Ferrajoli e J. Ruiz Manero, *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo su diritto e diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 119.

13. Nozione che viene ulteriormente precisata nello schema di decreto legislativo (*ex art. 1, comma 1, l. n. 20/2019*) recante disposizioni integrative e correttive sul codice della crisi.

14. Per un'evoluzione del fallimento e delle sue finalità, vds. F. Di Marzio, *Fallimento, Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2018.

principio della *par condicio creditorum*, seppure fortemente ridimensionato, non è stato divelto¹⁵.

Vengono con chiarezza indicati i doveri del debitore e, preminente su tutti, vero e proprio principio-cardine della valutazione della sua responsabilità, quello di adottare un adeguato assetto organizzativo e di dotarsi di misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi.

Viene altresì espressamente affermato, eliminando ogni dubbio sull'applicabilità del generale principio di cui all'art. 1175 cc, anche in ambito concorsuale, il dovere del debitore e dei creditori di comportarsi secondo buona fede e correttezza nell'esecuzione degli accordi e nella fase delle trattative.

Nella disciplina del concordato preventivo, che ha come preconditione il dovere di informazione completa, veritiera e trasparente del debitore (art. 3, comma 2), è particolarmente pregnante il ruolo del giudice: la valutazione circa la «fattibilità economica» del piano, che deve accompagnare l'«ammissibilità giuridica» della proposta (art. 47), la nozione di «atti di frode» quale presupposto per la revoca dell'ammissione (art. 106), implicano un controllo di fattibilità e ragionevolezza che si aggiunge a quello di legalità, e che trova la sua giustificazione nella generale vincolatività per tutti i creditori degli effetti del concordato omologato, nelle asimmetrie esistenti tra gli stessi appartenenti al ceto creditorio e nelle ricadute (più o meno rilevanti) sull'equilibrio di mercato degli accordi negoziali di regolazione della crisi d'impresa.

Quello che mi pare possa trarsi ai limitati fini del presente contributo è che la disciplina organica della materia realizzata dal d.lgs 12 gennaio 2019,

n. 14, che tende alla realizzazione (forse utopistica) di un assetto sistematico della regolazione della crisi dell'impresa e dell'insolvenza anche del debitore civile, combina principi generali – taluni enunciati nella propria *sedes* (Titolo I, Capo II, artt. 3 ss.), altri in relazione ai singoli istituti (vds., per esempio, l'art. 84 «Finalità del concordato preventivo») –, fattispecie giuridiche dettagliatamente disciplinate e concetti elastici.

In tale assetto, i principi generali enunciati dal legislatore delegato (oltre a quelli desumibili dalla legge delega e, in via ermeneutica, dal *corpus* normativo del codice) si qualificano come strumenti tecnici di configurazione giuridica delle singole fattispecie¹⁶ e le clausole generali mantengono una essenziale funzione di adeguamento del sistema e di strumento per l'individuazione della regola del caso concreto.

Il riferimento a un sistema coerente, ancorché non irrigidito in una struttura definitiva¹⁷, le cui linee generali mi sembrano ben individuabili, fornisce dunque all'interprete un essenziale strumento per la concretizzazione delle clausole generali e contribuisce a individuarne i limiti applicativi e i parametri per il relativo controllo di legittimità, sterilizzando il timore che l'utilizzo di concetti elastici, non eliminabile nell'esperienza giuridica contemporanea, determini un rischio per la certezza del diritto e la prevedibilità della decisioni.

E, in generale, tanto più l'individuazione dei criteri generali e di principi regolatori della materia risulterà con chiarezza e senza ambiguità dal testo di legge, tanto più potrà dirsi che il legislatore abbia svolto con efficienza ed onestà il proprio compito.

15. L'azione revocatoria fallimentare, il più tradizionale strumento di tutela della *par condicio creditorum*, viene mantenuta con i limiti temporali e le numerose esenzioni già introdotte dal dl del 2005, ulteriormente depotenziata dalla previsione degli istituti di composizione della crisi (che di fatto coprono buona parte del cd. "periodo sospetto") e dagli incentivi diretti a favorire la prosecuzione dell'attività aziendale.

16. Così G. Alpa, *I principi generali*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 145 ss.

17. Per la considerazione che è venuta meno la logica delle lacune con riferimento a un definito assetto normativo e che stiamo ormai passando dall'idea di sistema come struttura definitiva, prigione di significati, all'idea di sistema come fine al quale il giurista tende per facilitare la conoscenza del diritto, vds. N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 97.

Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*

di Renato Rordorf

Le sezioni unite si esprimono in materia di rapporti tra banche (ed intermediari finanziari in genere) e loro clienti nel senso che la dichiarazione di nullità del contratto quadro coinvolge tutte le operazioni compiute in base a quel medesimo contratto.

1. La pronuncia delle sezioni unite in tema di nullità selettiva / 2. La ricerca di un punto di equilibrio nei rapporti tra banche e clienti / 3. Come intendere la nullità relativa / 4. Il *passepertout* della buona fede

1. La pronuncia delle sezioni unite in tema di nullità selettiva

Con la recente sentenza n. 28314 del 2019 le sezioni unite della Corte di cassazione inseriscono un nuovo tassello nel complesso e tormentato quadro dei rapporti tra banche (e intermediari finanziari in genere) e loro clienti.

La questione che il collegio era stato chiamato a decidere può essere sintetizzata nei seguenti termini. Premesso che gli intermediari finanziari prestano i loro servizi d'investimento ai clienti sulla base di un cd. contratto quadro, destinato a disciplinare lo svolgimento successivo del rapporto e quindi anche l'esecuzione dei singoli ordini di acquisto poi impartiti dal cliente, e premesso altresì che l'art. 23 del Testo unico della finanza (Tuf) prescrive per tali contratti quadro

la forma scritta a pena di nullità (comma 1), aggiungendo però che questa può esser fatta valere solo dal cliente (comma 3), si discuteva se il cliente possa agire per far dichiarare la nullità del contratto quadro per difetto di forma¹ al fine di travolgere le sole operazioni di acquisto poi rivelatesi per lui sfavorevoli e pretendere la restituzione degli investimenti relativi a quelle specifiche operazioni, tenendo ferme le altre che invece gli abbiano apportato benefici, oppure se la dichiarazione di nullità del contratto quadro debba necessariamente minare tutte le operazioni compiute in base a quel medesimo contratto. In quest'ultima eventualità ci si chiedeva poi se la banca convenuta possa domandare a propria volta, in via riconvenzionale, la restituzione di quanto versato al cliente in relazione alle operazioni derivanti dal contratto nullo che per il medesimo cliente si siano rivelate vantaggiose, o se

* Il presente contributo è stato pubblicato su *Questione giustizia online* il 7 gennaio 2020, www.questioneggiustizia.it/articolo/buona-fede-e-nullita-selettiva-nei-contratti-d-investimento-finanziario_07-01-2020.php.

1. Nel caso in esame la nullità del contratto quadro cd. monofirma, ossia recante solo la firma del cliente e non anche quella dell'intermediario che vi aveva poi dato esecuzione, non era più in discussione essendo passata ormai in giudicato la decisione in tal senso assunta nei gradi di merito. Va però ricordato che, secondo sez. unite, n. 898/2018, in *Foro it.*, 2018, I, 928, il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, richiesto a pena di nullità dall'art. 23 Tuf, è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, essendo sufficiente la sola sottoscrizione di quest'ultimo senza che necessiti anche quella dell'intermediario, il cui consenso si può desumere alla stregua dei comportamenti da lui tenuti.

le sia consentito soltanto di paralizzare in tutto o in parte l'azione del cliente eccependone l'inammissibilità in quanto volta a selezionare arbitrariamente a proprio vantaggio gli effetti della nullità fatta valere.

La risposta della Suprema corte si muove sostanzialmente, sia pure con qualche cautela, nella direzione da ultimo indicata. Viene infatti enunciato il principio di diritto secondo cui la nullità per difetto di forma del contratto quadro può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, solo a vantaggio del quale operano gli effetti processuali e sostanziali del relativo accertamento giudiziale, ma con l'avvertenza che, se la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto e ciò determini un sacrificio economico in danno dell'intermediario non giustificato alla luce dell'esecuzione complessiva degli ordini ricollegabili al medesimo contratto quadro, il convenuto può utilmente opporre all'attore un'eccezione di difetto di buona fede. La sentenza inoltre precisa che tale difesa, la quale non costituisce un'eccezione in senso stretto ma deve essere oggetto di specifica allegazione ad opera dell'intermediario convenuto, può paralizzare le pretese restitutorie dell'attore in tutto o in parte a seconda che gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto per l'attore risultati positivi maggiori o minori di quelli generati dalle operazioni rivelatesi per lui negative.

Va peraltro rimarcato che, nel caso in questione, la domanda di accertamento della nullità aveva ad oggetto direttamente il contratto quadro, mirando di riflesso a travolgere i singoli ordini d'investimento eseguiti dall'intermediario che erano risultati svantaggiosi per il cliente. Ciò ha indotto la Corte a considerare unitariamente la fattispecie negoziale sottoposta al suo esame legando la sorte dei singoli ordini di investimento a quella del contratto quadro, ma da un passaggio della motivazione sembra di capire che il ragionamento avrebbe potuto essere diverso qualora i singoli ordini d'investimento fossero intervenuti in assenza di un contratto quadro (ancorché viziato) e il cliente avesse dedotto in modo specifico la nullità solo di quelli da lui ritenuti sfavorevoli².

Una decisione come questa si può commentare da diversi punti di vista. Vi si può scorgere una (più o meno riuscita) operazione di bilanciamento tra opposte esigenze e contrastanti spinte provenienti dal

corpo sociale; la si può leggere come un tentativo di dare una forma meglio definita all'ambigua figura giuridica della nullità relativa degli atti negoziali; o infine vi si può leggere l'ulteriore manifestazione di una tendenza giurisprudenziale vieppiù incline a valorizzare i principi generali dell'ordinamento per integrare in via pretoria un quadro di disposizioni legali sovente lacunoso e disorganico. Proverò ad accennare a ciascuno di questi aspetti, nella piena consapevolezza del fatto che ciascuno di essi richiederebbe però un ben maggiore livello di approfondimento.

2. La ricerca di un punto di equilibrio nei rapporti tra banche e clienti

I rapporti tra banche e clienti sono divenuti, negli ultimi decenni, quanto mai tumultuosi e anche nell'immaginario collettivo hanno talvolta assunto i tratti un po' caricaturali di una vera e propria contrapposizione tra il mondo predatorio delle banche (poteri forti per definizione) e il popolo dei risparmiatori, vittime ignare degli inganni tramati in loro danno da banchieri senza scrupoli³. Cercando di guardare le cose a mente fredda, credo sia innegabile che al ceto bancario debbono essere addebitate molte colpe. Della sconsiderata e opaca gestione di alcuni importanti istituti di credito abbiamo avuto proprio in questi mesi dei vistosi esempi. Già da tempo, d'altronde, la trasformazione delle banche in soggetti operanti a tutto campo nel mondo della finanza ha innescato una serie di potenziali conflitti d'interesse con la clientela, che non sempre le banche medesime hanno saputo adeguatamente neutralizzare⁴. Il tutto inserito in uno scenario di generale finanziarizzazione dell'economia che ha per lungo tempo incoraggiato i risparmiatori (piccoli o meno piccoli) a investire il proprio denaro in strumenti finanziari troppo sofisticati perché il singolo investitore possa davvero percepirne le caratteristiche e gli eventuali rischi. Da un lato li si è sollecitati con la prospettiva di facili guadagni speculativi, ma dall'altro lato si è loro di fatto imposto sempre più di affidarsi alla competenza degli intermediari professionali e, *in primis*, di quelli bancari. Non sorprende certo che il

2. In un'ipotesi di tal fatta, Cass., n. 10116/2018, ha ritenuto che all'investitore il quale chieda la declaratoria di nullità solo per alcune operazioni non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità, né l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione a un contratto quadro formalmente esistente.

3. *Questione giustizia* vi ha dedicato un apposito obiettivo, intitolato *Banche, poteri forti, diritti deboli*, nel fascicolo n. 3/2017 della Trimestrale.

4. M. Onado, *Alla ricerca della banca perduta*, Il Mulino, Bologna, 2017.

cattivo esito di alcuni investimenti generi perciò forti e diffusi risentimenti la cui eco si avverte anche nelle aule di giustizia.

Neppure va dimenticato, in questo quadro conflittuale e potenzialmente rischioso per il risparmio privato, come non di rado in passato vi siano state pressioni da parte del ceto bancario sul legislatore per ottenere provvedimenti di più o meno scoperto favore⁵. Ma, d'altro canto, lo stesso legislatore è spesso ondivago e naturalmente sensibile agli umori popolari, sicché non sorprende certo di riscontrare nella legislazione anche una marcata tendenza a rafforzare gli strumenti di protezione dei risparmiatori nella loro veste di investitori più o meno piccoli.

Ne risulta che, inevitabilmente, anche il compito della giurisprudenza è divenuto più arduo: sia per la carenza di sistematicità e la conseguente minore leggibilità del quadro normativo di riferimento, sia per la difficoltà di bilanciare di volta in volta la sacrosanta tutela dei diritti e dei valori fondamentali di livello costituzionale (tra cui la tutela del risparmio) con la necessità di non farsi condizionare dalle spinte irrazionali innescate dalla corrente raffigurazione di questo tipo di scenario giudiziale come una sorta di sempre rinnovata contesa tra Davide e Golia.

Mi sembra che la sentenza della Suprema corte di cui si sta qui parlando fornisca un buon esempio di quanto sforzo richieda la ricerca di un punto di equilibrio tra queste contrapposte esigenze⁶.

La Cassazione mostra di voler ribadire con forza l'importanza che sia assicurato in via di principio al cliente quel maggior grado di tutela, rispetto all'intermediario, che è reso necessario dalla naturale dissimmetria delle rispettive posizioni di partenza. Non è questo un campo in cui si possa invocare la tradizionale parità formale delle parti di un contratto, perché nella realtà esse pari non sono; e proprio in ciò evidentemente risiede la ragione per la quale il legislatore ha qui previsto un'ipotesi di nullità relativa, col significato di nullità di protezione. Il cliente necessita di un maggior livello di tutela, e la Suprema corte reputa che questa maggior tutela possa dirsi davvero effettiva solo se i rimedi concessi in via esclusiva al cliente si estendano anche al piano delle conseguenze derivanti dall'accertamento del vizio

da cui è affetto il contratto: ossia se non soltanto si circoscrive al cliente la legittimazione a far accertare giudizialmente quel vizio, ma si consente unicamente a lui di beneficiare degli effetti dell'accertamento e, quindi, di esperire la conseguente azione di ripetizione⁷. All'intermediario, viceversa, come non è dato agire per ottenere la declaratoria di nullità del contratto, così non è consentito azionare (neppure in via riconvenzionale) pretese che potrebbero scaturire dalla nullità accertata su domanda del cliente, perché altrimenti si rischierebbe di indebolire quella (maggiore) tutela che il legislatore ha inteso assicurare a quest'ultimo.

Dall'altro lato, però, la stessa Corte si mostra consapevole del rischio che la necessità di tutelare adeguatamente la parte normalmente più debole del rapporto possa tradursi, nel concreto di singole e specifiche vicende, in un inammissibile pregiudizio negativo in danno della parte avversa, sino al punto da premiare comportamenti dei clienti considerati scorretti perché tesi ad approfittare del favore loro accordato dalla legge oltre il limite entro cui i principi generali dell'ordinamento lo rendono ragionevole e giusto. Non è detto, insomma, che in contese di tal genere il cliente abbia sempre ragione e al giudice di merito la Suprema corte chiede di verificare, di volta in volta, se il comportamento dell'attore risulti conforme al fondamentale principio di buona fede, potendo in caso contrario la sua azione essere in tutto o in parte paralizzata.

La decisione adottata dalle sezioni unite può considerarsi, sotto questo aspetto, una soluzione di compromesso. Come tale è possibile che essa scontenti entrambe le opposte tifoserie, ma non è detto che questo sia un difetto.

3. Come intendere la nullità relativa

Un secondo aspetto che merita di essere posto in luce è quello che riguarda la disciplina generale della patologia dei contratti, con particolare riferimento alla figura della nullità relativa (di protezione).

In una società che i sociologi amano definire "liquida", anche i concetti giuridici rischiano talvolta di

5. È appena il caso di ricordare la nota vicenda dell'invalidità delle pattuizioni riguardanti interessi anatocistici, sulla quale qui non è possibile soffermarsi, ma che appare davvero emblematica di come maldestramente il legislatore abbia talvolta cercato di neutralizzare gli effetti di orientamenti giurisprudenziali non graditi al mondo bancario, provocando il ripetuto intervento del giudice delle leggi (si vedano Corte cost., n. 425/2000, in *Foro it.*, 2000, I, 3045, e Corte cost. n. 78/2012, *ivi*, 2012, I, 2585, con nota di A. Palmieri).

6. S. Pagliantini, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 988, non esita a definire quella su cui le sezioni unite sono state chiamate a intervenire come «una questione ideologicamente orientata».

7. Si tratta, in qualche misura, di un'ulteriore manifestazione di quell'approccio funzionalistico al tema della nullità di cui parla M. Rizuti, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite*, in *Corriere giur.*, n. 2/2019, pp. 173 ss.

liquefarsi⁸ e l'evoluzione manifestatasi in questi ultimi decenni nella normativa concernente la patologia contrattuale e i relativi rimedi è davvero emblematica di quella crisi delle tradizionali categorie del diritto civile che la più attenta dottrina ha già da tempo ben evidenziato⁹.

Limitando il discorso al profilo che qui interessa, sembra innegabile che si sia andata man mano appannando la tradizionale distinzione tra vizi radicali del contratto, che ne dovrebbero comportare la nullità *ab origine*, e vizi potenziali, idonei a provocarne l'annullabilità se e in quanto la sola parte a ciò legittimata li faccia valere, con il corredo delle note differenze di disciplina. Nell'impianto del codice civile questa distinzione e le differenti regole che vi corrispondono sono tuttora ben presenti, ma, anche per impulso della normativa sovranazionale europea, in un crescente numero di disposizioni di leggi speciali (tra le quali il già citato art. 23 del Tuf, ma anche, con più ampia portata, l'art. 36 del codice del consumo) ha preso corpo la figura della nullità relativa, che può essere cioè fatta valere solo da una parte del rapporto contrattuale. A dire il vero, già nell'impostazione del codice civile il carattere assoluto della nullità, postulato in via generale dall'art. 1421, non era un dogma intangibile, giacché lo stesso articolo faceva (e fa) espressamente salva la possibilità di eventuali diverse disposizioni di legge, ma evidentemente con connotati di eccezionalità. L'introduzione di ipotesi di nullità relativa in interi settori del diritto civile e commerciale – quali quello dei contratti dei consumatori, dell'intermediazione finanziaria, dei rapporti bancari, della compravendita degli immobili da costruire e altri ancora – rischia, se non addirittura di rovesciare il rapporto tra regola ed eccezione, quanto meno di rendere l'ambito di applicazione dell'eccezione quasi pari a quello della regola. Il che non manca di porre seri problemi sul piano sistematico¹⁰, a cominciare dall'individuazione della portata stessa della nullità relativa e del grado d'intensità della tutela che ne deriva a beneficio della parte la cui posizione il legislatore ha inteso in tal modo rafforzare.

S'è già sottolineato che la nullità relativa, di regola, risponde all'esigenza di rafforzare la posizione di uno dei contraenti rispetto all'altro, onde si parla anche di nullità di protezione, ma un conto è affermare che unicamente la parte protetta è legittimata a far valere in giudizio il vizio che inficia il contratto (salva la possibilità del rilievo d'ufficio, che pone altri problemi di coerenza sistematica sui quali non posso ora soffermarmi), altro è sostenere che solo quella parte può beneficiare degli effetti della pronuncia di nullità.

Se si muove dal presupposto che la nullità, benché a denunciarla possa essere soltanto una delle parti, conserva nondimeno le sue caratteristiche di vizio radicale, in presenza del quale il contratto risulta inidoneo a produrre effetti giuridici riconoscibili dall'ordinamento, ne discende che il giudice con la sua pronuncia non fa che accertare siffatta inidoneità. Ma allora è difficile sottrarsi alla conseguenza che un tale accertamento, non potendo un contratto nullo sin dall'origine produrre alcun valido effetto giuridico, apra anche all'altra parte la possibilità di ripetere (autonomamente o in via riconvenzionale) la prestazione eventualmente resa in esecuzione di quel medesimo contratto¹¹. Insomma, la legittimazione esclusiva ad agire per far dichiarare la nullità non implica affatto, sul piano logico, che altrettanto esclusiva sia la legittimazione ad agire per la ripetizione di prestazioni che l'accertata nullità del contratto ha dimostrato essere prive di una legittima causa di attribuzione¹².

Questa conclusione avrebbe innegabilmente il pregio di conservare una qualche coerenza sistematica alla figura giuridica della nullità, che, salva la limitazione soggettiva a farla valere, continuerebbe per il resto a rappresentare una forma radicale di reazione dell'ordinamento al manifestarsi di patologie negoziali così gravi da rendere il contratto totalmente incapace di produrre effetti giuridici, per l'una come per l'altra parte.

Ad una conclusione affatto differente si perviene, invece, muovendo da un diverso presupposto: ipotizzando, cioè, che il carattere relativo della nullità non

8. Come osserva V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2007, p. 846, «anche il plurisecolare contratto è approdato alla condizione inquieta e instabile o, come si dice, fluida e liquida della postmodernità».

9. N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

10. La difficoltà di ricostruire un quadro giuridico comune alle molteplici ipotesi di nullità relativa, e in specie a quelle cd. di protezione, è ben sottolineata da M. Mantovani, *Le nullità "speciali" o di protezione*, in V. Roppo (a cura di) *Trattato del contratto*, vol. IV-1, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 170 ss.

11. Proprio sotto questo profilo, già F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1964, p. 247, criticava la figura della nullità relativa, definendola «intrinsecamente contraddittoria» e richiamava il brocardo *quod nullum est nullum producit effectum* per dedurre che la nullità «non può che dirimere il negozio privandolo della sua efficacia interamente e rispetto ad entrambe le parti»; e anche F. Messineo, *Il contratto in generale*, in A. Cicu e F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1972, p. 180, sosteneva che nei rapporti tra i contraenti la nullità relativa ha i medesimi effetti di quella assoluta, differenziandosi da questa soltanto «per la minore cerchia di esperibilità dell'azione».

12. G. Petti, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite*, in *Contratti*, n. 3/2019, p. 288.

operi unicamente sul piano della legittimazione ad agire in giudizio per farla accertare, bensì anche sul piano sostanziale, nel senso che il contratto sarebbe da considerare nullo e improduttivo di effetti giuridici esclusivamente per la parte protetta e continuerebbe invece a esplicare efficacia vincolante per l'altra parte¹³. Nel qual caso, evidentemente, anche la possibilità di pretendere la restituzione delle prestazioni eseguite in base al contratto (solo relativamente) nullo sarà data unicamente alla parte che abbia agito per far valere la nullità. La nullità relativa assumerebbe quindi la veste di una nullità parziale, sotto il profilo soggettivo, o forse meglio di una nullità unilaterale.

A nessuno certamente sfugge quanto, se intesa in questa seconda accezione, la figura della nullità relativa (o di protezione) si discosti dalla concezione originaria delle nullità di impronta codicistica. Il che potrebbe suggerire una qualche cautela nell'accedere a una simile configurazione, in assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore, ancorché sia innegabile che si verrebbe così a rafforzare più efficacemente la tutela della parte debole, altrimenti esposta al rischio che la sua azione di nullità si riveli un *boomerang*¹⁴. Nulla vieta al legislatore di volerlo fare, ma sarebbe almeno auspicabile che lo facesse in modo il più possibile chiaro ed esplicito, rendendosi conto dell'impatto sistematico di un tale approccio e forse anche della conseguente necessità di ripensare in termini di maggior coerenza e organicità l'intero quadro dei rimedi predisposti per fronteggiare le patologie negoziali, anziché continuare ad adoperare categorie e terminologie – quale quella della nullità – forgiate in un contesto e in un'ottica diversi.

Nel caso in esame la tecnica legislativa appare, invece, alquanto discutibile e non aiuta a sciogliere i nodi problematici. La formulazione del terzo comma del più volte citato art. 23 Tuf, infatti, potrebbe indurre a privilegiare l'interpretazione più restrittiva, giacché si limita stabilire che «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente», e ciò suggerisce l'idea che si sia voluto operare esclusivamente sulla legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità del contratto, senza interferire sugli effetti del vizio eventualmente accertato¹⁵. Si noti che una formula analoga è adoperata

anche negli artt. 2 e 4 del d.lgs n. 122/2005, che colpiscono con la nullità i contratti di compravendita di immobili da costruire in difetto di specifiche garanzie e della prestazione di determinate polizze assicurative da parte del venditore, prevedendo espressamente che la nullità possa esser fatta valere unicamente dall'acquirente; e nessuno dubiterebbe del fatto che l'accoglimento della domanda di nullità consenta in tal caso all'acquirente di recuperare il prezzo (o l'anticipo sul prezzo) versato al venditore, ma non certo di pretendere il trasferimento in proprio favore della proprietà dell'immobile in esecuzione del contratto dichiarato nullo. Ma – come non mancano di rilevare le sezioni unite – in un ambito più vicino a quello dei contratti d'investimento, cioè nel settore dei contratti disciplinati dal Testo unico bancario (Tub), l'art. 127, secondo comma (nella sua più recente formulazione), di quest'ultimo testo normativo si è conformato alla dizione del terzo comma del codice del consumo, stabilendo che le nullità di protezione «operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice». L'accento sembra quindi spostarsi dall'individuazione della parte che può agire in giudizio per far valere la nullità al modo in cui la nullità opera (a vantaggio di una sola parte), ossia alle conseguenze che se ne debbono poter trarre. Ed è evidente che quest'ultima formulazione parrebbe dare maggior fondamento all'interpretazione secondo la quale anche gli effetti dell'accertata nullità si producono unicamente a beneficio della parte protetta, la quale soltanto potrebbe perciò avvantaggiarsene agendo in ripetizione delle prestazioni rese in base al contratto nullo.

Le sezioni unite hanno scelto questa seconda opzione – se mal non intendo – proprio alla luce del confronto tra l'art. 23 del Tuf e le disposizioni del Tub (nonché del codice del consumo) cui si è appena fatto cenno, ritenendo che un diverso trattamento della nullità relativa per i contratti d'investimento, per i contratti bancari (e per quelli del consumatore) non sarebbe giustificato e si presterebbe a sospetti d'illegittimità costituzionale per la sua irragionevolezza.

Che la si condivida o meno, quella raggiunta dalla Corte di cassazione è certamente una conclusione importante, perché tende a dare alla nullità relativa una

13. Di un «modo di operare unidirezionale della nullità» parla (a proposito della disciplina della nullità protettiva disposta a favore del consumatore), A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, n. 2/2003, p. 205, nota 24.

14. Proprio nel caso che ha poi condotto alla decisione delle sezioni unite di cui si sta parlando era accaduto che il giudizio di primo grado, promosso dall'investitore per far dichiarare la nullità del contratto quadro e ripetere quanto versato in esecuzione di ordini d'investimento rivelatisi non redditizi, avendo l'intermediario convenuto proposto una domanda riconvenzionale per ottenere la restituzione di quanto versato al cliente in relazione ad altre operazioni derivanti dal medesimo contratto, si fosse concluso con la condanna dell'attore a pagare una differenza in favore dell'istituto di credito.

15. Secondo S. Pagliantini, *La nullità di protezione*, op. cit., c. 984, nulla consente di ritenere che la citata disposizione dell'art. 23 Tuf, nel prevedere la nullità di protezione della quale si sta parlando, abbia inteso derogare al dettato dell'art. 2033 cc istituendo un'ipotesi d'irripetibilità delle prestazioni rese dall'intermediario in base al contratto nullo di cui nella legge non v'è traccia.

configurazione più marcata e si iscrive in una linea di tendenza normativa volta ad adoperare in chiave protettiva per la parte più debole i rimedi offerti dall'ordinamento a fronte di patologie contrattuali che l'altra parte dovrebbe essere più agevolmente in grado di evitare, non senza quindi una qualche valenza sanzionatoria a carico di quest'ultima. Si sarebbe tentati di dire che si cerca così di accentuare la dissimmetria legale delle rispettive posizioni delle parti, quanto ai rimedi azionabili in presenza di vizi negoziali, per bilanciare l'opposta situazione di dissimmetria delle medesime parti nella fase della stipulazione e dell'esecuzione del contratto.

4. Il *passerpartout* della buona fede

Le sezioni unite, come già prima accennato, hanno però avvertito il rischio che l'ipertutela della parte in teoria più debole del rapporto finisca per favorire comportamenti opportunistici¹⁶, o comunque per procurare al cliente un vantaggio non facilmente giustificabile, sia pur nell'ottica rimediale resa necessaria dal vizio che inficia il contratto, specie quando quel vizio sia di carattere eminentemente formale. Se l'esecuzione del medesimo contratto ha generato in alcune fasi dei guadagni e in altre delle perdite, e se l'accertamento della nullità consente al contraente protetto di elidere le perdite, è difficile trovare una plausibile giustificazione al fatto che egli possa contemporaneamente trattenere i guadagni, perché conseguirebbe così un'utilità che non avrebbe ottenuto (quanto meno non in quella misura) se, reso edotto del vizio inficiante il contratto, egli si fosse astenuto dallo stipularlo o se gli fosse stata data la possibilità di stipularlo a condizioni diverse. Ed ecco allora il ricorso (ancora una volta, verrebbe fatto di dire) al principio di correttezza e buona fede, qui chiamato a fungere da scudo offerto all'intermediario per evitare che l'uso selettivo dello strumento della nullità di protezione limitatamente ad alcuni ordini di acquisto eseguiti in base al contratto quadro viziato procuri al cliente vantaggi economicamente non giustificati; con la precisazione, però, che un siffatto uso selettivo non

è di per sé contrario al canone di buona fede (oggettiva), ma potrebbe rivelarsi tale alla luce dell'esame in concreto dell'insieme degli investimenti eseguiti e del loro rendimento economico.

Ora, che il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede costituisca un principio fondamentale nella disciplina dei contratti (e non solo in quella) è un dato ormai sicuramente acquisito. Non ci si può sottrarre, tuttavia, all'impressione che esso talvolta finisca per essere adoperato come una sorta di *passerpartout*, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette. Nel caso in esame va poi osservato che il canone di buona fede non appare riferito alla stipulazione, all'interpretazione o all'esecuzione del contratto, quanto piuttosto al modo in cui una parte agisce in giudizio per far valere i propri diritti, lesi da un fenomeno di patologia negoziale, e ai limiti entro cui quell'azione possa dirsi corretta¹⁷. Il che pone un delicato problema di bilanciamento tra il principio costituzionale di solidarietà, cui si è soliti ricondurre il canone di buona fede, e il diritto di difesa in giudizio, parimenti garantito dalla Costituzione (per non parlare del principio costituzionale di tutela del risparmio). Un bilanciamento che sembra demandato caso per caso al giudice di merito. Ma, se si accettano le premesse dianzi poste, cioè che il legislatore ha inteso assicurare una maggior protezione al cliente proprio consentendogli (non solo di essere l'unico legittimato a denunciare la nullità del contratto, ma anche) di far valere la nullità esclusivamente a proprio vantaggio selezionando a tal fine gli ordini di acquisto risultati non convenienti, non è ben chiaro perché potrebbe essere contrario a buona fede il pretendere la restituzione di quanto versato in relazione a quegli ordini prescindendo dall'esito degli altri. Una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rilevatesi per lui negative, allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato in relazione ad esse, e non è facile comprendere in qual senso possano risultare contrarie al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia¹⁸.

16. Sulla difficoltà di definire con precisione cosa debba intendersi per "comportamento opportunistico", si vedano però le considerazioni di D. Maffei, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, n. 2/2019, pp. 178 ss., il quale si mostra poco convinto del fatto che possa qualificarsi "opportunistica" (almeno nell'accezione negativa che suole attribuirsi a quel termine) l'investitore che sceglie di utilizzare a proprio esclusivo vantaggio gli ordini eseguiti in base a un contratto quadro ad altri effetti nullo.

17. Osserva criticamente D. Maffei, *op. ult. cit.*, p. 178, che si verrebbe in tal modo a introdurre un'inedita ulteriore condizione di ammissibilità della domanda, accanto a quelle della legittimazione e dell'interesse all'azione, «rappresentata dalla meritevolezza dell'interesse ad agire».

18. Nota puntualmente S. Pagliantini, *La nullità di protezione*, *op. cit.*, c. 987, che «siccome ogni interesse ad agire ha un carattere selettivo, (...) non si può per questo etichettare come contraria a buona fede una domanda che miri a discernere l'ordine vantaggioso da quello divenuto causa di un danno».

Se, viceversa, si assume, come in definitiva sembrano fare le sezioni unite con la sentenza in esame, che per agire secondo buona fede il cliente dovrebbe limitare la sua domanda entro la differenza tra i guadagni e le perdite realizzate dall'insieme degli ordini d'investimento dipendenti dal contratto nullo, non è tanto il modo in cui egli fa valere il suo diritto di ripetizione dell'indebito a venire in questione, quanto piuttosto la determinazione stessa della misura in cui il diritto di ripetizione gli spetta.

In altre parole, messo da canto il riferimento alla buona fede¹⁹, forse non del tutto pertinente ma adoperato solo per veicolare una soluzione altrimenti priva di una ben riconoscibile base legale, mi pare si finisca col dire che, in presenza di nullità di protezione del genere di quella qui in esame, il cliente, oltre a essere legittimato in via esclusiva a richiedere la declaratoria di nullità, è sì l'unico a poter pretendere la restituzione delle somme versate in esecuzione del contratto nullo, ma che tale diritto gli spetta solamente entro il limite in cui

quelle somme superino l'ammontare dei guadagni eventualmente conseguiti per effetto del medesimo contratto²⁰. La nullità di protezione, per poter esplicare in modo effettivo la propria funzione, conforma altresì necessariamente la conseguente azione di ripetizione d'indebito, non solo impedendo che se ne possa avvantaggiare anche l'altro contraente, ma anche determinando la misura entro cui se ne può legittimamente avvalere lo stesso contraente protetto. Il favore accordato a costui non può varcare il confine al di là del quale si verificherebbe un arricchimento privo di una logica giustificazione.

È una conclusione ragionevole, ma che palesemente costituisce un'integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla.

La dottrina parla di «polimorfismo» della nullità²¹: elegante espressione, che però non vale a nascondere il fatto che la scarsa coerenza sistematica del legislatore, unita a una certa approssimazione lessicale, piaccia o no amplia inevitabilmente lo spazio dell'integrazione di fonte giurisprudenziale²².

19. Come pure alle figure dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto, alle quali le sezioni unite fanno anche riferimento, sembrano poi però volere prenderne le distanze laddove affermano di voler adottare come criterio ordinante il principio di buona fede «*in modo non del tutto coincidente con le illustrate declinazioni*» delle due suaccennate figure.

20. La soluzione adottata dalla Cassazione lascia perplesso G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Diritto bancario*, 4 dicembre 2019 (www.diritto bancario.it/editoriali/giuseppe-guizzi/le-sezioni-unite-e-le-nullita-selettive-nell-ambito-della-prestazione-di-servizi-di-investimento), sia perché egli reputa che sarebbe stato preferibile riferirsi ai principi sul mandato e dedurne che l'eventuale accettazione da parte del cliente degli ordini d'investimento rilevatisi per lui positivi possa configurare una tacita ratifica anche di quelli che abbiano dato un cattivo risultato (*contra*, D. Maffei, *Nullità selettive*, *op. cit.*, pp. 181-182), sia perché paventa la difficoltà di verificare in concreto e di porre a raffronto i risultati economici prodotti dai singoli ordini d'investimento.

21. M. Mantovani, *Le nullità "speciali" o di protezione*, *op. cit.*, p. 174.

22. Sul tormentato tema dei limiti entro cui è consentito alla giurisprudenza integrare le fonti legali non posso che rinviare agli scritti contenuti ne *Il giudice e la legge*, numero monografico di questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016, www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php, cui adde M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, *ivi*, n. 3/2019, www.questionegiustizia.it/rivista/2019/3/1-errore-di-diritto-e-l-interpretazione-della-norma-giuridica_682.php.

Nullità a vantaggio e nullità selettiva*

di Aldo Angelo Dolmetta

Dopo il commento di Renato Rordorf alla sentenza Cass., sez. unite, 4 novembre 2019, n. 28314, un altro contributo critico alla lettura della decisione.

1. La nullità di protezione: una disciplina (tuttora) in progress / 2. [Segue] Riequilibrio delle posizioni contrattuali o disciplina dell'offerta dei prodotti? / 3. Il distinto sistema della nullità di protezione / 4. Nullità a vantaggio e non utilizzabilità del giudicato da parte del produttore / 5. La nullità a vantaggio tra limiti esterni e «limiti» interni / 6. [Segue] Sul «limite» interno della buona fede (oggettiva)

1. La nullità di protezione: una disciplina (tuttora) in progress

La nullità di protezione è fenomeno abbastanza recente; o meglio, come tale – relativamente recente – viene di solito inteso nell'ambiente degli operatori del diritto. Nei fatti, tracce approssimative (ma significative) si trovano già, per dire, nella versione originaria del codice del 1942.

Così è per la norma dell'art. 1341, comma 2, cc, là dove assume ad oggetto specifico di considerazione le regole contrattuali pre-formate (cfr. art. 1337

cc) dall'impresa (e suoi vari dintorni), per poi dettare una disciplina funzionale agli interessi del cliente, quale soggetto estraneo alla formazione di tali regole¹. Così pure è per la norma dell'art. 1815, comma 2, cc là dove, nel prescrivere una disciplina protettiva della posizione del mutuatario – e (almeno) di riflesso, del mercato del credito –, dispone una nullità a diretto svantaggio del mutuante, impedendogli, per il mezzo di una nullità irrimediabilmente parziale, di potere lucrare su nuovi impieghi (quand'anche non usurari) delle somme di cui all'operazione colpita dalla nullità usuraria².

* Il presente contributo è stato pubblicato su *Questione giustizia online* il 27 febbraio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/nullita-a-vantaggio-e-nullita-selettiva_27-02-2020.php.

1. Scrivono R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Utet Giuridica, Milano, 2016, pp. 1496 ss. che solo «di quando in quando» la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto che l'unico soggetto legittimato a far valere l'inefficacia delle clausole vessatorie non sottoscritte in modo specifico è l'aderente, nella stragrande maggioranza dei casi stabilendo invece che anche il predisponente può far valere questo vizio. Peraltro, le pronunce richiamate dagli autori si fermano agli inizi degli anni novanta.

Può non essere inutile esplicitare, allora, che – nei tempi successivi – la Suprema corte ha mutato indirizzo, ammettendo solo il rilievo dell'aderente, sulla base dell'osservazione (non modernissima forse, ma comunque idonea) che la «specifica approvazione per iscritto è requisito per l'opponibilità delle clausole» in discorso nei confronti dell'aderente, «ma non anche per la loro efficacia nei confronti della parte che le ha predisposte»: cfr., in particolare: Cass., 20 agosto 2012, n. 14570; Cass., 21 agosto 2017, n. 20205; Cass., 4 giugno 2014, n. 12591.

2. L'importanza – non solo storica, per la verità – di questa disposizione risulta ancor più accentuata dalla constatazione che il vizio che, nel contesto del contratto di mutuo, affligge la regolamentazione convenzionale degli interessi compensativi è, di per se stesso, vizio di contratto, non già di clausola o di parte, concernendo l'oggetto negoziale, come pure è confermato dalla norma dell'art. 1820 cc (cfr. il mio *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. n.5/2003. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita notarile*, n. 1/2003, p. 110).

Il punto è, piuttosto, che la nullità di protezione come fenomeno proprio – e dunque con pretese di autonomia (in genere, di diversità) rispetto a quello della nullità tradizionale e cd. generale – è figura venuta a formarsi, e isolarsi, in via di progressivo distacco e allontanamento dall'istituto madre: un poco alla volta e senza possedere un preciso, compiuto disegno disciplinare a monte. Ciò che tuttora sta accadendo: in questo senso, la nullità di protezione è figura sicuramente recente; se non, più propriamente, figura *in progress*. Basti pensare, in proposito, che l'esplicitazione del principio della sua operatività a vantaggio del cliente, presente nella normativa di recepimento della direttiva 93/13/CEE (all'epoca, art. 1469-*quinquies* cc), è stato importato nel Tub solo nel 2010; e ancora manca nel Tuf (vds. *infra*, par. 3.1.).

Posta questa caratteristica (la figura è un cantiere aperto), un intervento delle sezioni unite, che viene a occuparsi della materia, è evento di per se stesso degno di nota. Di più, peraltro, nel caso della sentenza 4 novembre 2019, n. 28314, che qui si commenta: perché della figura della nullità di protezione questo arresto effettua – con diretto riferimento a una fattispecie concreta soggetta alla normativa del Tuf sui servizi di investimento, per la quale si è posto il problema dell'eventuale carattere "selettivo" di tale nullità e pure dei limiti di questo (*i.e.*: di un'incidenza limitata a taluno degli investimenti posti in essere, in ragione del concreto vantaggio del cliente) – un esame largo e approfondito³. E pure importante, va subito precisato. Anche se – non si può, nel contempo, non aggiungere – la pronuncia delle sezioni unite non presenta solo luci. Ma anche ombre, e rilevanti assai: a indice, invero, che la strada che ancora deve compiere la nullità di protezione sul piano del diritto vivente (e non solo su questo piano, lo si è appena accennato) si manifesta lunga e prevedibilmente non poco tortuosa.

Secondo quanto si passa, nei brevi cenni che seguono, a indicare.

2. [Segue] Riequilibrio delle posizioni contrattuali o disciplina dell'offerta dei prodotti?

Un primo tema – che è proprio di vertice e di impostazione (prima di ogni altra cosa) dommatica – attiene alla funzione da riconoscere propria della nullità di protezione (in genere e, in specie, di quella) disciplinata dal Tuf. Ad avviso delle sezioni unite, questa va ravvisata nella «reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali»; la normativa è, dunque, proprio di «riequilibrio contrattuale»: al punto che occorre, anzi, «evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distortivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto».

Si tratta di una prospettiva assai diffusa nella letteratura attuale; tant'è che la pronuncia, nel rifarsi più volte alla formula del «riequilibrio endocontrattuale», la dà sostanzialmente per scontata⁴. E tuttavia proprio da tale formula d'impostazione prospettica occorre, a mio giudizio, dissentire.

Per più ragioni. Prima di tutto perché la formula inquadra il tema nell'ambito di una contrapposizione dialettica – di maggiore o minore "forza"/"debolezza" – tra le parti: c'è uno «squilibrio» a cui occorre rimediare (la nullità "protegge" l'equilibrio sostanziale del contratto). E inoltre perché lo colloca all'interno di una dinamica meramente contrattuale, che nello spazio del (singolo) contratto viene cioè a esaurirsi senza residui.

In realtà, la nullità di protezione si pone tipicamente (e così, in specie, per i servizi di investimento) come struttura di completamento⁵ di una serie di

3. Non a caso, la pronuncia è già stata fatto oggetto, nel breve periodo trascorso dalla sua pubblicazione, di più commenti: G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Diritto bancario*, 4 dicembre 2019 (www.diritto bancario.it/editoriali/giuseppe-guizzi/le-sezioni-unite-e-le-nullita-selettive-nell-ambito-della-prestazione-di-servizi-di-investimento); D. Maffei, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *Diritto bancario*, 18 dicembre 2019 (www.diritto bancario.it/editoriali/daniele-maffei/nullita-selettiva-le-sezioni-unite-e-la-buona-fede-dell-investitore-nel-processo); R. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in questo fascicolo e già in questa *Rivista online*, 7 gennaio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/buona-fede-e-nullita-selettiva-nei-contratti-d-investimento-finanziario_07-01-2020.php; A. Dalmartello, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2020, pp. 32 ss.

4. Limitandosi a richiamare la nota pronuncia di Cass., sez. unite, 12 dicembre 2014, n. 26242. Per questa impostazione in dottrina vds., ad esempio, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, op. cit., p. 1504: «quando il contraente che soffre per una sua collocazione socioeconomica che fa di lui il soggetto contrattuale debole o non abile, l'invalidità del contratto si chiama nullità (...) ma può essere pronunciata solo o per iniziativa o nell'interesse del legittimato».

5. Secondo quanto sovente non viene percepito in letteratura. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, L. Modica, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*, in *Foro it.*, 2018, c. 1289: «non è la forma, neutra da questo profilo, a proteggere, ma la nullità che l'ordinamento vi associa».

regole (oneri e obblighi) che – in punto di fattispecie, come pure di esecuzione del rapporto – la legge pone in capo all'impresa⁶ e in funzione di tutela del cliente (inteso come espressione di una posizione seriale e quindi di una categoria). E che in sé concernono, queste regole, la costruzione dei prodotti da immettere sul mercato, come pure l'effettiva loro immissione: riguardano, dunque, un'attività di impresa (come ovviamente espressa in relazione a ciascun tipo-prodotto).

Posta questa prospettiva, la nullità di protezione si pone come rimedio puntuale – in relazione, cioè, alle singole fattispecie in cui viene riscontrata una violazione da parte dell'impresa dell'onere od obbligo assegnatole dalla legge – per comportamenti imprenditoriali che, se possono (nel caso) essere occasionali o casuali, per sé esprimono decisioni e prassi operative riferite propriamente all'attività in quanto tale.

Ora, si può senz'altro discutere sull'idoneità – e più ancora sulla sufficienza – di un rimedio puntiforme a prevenire e reprimere una violazione che in sé si atteggia come violazione di un'operatività. Sembra chiaro tuttavia che, per potere essere corretta, la lettura della nullità di protezione non può prescindere dalla circostanza che essa ha causa targata in violazioni, da parte dell'operatività d'impresa, di regole poste a protezione del cliente, né dalla constatazione che il metro di misura di tale rimedio si colloca, per l'impresa, rispetto all'intera linea della sua operatività (fattispecie concrete in cui viene rilevata la violazione e fattispecie concrete che non vengono portate in giudizio).

D'altro canto, è vero pure che il prodotto è frutto proprio dell'attività di impresa, che lo costruisce e immette nel mercato: rispetto a ciò il cliente è (non può che essere) irrimediabilmente estraneo; lo è per definizione⁷. Sicché non vi è proprio nulla da riequilibrare in proposito.

La questione, piuttosto, è quella di immettere dei prodotti che siano “buoni”, che siano “utili” per il cliente. Ora, nella valutazione normativa un prodotto la cui costruzione e/o immissione nel mercato sconta una violazione di legge non può, per definizione, essere “buono” o “utile”. Né in una prospettiva della nullità di protezione – che non sia chiusa nell'angolo contrattuale, ma sia per contro aperta sull'operatività dell'impresa – può trascurarsi, a livello di dinamiche di mercato, che un prodotto afflitto da violazioni di legge tende, per sua natura, a falsare il gioco della concorrenza, penalizzando (almeno in via potenziale) la posizione delle altre imprese che, virtuose, la legge invece rispettano⁸.

3. Il distinto sistema della nullità di protezione

3.1. Esaminando il testo dell'art. 23, comma 3, Tuf, le sezioni unite riscontrano che questo non va oltre la nuda previsione di una nullità che può essere fatta valere solo dal cliente. Sarebbe però errato – stimano le stesse – fermarsi a tale constatazione: «è necessario», invece, estendere l'«indagine ad aree contigue, in modo da avere un prospetto comparativo delle peculiarità del regime giuridico di tale tipologia di nullità».

Nel concreto, il confronto è svolto con le normative del codice del consumo e del Tub, che entrambe in via espressa aggiungono (nel testo in oggi vigente) le stringhe dell'operatività a solo vantaggio del cliente e della rilevabilità d'ufficio. Anche queste due regole trovano senz'altro applicazione nel campo dei servizi d'investimento, dicono le sezioni unite.

Perché il «tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione» è la «legittimazione

Diverso – davvero altro – è tema dell'individuazione delle funzioni protettive dei doveri imposti dalla legge all'intermediario in punto di forma *ad substantiam*. Che certo non si esauriscono – e neanche si focalizzano – in una semplice funzione informativa. Si focalizzano piuttosto nell'idea normativa di consentire al cliente un controllo – continuativo e utile – sul rapporto tra quanto predisposto dall'impresa in contratto e quanto dalla stessa praticato nella realtà materiale (dalla fisiologia del rapporto alla piena patologia dello stesso). Il legame che – nel contesto del Tub – corre tra il testo dell'art. 117, comma 1, e le prescrizioni dell'art. 119 appare, per la verità, manifesto. Non diversamente, nella sostanza, le cose stanno – per i servizi di investimento di cui al Tuf – tra contratto quadro, ordini d'acquisto ed estratti del conto titoli (da rimeditare sarebbe, piuttosto, la soluzione giurisprudenziale relativa al «non formalismo» degli ordini di acquisto).

6. Emblematica al riguardo può essere considerata (ad esempio) la formulazione dell'art. 117 Tub, in punto di onere della banca di consegnare al cliente uno degli esemplari del contratto al cliente: la prospettiva è così evidente che non vi è neppure bisogno di dare esplicitazione completa alla frase normativa (in effetti, nel contesto dell'art. 117 Tub, il termine «banca» compare solo nell'ambito del comma 8).

7. Un'importante applicazione di questa prospettiva – di diversificazione delle parti contrattuali in relazione alle (appunto) diverse posizioni che queste occupano nei confronti del bene/servizio oggetto del rapporto – si trova nella recente decisione dell'Abf Milano, 4 luglio 2019, n. 16558, sulla nullità (integrale) dei contatti di fideiussione predisposti a valle dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata dal provvedimento Banca d'Italia, 22 maggio 2005, n. 55.

8. Sui punti rapidamente accennati in questo paragrafo vds., *amplius*, A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013, *passim*, nonché, più di recente, *Id.*, *Efficienza del mercato e “favor naturalis” per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2018, pp. 1234 ss.

esclusiva del cliente ad agire in giudizio»; perché in tutti casi in cui sia prevista tale legittimazione esclusiva è «generalmente applicabile il rilievo officioso della nullità» (questo passaggio viene mediato dal richiamo agli «interessi e valori fondamentali» che presiedono alla previsione delle nullità di protezione, secondo quanto già enunciato dalla pronuncia di Cass., sez. unite, 12 dicembre 2014, n. 26242). E perché la somma di questi due rilievi porta con sé l'ulteriore «conseguenza sostanziale» che – anche nel campo dei servizi di investimenti – la nullità, essendo di protezione, può «operare soltanto a vantaggio del cliente».

3.2. In questa sequenza motivazionale si compie, a me pare, un transitio importante nella giurisprudenza della Corte, che va sottolineato.

Che prima di tutto è, naturalmente, quello dato dal passaggio dalla constatazione della esistenza di più serie disciplinari, più o meno assonanti tra loro, al consapevole riconoscimento dell'attuale presenza di una categoria (*ante omnia*) dommatica a sé stante, come rappresentata dalla nullità di protezione.

Ma più ancora importante è l'ulteriore passaggio, che pare possibile leggere nello svolgimento della detta sequenza. La categoria della nullità di protezione, dunque, ha come tratto dominante (o *focus*) proprio l'operatività a vantaggio del solo cliente.

La centralità che l'argomentazione delle Sezioni Unite assegna al punto del rilievo officioso, se da un lato assicura che la nullità in discorso è funzione di interessi pubblici fondamentali⁹, dall'altro mostra, infatti, che la stessa legittimazione esclusiva del cliente risulta, in realtà, più che altro un mezzo per escludere che lo strumento venga nel concreto deviato dal suo fine istituzionale e nel concreto utilizzato per il vantaggio dell'impresa contraente (legittimazione *cd. ad excludendum*)¹⁰. Per sé nulla sembra escludere, cioè, che l'azione giudiziale, intesa all'accertamento della nullità di protezione, sia avviata da un terzo (tipico, in proposito, l'esempio del fideiussore)¹¹: purché la stessa risulti nel concreto diretta a operare a vantaggio del cliente¹².

3.3. Ancora un'osservazione al riguardo. Ravvisata una coesione interna tra le più serie disciplinari

9. «Le nullità di protezione» – puntualizzano le sezioni unite – «fondano l'inderogabilità del loro statuto, contrassegnato dall'operatività a "vantaggio" del cliente, non solo sull'art. 2, ma anche sull'art. 3 (...) e sull'art. 41 cui si aggiunge, per l'intermediazione finanziaria, la tutela del risparmio (art. 47 Cost.)».

È il caso di aggiungere che, nel contesto della prospettiva delineata nel precedente paragrafo (2), ruolo centrale viene ad assumere, in specie, il principio dell'«utilità sociale» di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost., con la precisazione ulteriore che la regola di efficienza dell'impresa – effetto non secondario delle normative di protezione della clientela (*cf.* i lavori citati nella precedente nota 8) – si coniuga e congiunge con il principio di uso corretto, e non dispersivo, delle risorse economiche del territorio.

10. Accreditata parte della manualistica – che tutta, senza eccezioni, tratta la nullità di protezione come micro-frammento interno (più o meno deviante; più o meno variato) dell'istituto di cui agli artt. 1418 ss. cc, assunto come istituto generalissimo e per sé fagocitante ogni altra cosa della materia – insiste invece nel qualificare la nullità di protezione come un caso di nullità «relativa»: V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2018; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2019, p. 1002.

La centralità che le sezioni unite assegnano, nel contesto in esame, al rilievo officioso cancella, tuttavia, ogni credibilità – pure per il fronte del diritto vivente – a una simile impostazione.

11. *Cfr.* A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, n. 2/2003, p. 204; A.A. Dolmetta, *Trasparenza, op. cit.*, pp. 302 ss.; U. Malvagna, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio» del cliente e legittimazione di altri*, in *Banca borsa*, n. 2/2014, II, p. 141.

In materia, *cf.* anche Cass., 6 settembre 2019, n. 22385.

12. Secondo le sezioni unite, va in particolare evidenziata «la vocazione funzionale, ancorché non esclusiva» della nullità di protezione «alla correzione parziale del contratto, limitatamente alle parti che pregiudicano la parte contraente che in via esclusiva può farle valere». In proposito, occorre svolgere qualche rilievo.

La nullità parziale è uno dei possibili strumenti della nullità di protezione, la cui effettiva efficienza va misurata fattispecie tipo per fattispecie tipo: non diversamente da quanto avviene per gli altri strumenti. Non v'è, quindi, nessuna «vocazione funzionale alla correzione parziale». Il fatto è che, ove la legge disponga che la «valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo (...)» (art. 34, comma 2, codice del consumo), la nullità – essendo per forza riferita a una clausola – è di per se stessa parziale (appunto perché le regole di protezione riguardano solo aspetti disciplinari del contratto). Piuttosto, in materia è da rilevare che la regola di non propagazione (art. 36, comma 1) possiede – in una lettura che pretenda di essere funzionale e complessiva della normativa di protezione – tratto solo relativo, in buona sostanza dipendendo dall'oggettivo vantaggio dal cliente. Che, a me pare, costituisce l'unica vera, e fondamentale, «vocazione funzionale» della nullità di protezione.

Si pensi, al riguardo, al tema della nullità di protezione che colpisce, *ex se*, l'intero contratto di credito (così nell'ipotesi dell'art. 117 o in quella dell'art. 125-bis Tub) e in cui l'impresa abbia già erogato delle somme: se si applicano i principi della nullità *ex artt.* 1418 ss. cc, la nullità si ritorce contro il cliente, posto che questi dovrebbe restituire subito – senza giovare di alcun differimento – quanto ha ricevuto. Nel Tub manca peraltro una disposizione che preveda, in via generale, un regime sostitutivo e conformativo dell'operazione: questo, in effetti, risulta previsto unicamente per l'ipotesi di credito al consumo dalla norma dell'art. 125-bis, comma 9 («in caso di nullità del contratto, il consumatore (...) ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili»). Non resta, allora, che ricorrere – anche sfruttando, nel caso, la via analogica offerta dalla disposizione appena citata, ma comunque in via di conformazione giudiziale – al principio dell'operatività della nullità solo a vantaggio del cliente (*cf.*, su questi punti, *amplius* il mio *Trasparenza, op. cit.*, pp. 308 ss.).

dispositive di nullità di protezione, le sezioni unite ne hanno assunto una considerazione unitaria, categoriale appunto. All'enunciazione di questa categoria segue – di riflesso – che viene ad evolvere pure il rapporto tra queste serie disciplinari e le regole e principi contenuti nelle norme degli artt. 1419 ss. cc; con il cd. istituto generale della nullità.

Formata la categoria, la nullità di protezione viene quindi a esprimere un sistema autonomo, rappresentando un peculiare statuto del vizio di nullità negoziale¹³. Di conseguenza, il rapporto tra le singole discipline di legge che la contemplano e il cd. sistema generale della nullità codicistica risulta in ogni caso filtrato dalla presenza e consistenza di tale sistema.

Fissato questo punto, va ancora rilevato, peraltro, che oggi viene propriamente a porsi una domanda ulteriore, direttamente relativa ai rapporti correnti tra il sistema della nullità cd. generale e quello della nullità di protezione. Si può ancora discorrere, come fanno più arresti della Suprema corte, di rapporto di genere a specie¹⁴? Od occorre invece riconoscere che si tratta di sistemi tra loro paralleli (dei cosistemi, cioè), l'uno solo di misura applicativa più estesa dell'altro¹⁵?

4. Nullità a vantaggio e non utilizzabilità del giudicato da parte del produttore

4.1. Nel prosieguo, le sezioni unite vengono a occuparsi di un altro aspetto importante, che rimonta alla struttura conformativa della nullità di protezione, in via diretta concernendo posizione e poteri –

processuali e pure sostanziali – delle parti del contratto affetto da nullità di protezione: del contraente protetto, da un lato; di quello non protetto, dall'altro.

Nel concreto dei fatti esaminati dalla Corte, il problema nasce dal particolare meccanismo contrattuale dei servizi di investimento, ordinato sulla sequenza formata dal contratto quadro e dagli ordini di acquisto¹⁶. Nel caso, il contratto quadro è nullo per mancato rispetto di una regola di protezione; solo alcuni degli investimenti di cui agli ordini, peraltro, si sono dimostrati rovinosi per il cliente. Quale la sorte degli altri?

Si tratta di un problema peculiare, non v'è dubbio. Peraltro, pare ben possibile che il nucleo base della problematica che vi è connessa risulti, con i dovuti adattamenti, replicabile pure in relazione ad altre situazioni e ipotesi applicative di nullità di protezione.

4.2. Con diretto riguardo alla fattispecie tipo appena sopra sintetizzata, comunque, le sezioni unite sviluppano una risposta articolata.

«L'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta in via generale» – scrivono con riferimento alla posizione del contraente protetto dalla nullità – «con lo statuto normativo delle nullità di protezione». Il contraente protetto ben può, dunque, limitare la finalità della propria azione giudiziale agli ordini (in genere, alle situazioni) che, nel concreto, lo hanno effettivamente pregiudicato¹⁷.

Quanto al contraente non protetto (ma onerato del comportamento assistito dalla nullità), le sezioni unite annotano invece: «l'azione rivolta a far valere

13 P. Spada, "Nullo e ... avvenuto": le nullità del diritto commerciale, in *Riv. dir. priv.*, n. 2/2016, pp. 219 ss.: va «contrastata la propensione, che affiora nel meta-linguaggio della giurisprudenza teorica e [soprattutto] pratica, a fissare un "significato normativo" del vocabolo "nullità" una volta per tutte, segnatamente a cristallizzare la nullità in quanto disciplina (...) in una *regula iuris* [meglio, in un compendio di *regulae iuris*] (...) che sono poi quelle estraibili dagli articoli del codice civile in tema di nullità del contratto».

14 Così, sempre nella dichiarata scia di Cass., sez. unite, n. 26242/2014, anche la pronuncia delle sezioni unite che qui si commenta.

15 Quali diverse declinazioni del rimedio negoziale posto a presidio del rispetto di norme (secondo vari versi) intese alla tutela e perseguimento dell'interesse pubblico (dei «cosistemi», insomma: vds. il mio *I rimedi per la violazione*, op. cit., p. 101).

Il fenomeno della crescente divaricazione tra nullità ex art. 1418 ss. cc e nullità di protezione non è sfuggito a R. Rordorf, *Buona fede*, op. cit., che peraltro si dichiara preoccupato dell'«assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore»: questi dovrebbe rendersi «conto dell'impatto sistematico di un tale approccio e forse anche della conseguente necessità di ripensare in termini di maggior coerenza e organicità l'intero quadro dei rimedi predisposti per fronteggiare le patologie negoziali».

A me pare, per contro, che compito dell'interprete odierno non sia quello di fare affidamento su capacità che l'attuale legislatore (per più ragioni) non possiede, bensì quello di verificare, caso per caso, la misura dell'estensione effettiva della categoria della nullità di protezione, come struttura rimediabile aggregata attorno al polo informante dell'operatività a vantaggio. Problema, questo, che nell'oggi oggettivamente si pone, ad esempio, in relazione alla nullità dei contratti "a valle" delle intese anticoncorrenziali vietate ex art. 2 l. n. 287/1990 (cfr. *supra*, il cenno contenuto nella nota 7).

16 Sul rapporto strutturale corrente, nell'ambito dei rapporti relativi a servizi di investimento, tra contratto quadro e ordini di acquisto, vds. Cass., 23 maggio 2017, n. 12937. Ivi pure il rilievo che «la funzione del contratto quadro, ovvero la sua causa negoziale, è quella di fare (per l'investitore) e di far fare (per l'intermediario) degli investimenti. L'eventualità di confinarlo senza residui nello schema del semplice contratto normativo trascura che, nella realtà normativa, come pure operativa, la sua stipulazione importa, tra gli altri, anche il compito dell'intermediario di segnalare e proporre all'investitore l'opportunità di effettuare degli investimenti: secondo i termini organizzativi e contenutistici che per l'appunto si trovano prescritti da legge e regolamento».

17 Rileva correttamente U. Malvagna, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in *Banca borsa*, n. 6/2017, I, pp. 852 ss. che uno svolgimento selettivo della nullità di protezione può anche essere

la nullità di alcuni ordini di acquisto richiede l'accertamento dell'invalidità del contratto quadro»; «tale accertamento ha valore di giudicato, ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 cod. civ.» (come si vede, manca nel conto l'eccezione sollevata semplicemente a paralisi dell'azione restitutoria che sia svolta da controparte, caso che in effetti la pronuncia in commento tratta diversamente dagli altri: *cf. infra*, par. 6).

Di conseguenza, secondo la lettura delle sezioni unite il contraente non protetto non può – neppure nel caso sia stata accertata la nullità del contratto quadro – agire per l'accertamento dell'esistenza di altri ordini (e situazioni) dipendenti dal contratto medesimo. Né può chiederlo in via riconvenzionale. Né può agire in via di ripetizione d'indebito oggettivo, per ottenere le restituzioni connesse, per questi ordini, all'avvenuto accertamento della nullità del quadro.

4.3. La soluzione della Corte, che è stata appena schematizzata, merita, a mio giudizio, approvazione.

In effetti, si tratta di soluzione che scende direttamente – per entrambe le articolazioni di cui si compone – dalla conformazione strutturale della nullità di protezione¹⁸. Che, secondo la sua propria morfologia e in via di completamento di una coerente regolamentazione di certe fattispecie contrattuali e dei relativi rapporti esecutivi (vds. *supra*, par. 2), intende «propriamente sbilanciare» una «disciplina normativa (...) a favore di una determinata categoria di soggetti o, meglio, di una determinata posizione del rapporto» (quella del cliente, inteso come termine relazionale di riferimento dell'offerta di beni sul mercato)¹⁹.

Scendendo più ancora nello specifico, si deve notare che la soluzione selettiva degli ordini (*secundum quid*) trova il suo fondamento primo non già nella regola della legittimazione ad agire, quasi a ipotizzare che la nullità di protezione sia rimedio «a disposizione della parte» (cosa che, per contro, la stessa sicu-

ramente non è: *cf. supra*, tra l'altro, la derogabilità solo a vantaggio del cliente della normativa di trasparenza bancaria, di cui all'art. 127, comma 1, Tub, e la finalità della rilevazione d'ufficio di tale nullità, di cui al comma 2 della disposizione). Lo trova, invece, nel fatto che questa nullità può operare «soltanto a vantaggio» della posizione contrattuale protetta (*cf. supra* il riferimento appena sopra espresso alla domanda di beni); ed è questo tratto, in effetti, che viene a reggere lo sbilanciamento anche delle conseguenze sostanziali dirette – quali quelle in punto d'indebito, secondo quanto riscontrano le sezioni unite – che derivano dall'accoglimento della domanda proposta dal cliente.

E pure va sottolineato – sempre a riguardo delle conseguenze (anche) sostanziali dell'esercizio vittorioso dell'azione di nullità di protezione (e anche in relazione al tema dei limiti della selettività di questa nullità, a cui si sta per passare) – il fatto, del tutto trascurato (invece) dalle sezioni unite, dell'applicazione della nullità di protezione al mancato rispetto da parte dell'impresa *partner* contrattuale di un comportamento che la legge specificamente le impone in funzione della tutela del cliente contraente.

5. La nullità a vantaggio tra limiti esterni e «limiti» interni

Se qualche autore ha inteso negare la stessa eventualità di un uso selettivo della nullità di protezione²⁰, così fraintendendo sin dalle sue fondamenta prime questo fenomeno, come ben mettono in evidenza anche le sezioni unite²¹, nessuno – io credo – ha mai messo in dubbio l'esistenza di (ovvero: l'esigenza di fissare dei) limiti alla capacità espansiva di una nozione in se stessa aperta, com'è quella dell'«operatività» del rimedio dell'invalidità «soltanto a vantaggio del cliente».

Naturalmente, il problema è quello di individuare il punto dove risulti corretto fissare il limite dell'apertura a vantaggio. Cosa oggettivamente non facile in se stessa, attesa pure la mancanza di specifiche indicazioni di ordine legislativo in tal senso. E cosa ancor

frutto di un rilievo officioso, pur a fronte di domanda di nullità che nel concreto non sia stata articolata in termini selettivi.

In effetti, il criterio dell'operatività a vantaggio richiede una valutazione che venga compiuta in termini rigorosamente oggettivi (oltre che complessivi, naturalmente). Può stimarsi ormai sicuro, d'altro canto, che il vizio «coperto» da nullità di protezione non è suscettibile di convalida (Cass., 27 aprile 2016, n. 8395).

18. Con la conseguenza che – pure in relazione alle iniziative non consentite alla parte non protetta – sussiste il rilievo officioso del giudice.

19. *Cfr.* il mio *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa*, n. 2/1998, I, p. 190.

20. Così D. Semeghini, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 135.

21. «Con tale impostazione» – così si annota – «si trascura la strutturale vocazione delle nullità protettive a un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti». «Ove si ritenga che l'uso selettivo delle nullità di protezione sia da stigmatizzare ex se» – si conclude – «si determinerà un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione».

meno facile laddove si assuma, come appunto fanno le sezioni unite (cfr. *supra*, par. 2), una prospettiva chiusa sull'angolo meramente contrattuale – di «ri-equilibrio endocontrattuale», in particolare – della vicenda: ché, in una simile ottica, al vantaggio per un contraente corrisponde per forza, e per definizione, un non diverso svantaggio per l'altro contraente.

In ogni caso, se si tiene fermo (come non si può non fare) l'assunto che l'operatività a vantaggio rappresenta proprio lo scheletro strutturale di base della nullità di protezione (cfr. *supra*, par. 3.2.), appare evidente che quella comunque intesa a incidere all'interno del relativo meccanismo si configura come operazione in se stessa non corretta e pure arbitraria.

Se si intende rispettare la struttura dello strumento, il "limite" non può essere interno (i.e.: non può essere introdotto all'interno dell'ossatura propria del rimedio): al di là della constatazione, intendo, del fatto che, così invece facendo, si finisce per avallare il comportamento – di violazione di regole di tutela del cliente, dalla legge poste in capo all'impresa – che sta alla base della posizione di una nullità di protezione.

Il limite, dunque, non può essere fissato che sul segno dove questa struttura termina; ovvero pure (e insieme) nella presenza di fattori che – sempre dall'esterno – ne risultino guastare l'uso che nel concreto ne viene fatto.

Sotto il primo profilo, il pensiero va – immediata, come pure esemplificativo – alla richiesta dell'impresa di intermediazione di ottenere in restituzione i titoli di cui all'investimento selezionato; di far proprie le cedole o i dividendi che eventualmente fossero stati distribuiti nel relativo contesto; all'opponibilità dell'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito; e così via. Come pure immediata è la constatazione che, tuttavia, la pronuncia delle sezioni unite – nella ricerca del limite dell'operatività a vantaggio – non prende proprio in considerazione il menzionato tipo di aspetti.

Sotto il secondo profilo, il riferimento va – com'è scontato – alla rilevanza in proposito dell'«agire intenzionalmente a danno» (dell'uso meramente strumentale del proprio diritto, cioè), che è figura ben

nota nel nostro ordinamento e in cui, appunto, parte della letteratura aveva individuato il limite proprio della nullità a vantaggio²².

Di questa specifica prospettiva le sezioni unite fanno, per la verità, cenno in due punti della motivazione (cfr. n. 21, primo periodo; n. 22.2 ultimo periodo), per respingerla: nel concreto manca, tuttavia, l'enunciazione di una qualche ragione a supporto di simile intendimento.

6. [Segue] Sul «limite» interno della buona fede (oggettiva)

6.1. Nettamente diverso da quello appena sopra delineato è l'approccio che le sezioni unite predicano in punto di limiti dell'operatività della nullità a vantaggio. Che viene appunto condotto sul filo sostanziale dell'intervento e incidenza interni su questo meccanismo²³: a mezzo, in particolare, del richiamo al principio della buona fede (oggettiva).

Secondo la Corte, precisamente, l'operatività dell'uso selettivo della nullità di protezione «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»; principio da intendere «in modo non del tutto coincidente con le (...) declinazioni dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto».

Tale modulazione e conformazione si traduce concretamente – prosegue il pensiero della Corte – in ciò che «non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità (...) con quelli che sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato»: «pertanto per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario», si deve verificare l'esito complessivo degli investimenti effettuati nel relativo contesto.

«Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta il principio di buona fede», così si conclude. «Oltre

22. Cfr., così, A.A. Dolmetta, ad esempio in *Trasparenza*, op. cit., p. 48; U. Malvagna, *Nullità di protezione*, op. cit., p. 851.

23. Con riferimento al (solo) caso in cui un contratto, pur nullo, materialmente esista. Per il caso in cui manchi questa materialità, le sezioni unite sembrerebbero approvare la decisione di Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, per la quale «se un contratto manca, perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trova in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità»; perciò, quando si faccia valere la nullità di talune di queste operazioni, «non vi è ragione di chiedersi se ciò integri un «uso selettivo della nullità», ciascuna operazione rimanendo dunque autonoma e non permeabile alle altre.

La differenza tra le due ipotesi, a cui viene fatta assumere rilevanza, risulta porsi – se ben si intende, almeno – in punto di sussunzione della fattispecie concreta. Altra questione, peraltro, è se quella indicata sia davvero una differenza «sensibile» in ordine al problema dell'operare della nullità di protezione – posto che, indubbiamente, il cliente (che segnala la mancanza materiale, e volendo anche «ideale», di un contratto) fa comunque valere un vizio inerente alla nullità di protezione.

tale limite opera, ove sia oggetto di allegazione»²⁴, invece, l'«effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede».

6.2. La soluzione così tracciata non sembra avere convinto, per la verità, i primi commentatori della sentenza delle sezioni unite. E anche a me pare, pur nel riconoscibile sforzo di questa di individuare una soluzione di sostanza *soft* («di compromesso», è stato scritto²⁵), che non possa convincere.

Pure al di là del ragionamento appena sopra svolto (par. n. 5) in punto di (non) coerenza strutturale del limite, che così è stato prospettato, col meccanismo della nullità di protezione come nullità a vantaggio esclusivo di una data parte contrattuale²⁶; anche in via indipendente, dunque, dal carattere in sé assorbente di tale rilievo. E pure al di là – va altresì aggiunto – del fatto che la pronuncia appare, per certi versi, indeterminata²⁷: così, in specie, in ordine all'unità di misura relativa all'effettuazione della valutazione «complessiva» (dell'esito) degli investimenti fatti dal cliente, sì da potere determinare se, e in quale misura concreta, sia destinata al successo l'eccezione di buona fede sollevata dall'impresa intermediaria²⁸. L'incertezza investe, in particolare, sia la dimensione temporale da tenere in considerazione per individuare gli (altri) investimenti rilevanti, sia i modi e termini della valorizzazione di questi ultimi, sia pure l'eventuale considerazione unitaria dei più rapporti contrattuali nel caso correnti tra le parti (i pronti contro termine rientrano nella valutazione?).

6.3. Il nocciolo della critica, che – sotto il profilo propriamente dommatico – va mosso alla sezioni

unite, a me pare stia in ogni caso fuori dalla tematica del merito dei contenuti assegnati a questa clausola generale²⁹.

Nel nostro sistema, il canone della buona fede oggettiva viene a strutturarsi secondo due diverse linee di base: quella integrativa (come nell'art. 1375 cc) e quella valutativa (*cf.* l'art. 1460, comma 2, cc). Ora, nel caso in discorso, non sembra proponibile una qualificazione in termini di intervento integrativo della buona fede, posto se non altro che nessun obbligo è ravvisabile, in proposito, in capo al cliente che fa valere la nullità a proprio vantaggio (oltretutto, qui la buona fede rileva solo in via di eccezione). Sicché, in questo caso, il canone di buona fede dovrebbe prendere natura valutativa; dovrebbe, di conseguenza, venire in rilievo nei termini di *exceptio doli generalis* (nella consapevolezza della *chicane* che si sta esponendo, le sezioni unite sembrano volerla allontanare, quando pudiche accennano all'essere qui la buona fede richiamata in termini «non del tutto coincidenti» con l'*exceptio*).

Senonché, l'*exceptio*, per quanto non manchi naturalmente di frequentare la prospettiva delle figure sintomatiche, ha sempre bisogno – per affermarsi positivamente – del confronto con la singola fattispecie concreta. Qui invece viene chiamata a operare a livello di struttura dell'istituto (della nullità a vantaggio) in quanto tale: secondo quanto appunto rilevano le Sezioni Unite, proprio per «modulare e conformare» la figura della nullità di protezione.

6.4. Un'ultima notazione. In più passi, la sentenza assume espressamente che il limite della buona fede è posto in funzione di evitare all'impresa intermediaria

24. Precisano le sezioni unite che «l'eccezione di buona fede, operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscano gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere, tuttavia, oggetto di specifica allegazione».

25. R. Rordorf, *Buona fede*, *op. cit.*

26. Rileva correttamente R. Rordorf, *op. ult. cit.*, che «una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rivelatesi per lui negative, allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato in relazione ad esse, e non è facile comprendere in qual senso possano risultare contrarie al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia».

27. Spunti in questa direzione anche in G. Guizzi, *Le Sezioni Unite*, *op. cit.*

28. Nessun dubbio che l'onere della prova relativa alle valorizzazioni degli investimenti ricada sull'intermediario.

29. Secondo R. Rordorf, *Buona fede*, *op. cit.*, invece, la conclusione delle sezioni unite è «ragionevole, ma (...) palesemente costituisce un'integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla». Per certi versi non lontano il pensiero di D. Maffei, *Nullità selettiva?*, *op. cit.*: «la sensazione è che la buona fede sia una narrazione, buona a condurre alla creazione giurisprudenziale di qualsiasi regola operativa, più o meno prevedibile». Scrive poi G. Guizzi, *Le Sezioni Unite*, *op. cit.*, che la «soluzione accolta dalla Corte costituisce espressione di quella sempre più diffusa tendenza (...) a spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge».

Nei confronti di questo genere di critiche non posso non avanzare delle forti riserve. Un conto è l'estraneità al tema della nullità di protezione della clausola generale di buona fede oggettiva, come posta «a protezione» dell'impresa offerente beni e servizi sul mercato (e che, nel concreto, si è disinteressata dei doveri imposti dalla legge). Un altro conto è il ricorso – in quanto tale – alle clausole generali e ai compiti che la vigenza delle stesse impone alla decisione del giudice. Mi sembra, in altri termini, che le riferite critiche mescolino un po' troppo frettolosamente i due piani del discorso, pur tra loro oggettivamente ben distinti.

dei «pregiudizi» eccessivi e sostanzialmente non giustificati; la prospettiva sembra quella di elidere delle perdite, insomma.

Nel concreto, tuttavia, il limite risulta collocato sul crinale del passaggio dalla perdita al lucro da parte dell'investitore (*cf.* l'ultimo capoverso del par. 6.1.): a essere colpito, dunque, è l'arricchimento di questi. Secondo un'ottica che, per la verità, arieggia – assai più che quello della buona fede – l'istituto dell'arricchimento senza causa e pure, se non forse più ancora, quello della *compensatio lucri cum damno*, dalla giurisprudenza della Corte non a caso collegata alla sussistenza di (più o meno generiche) istanze equitative³⁰.

Il che, per la verità, dà enfasi ulteriore alla «non proprietà» del richiamo delle sezioni unite al canone della buona fede oggettiva, clausola generale

istituzionalmente votata a regolare il comportamento di un soggetto in funzione di tutela dell'interesse dell'altro soggetto con cui il primo viene in contatto e rapporto (emblematica, al riguardo, la tradizionale stringa della Corte, per cui la buona fede oggettiva comporta reciproci obblighi di lealtà e di salvaguardia). E nel contempo indica che più consono (o comunque meno «estraneo») al richiamo della clausola di buona fede compiuto dalle sezioni unite – oltre che, all'evidenza, alle caratteristiche della figura della nullità di protezione (vds. *supra*, par. 2) – sarebbe forse stato modulare il limite dell'operatività a vantaggio in relazione al peso specifico, alla gravità del comportamento di violazione di legge che, nel concreto, risulta posto in essere nella (prassi della) impresa intermediaria.

30. Per il rilievo che la regola della *compensatio* intende «non consentire una ingiustificata locupletazione del soggetto danneggiato», vds. Cass., 18 giugno 2018, n. 16088; Cass., 31 luglio 2015, n. 16222.

Introduzione

di *Luca Minniti e Luca Masera*

Le politiche di esternalizzazione delle attività di frontiera, in funzione di ostacolo all'ingresso nel territorio nazionale, possono integrare condotte illecite sotto il profilo del diritto internazionale e nazionale, quando violano il principio di non respingimento e il diritto di asilo, giustificando la domanda di tutela – e una risposta – giurisdizionale.

1. La lente del giurista sulle frontiere dei diritti umani / 2. Al di là dei confini: lo scenario nel quale opera la giurisdizione/ 3. Esternalizzare la tutela dei diritti umani. Il ruolo della giurisdizione/ 4. Conclusioni

1. La lente del giurista sulle frontiere dei diritti umani

Questione giustizia intende contribuire a far sì che l'attenzione dei giuristi si rivolga maggiormente verso i luoghi – fisici e giuridici – dove le frontiere dei diritti umani, intese come ambiti avanzati della loro tutela, incontrano o, per meglio dire, si scontrano con le frontiere politiche e con gli ostacoli materiali frapposti dagli Stati e dalle istituzioni europee e internazionali.

Il duplice significato che, nella storia, hanno assunto le frontiere incontra nel tema prescelto un punto di evidente frizione.

Da una parte, la tutela dei diritti umani rischia di trovare un ostacolo e a volte un limite invalicabile nelle frontiere intese come confini materiali.

Dall'altra, le frontiere del diritto, nel significato espansivo di orizzonti, evocano il progetto normativo, costituzionalmente vincolante, di ampliamento dei diritti fondamentali verso aree geografiche e contesti ove essi stentano a trovare riconoscimento¹.

Il tema che abbiamo messo al centro dell'Obiettivo presenta questo doppio volto.

Quello delle frontiere rigide, rappresentate dai confini politici con i loro ostacoli materiali, da una parte, e quello delle frontiere, mobili e progressive, dell'espansione dei diritti umani all'interno del quale la giurisdizione è chiamata a svolgere il tradizionale ruolo di garanzia e tutela dei diritti.

A ben vedere, nell'ambito che sottoponiamo all'attenzione dei lettori, sembra di scorgere, purtroppo, anche un *tertium genus*, ibrido, di frontiera.

Quello delle frontiere politiche estese ben oltre i confini politici dello Stato, attraverso quel fenomeno di "esternalizzazione" delle frontiere italiane ed europee che rappresenta il *fil rouge* dei diversi contributi ospitati in questo Obiettivo.

La gravità dei fatti, di cui si occupano tutti i contributi qui riuniti, è sotto gli occhi di tutti.

Le atrocità in Libia, i ghetti ai confini (dentro e fuori) dei Paesi aderenti all'Ue, i respingimenti "per procura" con allontanamento dai confini territoriali, od oltremare. La situazione al confine tra Turchia e Grecia. La condizione dei migranti sulle isole del Dodecaneso.

Il fenomeno dell'esternalizzazione delle barriere all'ingresso, con il sostanziale spostamento delle

1. «La nuova frontiera» fu la memorabile formula con la quale John F. Kennedy decise di racchiudere il senso e la sfida della sua Presidenza: *La nuova frontiera. Scritti e discorsi*, Donzelli, Roma, 2009.

frontiere, nazionali ed europee, in altri Paesi resi in qualche modo disponibili a farsi carico del controllo dei migranti diretti verso il nostro continente, segna la stagione delle frontiere politiche fluide, capaci di produrre i loro effetti ben oltre i confini dello Stato. È un fenomeno che pone sfide assai difficili al giurista, perché la delocalizzazione delle frontiere ha il precipuo obiettivo di escludere i migranti dal riconoscimento dei loro diritti, in primo luogo dal diritto a veder esaminata la propria domanda di protezione, spostando così il luogo delle violazioni di tali diritti al di fuori dei confini dell'Europa, oltre i margini delle giurisdizioni europee.

Nel contrastare tali prassi, i soggetti esponenziali dei richiedenti asilo stanno provando a percorrere soluzioni innovative, capaci di estendere la portata della giurisdizione a tutela dei diritti fondamentali oltre i confini fisici degli Stati europei. Nella consapevolezza del fatto che, se si sposta la barriera che ostacola l'esercizio del diritto, anche il giurista deve sperimentare soluzioni di frontiera.

Se è vero che «La Libia non c'è più» come ha scritto di recente Lucio Caracciolo², perché «al di là del Canale di Sicilia è in corso una furiosa guerra fra potenze per interposti miliziani e tagliagole a noleggio», sorge l'obbligo giuridico di chiedersi se ciò che avviene in quello spazio geografico interferisca con le forme di tutela dei diritti umani nel nostro continente.

Nell'ordinamento italiano, la condizione vissuta dalla grande maggioranza dei migranti in Libia è stata per la prima volta accertata dalle sentenze di primo e secondo grado nel caso *Matammud*³, che hanno descritto e accertato la realtà dei «campi di raccolta» dei migranti in Libia. Ad esse si aggiungono i racconti che i giudici della protezione internazionale raccolgono ogni giorno nelle audizioni dei richiedenti asilo, migrati dall'Africa subsahariana e schiavizzati, venduti, torturati in Libia.

Ma le fonti extragiudiziarie di un tale scempio sono innumerevoli.

Se è vero che si possono ancora diversamente valutare, all'esito di un esame individuale attento, le

ragioni delle migrazioni che alimentano i campi di detenzione libici, non si può revocare in dubbio quello che sta, ancora oggi, avvenendo in Libia.

Anche l'Oim (Organizzazione internazionale per le migrazioni), che opera a fianco dei governi europei nelle varie attività di gestione dei flussi migratori e dei rimpatri, ha di recente evidenziato che, nel 2019, «più di 8.600 migranti che hanno tentato la traversata del Mediterraneo sono stati riportati in Libia in centri di detenzione sovraffollati, dei quali le Nazioni Unite hanno documentato le condizioni inaccettabili, le violazioni dei diritti umani e le sparizioni»⁴.

Mentre scriviamo, la senatrice Emma Bonino con queste parole ha rappresentato il cd. *Memorandum Italia-Libia*: «Non esiste di fatto alcun accordo tra autorità italiane e libiche, ma solo linee di finanziamento a un'attività di repressione, detenzione e sfruttamento di profughi contrario a regole minime di diritto e civiltà giuridica. Che senso ha proseguire con la finzione di un accordo?»⁵.

E sempre in questi giorni si stanno rilevando tutte la criticità del modello di gestione dei flussi migratori adottato dalla Ue nell'anomalo accordo – perché di questo si tratta – concluso tra Ue, Stati membri e Turchia, oggetto di analitico esame nell'articolo di Chiara Favilli in questo Obiettivo. Sotto gli occhi di tutti è la drammatica condizione delle persone sulle isole greche del Dodecaneso e il trattamento di coloro che si sono riversati al confine di terra tra Grecia e Turchia.

2. Al di là dei confini: lo scenario nel quale opera la giurisdizione

Quanto sopra rappresentato non può non riflettersi anche negli ordinamenti giuridici italiano ed europeo, e i giuristi – inclusi, in ultima istanza, i giudici – devono necessariamente considerare la condizione effettiva che si è andata determinando in Libia e in tutti i Paesi usati come barriera, dal 2011, per le persone in transito.

2. In *La Repubblica*, 9 gennaio 2020.

3. Su tale vicenda, cfr. il commento alla sentenza di primo grado di G. Dinisi, *Il Caso Matammud. Un modello terrifico di gestione dei centri d'accogliimento profughi in Libia*, in questa *Rivista online*, 25 settembre 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-matammud-un-modello-terricco-di-gestione-dei-centri-d-accogliimento-profughi-in-libia_25-09-2018.php, e il commento alla sentenza d'appello di G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud. Nota a sentenza Corte ass. app. Milano, Sez. I, n. 9/2019, ud. 20.03.2019*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2020, pp. 214-227, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-e-commenti/fascicolo-2020-1/524-campi-di-detenzione-per-migranti-in-libia-il-caso-matammud-nota-a-sentenza-corte-ass-app-milano-sez-i-n-9-2019-ud-20-3-2019/file.

4. Oim, *Necessario un cambiamento immediato nell'approccio alla situazione in Libia*, 22 novembre 2019, <https://italy.iom.int/it/notizie/oim-%C3%A8-necessario-un-cambiamento-immediato-nellapproccio-alla-situazione-libia>.

5. Intervista di G. Casadio in *La Repubblica*, 1° marzo 2020, https://rep.repubblica.it/pwa/intervista/2020/03/01/news/migranti_emma_bonino-249990431/.

Nel caso della Libia la condizione è più drammatica, ma pur sempre duplice è la rilevanza della valutazione giuridica della condotta dello Stato nelle attività di esternalizzazione delle frontiere, cioè in quelle attività di ostacolo all'ingresso nel territorio nazionale svolte dagli Stati e dalle loro organizzazioni internazionali oltre i propri confini. Gli articoli che ospitiamo ci aiutano a provare a distinguere, come sempre deve saper fare il giurista, tra le pratiche di *protection elsewhere* e le pratiche di *no way* dirette a impedire l'esercizio del diritto costituzionale di asilo.

Il *Memorandum* Italia-Libia nella sua versione del 2017 è stato tacitamente rinnovato il 3 febbraio 2020, senza alcuna modifica nonostante le sollecitazioni avanzate da molti. Nessuna delle azioni fino ad oggi promosse sembra destinata a risolvere il dramma che in quel Paese i migranti dell'Africa subsahariana stanno ancora vivendo. I profili tecnico-giuridici dell'accordo sono analiticamente trattati in questo Obiettivo, nel contributo di Alice Riccardi, a partire dal profilo della (in)compatibilità con la riserva di legge di cui all'art. 80 Cost., per terminare con l'esame dell'art. 4 del *Memorandum*, contenente l'obbligo italiano di provvedere «*al finanziamento delle iniziative*» ivi menzionate, compresi i centri di detenzione e il pattugliamento delle frontiere.

Ma non solo. Abbiamo voluto consentire ai lettori di riflettere su cosa accada ai margini dei bastioni europei, con contributi riguardanti Paesi diversi dalla Libia (sulla quale il materiale disponibile è già molto ampio), ma ugualmente interessati dal fenomeno della esternalizzazione, dando la parola a chi ha esperienza diretta di ciò che avviene laddove tale fenomeno viene concretamente implementato.

Un primo contributo riguarda la situazione in Marocco, dove nell'estate 2018 i *media* hanno diffuso le immagini dello scavalco del muro di Ceuta e Melilla da parte di alcune centinaia di migranti, che hanno oltrepassato la barriera malgrado dispositivi di sicurezza sempre più sofisticati, collocati intorno alle due *enclave* spagnole a partire dalla fine degli anni novanta. Eventi ai quali è seguito il respingimento collettivo in base alla riattivazione di un accordo bilaterale tra le autorità spagnole e marocchine. Gli insediamenti, in Marocco, di persone migranti in attesa della partenza determinano nuove relazioni e strutture sociali dense di implicazioni e rischi sul piano dei diritti umani. Sul tema si sofferma l'articolo di Anaik Pian, che descrive come tali implicazioni e rischi siano direttamente connessi alle strategie e tecniche di respingimento alle frontiere messe in atto dai Paesi europei.

Due contributi sono poi dedicati alla situazione dei migranti in Niger, Paese chiave, per la sua collocazione geografica, per i movimenti migratori dai Paesi dell'Africa centrale verso la Libia e il Mediterraneo. Il lavoro di Florence Boyer e Harouna Mounkaila presenta una preziosa testimonianza di come le politiche europee sulla migrazione impattino sulla vita delle popolazioni che tali politiche si trovano a dover attuare, con particolare attenzione alla situazione nella città di Agadez, tradizionale porta d'accesso al Sahara e da secoli luogo di passaggio delle carovane che partono per il deserto: l'analisi dei due ricercatori ci mostra uno scorcio delle dinamiche sociali complesse e contraddittorie provocate dalle politiche europee, e pressoché ignorate dai nostri decisori politici, così come dalla nostra opinione pubblica. Il contributo di Jill Alpes si sofferma invece sul meccanismo di evacuazione di emergenza dei migranti dalla Libia al Niger, in vista della loro successiva ricollocazione in Paesi europei o extra-europei: l'autrice riferisce dei problemi che ha rilevato sul campo come operatrice umanitaria coinvolta in tale processo, di cui fornisce al lettore una chiave di lettura documentata e priva di apriorismi. Strettamente connesso è il contributo a firma di diversi soci Asgi, coinvolti in progetti di studio e collaborazione con colleghi dei Paesi di origine dei migranti, che mette in luce la strumentalizzazione cui si espone il meccanismo di *relocation* messo in opera, con il supporto di Unhcr e Oim, per numeri molto limitati di migranti presenti nei campi di detenzione in Libia e trasferiti in Niger: il rischio concreto è che tale strumento di natura umanitaria venga a sostituirsi alla cogente necessità di riaffermare il diritto all'asilo, platealmente e ripetutamente negato alle migliaia di disperati presenti nell'inferno dei centri libici.

3. Esternalizzare la tutela dei diritti umani. Il ruolo della giurisdizione

L'Obiettivo mira anche a portare la riflessione sui due principi fondamentali, rilevanti nel sindacato giurisdizionale delle condotte statali di ostacolo all'accesso: essi sono identificabili nel principio di non respingimento e nel diritto costituzionale di asilo, in un contesto nel quale «*stemming the flows*» è il *mantra* delle politiche migratorie dei governi e dell'Unione di questi ultimi anni, mentre residuale e limitata è la predisposizione di canali di ingresso legale, anche per le persone in evidente bisogno di protezione internazionale⁶.

6. C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2017, pp. 553-561.

Con riferimento al primo principio, esaminato nell'articolo di Massimo Frigo, occorre individuare sia il nucleo essenziale dei diritti umani in funzione del quale il divieto di respingimento opera, sia le situazioni esterne ai confini nazionali nelle quali sorge la responsabilità dello Stato, per effetto della soggezione della persona alla sua sfera di controllo effettivo. Inoltre, occorre necessariamente sottoporre a sindacato giurisdizionale la nozione di "Paese terzo sicuro", in particolare con riferimento all'adeguatezza della tutela nel Paese terzo del diritto di asilo.

Quanto al diritto di asilo costituzionale, la riflessione non può non concentrarsi sulla portata dell'asilo *oltre confine*, o *extraterritoriale*, e in questo ambito sul rilievo che può assumere la pratica di esternalizzazione delle frontiere.

A venire in rilievo non è solo la pur necessaria ma limitata applicazione della norma che consente di tener conto del Paese di transito⁷ ai fini della valutazione della domanda di protezione internazionale, ma il rilievo attribuibile alla stessa (il)liceità delle condotte di esternalizzazione delle frontiere, se destinata a creare ostacoli, prima di tutto materiali, all'esercizio del diritto di asilo.

La risposta a questa domanda non può non essere collocata nell'ambito di una seconda questione ancora più ampia: il diritto costituzionale di asilo di cui all'art. 10 comma 3, alimentato dagli obblighi internazionali di cui agli artt. 10, comma 1, 11 e 117 Cost., impone alla giurisdizione di dare rilievo a quello che accade oltre le nostre frontiere anche con riferimento agli ostacoli frapposti dallo Stato di destinazione? O impone di attendere che il richiedente raggiunga in qualche modo il territorio nazionale, negando ogni tutela anche a fronte di azioni che si risolvono in respingimenti di fatto, praticate dallo Stato o dalla Ue prima del raggiungimento del territorio nazionale?

E, ancora, il diritto costituzionale di asilo va o meno inteso nel senso di offrire integrale attuazione al principio fondamentale di diritto internazionale dei diritti umani, secondo cui lo Stato deve garantire, assicurare e proteggere i diritti umani di ogni persona

soggetta alla sua giurisdizione, intesa come soggezione della persona alla sfera di controllo effettivo o all'autorità dello Stato, prescindendo dalla sua nazionalità e dalla sua presenza fisica nel territorio dello Stato?

In dottrina si è autorevolmente sostenuto che «*la presenza del richiedente il diritto di asilo nel territorio dello Stato non è condizione necessaria per il conseguimento del diritto stesso*», giacché «*prescinde in toto dalla preventiva presenza di chi lo richiede nel territorio della Repubblica, in quanto il riferimento a questo luogo, contenuto all'art. 10, co. 3, Cost., indica in tutta evidenza quello nel quale uno straniero potrà godere il (contenuto del) diritto di asilo, mentre esso non si pone affatto come requisito ulteriore per la relativa domanda, la cui causa di giustificazione discende unicamente da quanto previsto in quella stessa disposizione (ovvero l'impedimento nel suo Paese dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana)*»⁸. Il diritto Ue, in verità, contiene la previsione della necessità della presenza della persona nel territorio nazionale per la proposizione della domanda e per la determinazione dello Stato competente⁹; tuttavia tale previsione, pur contenuta in una norma vincolante dell'Unione, non ostacola l'adozione o il mantenimento di norme nazionali più favorevoli: l'armonizzazione a livello Ue lascia ancora uno spazio agli Stati membri per più ampie tutele del diritto di asilo.

E allora, se questo è vero, la condizione dei migranti segregati in Libia potrebbe giustificare un intervento giurisdizionale che dia effettiva attuazione agli artt. 10, comma 3, e 24 Cost., nonché agli artt. 4, 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), dando ingresso nel territorio nazionale alle persone che manifestino, anche sulle sponde meridionali del Mediterraneo, la volontà di richiedere asilo?

Su questo scenario si è affacciata di recente anche la giurisdizione italiana con la sentenza del Tribunale di Roma n. 22917 del 28 novembre 2019¹⁰.

Si è correttamente messo in evidenza che lo Stato non ha l'obbligo internazionale di accogliere perché, senza violare il divieto di respingimento, può scegliere

7. Art. 8, comma 3, d.lgs n. 25/2008, secondo il quale «Ciascuna domanda è esaminata alla luce delle informazioni precise ed aggiornate circa la situazione generale esistente nel paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, nei paesi in cui essi sono transitati».

8. M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. XII, n. 2/2010, p. 55.

9. L'art. 3, §§ 2 e 3, direttiva 2013/33/UE (cd. "direttiva procedure") si esprime nel senso che «1. La presente direttiva si applica a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri, nonché alla revoca della protezione internazionale. 2. La presente direttiva non si applica alle domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri». Ed anche l'art. 3 della direttiva 2013/33/UE prevede che «La presente direttiva si applica a tutti i cittadini di Paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro».

10. Trib. Roma, 28 novembre 2019, n. 22917, in *Giustizia insieme*, 5 febbraio 2020, con commento di R. Russo, *Respingimenti illeciti e diritto d'asilo: è sufficiente il risarcimento in denaro?*, www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-civile/858-respingimenti-illeciti-e-diritto-d-asilo-e-sufficiente-il-risarcimento-in-denaro-nota-a-trib-roma-28-11-2019-n-22917?hitcount=0.

di deviare le persone soccorse verso un Paese terzo sicuro, anche non appartenente all'Ue, purché non si tratti di un Paese ove si rischi il rimpatrio forzato¹¹; cosicché «le persone salvate in acque internazionali, nel momento in cui salgono su una nave italiana non maturano il diritto all'ingresso sul territorio italiano, ma allo sbarco in luogo sicuro; hanno quindi diritto a non subire respingimento»¹².

È poi certamente corretto ritenere che, secondo il diritto Ue e la disciplina internazionale, come interpretati dagli organi di giustizia internazionale, il diritto a non subire un respingimento ha un raggio di azione più ampio perché copre anche chi non voglia presentare domanda di protezione internazionale.

Il contributo di Mariagiulia Giuffré pone in evidenza come il Tribunale di Roma, nella citata sentenza, abbia valorizzato la stretta connessione tra il principio di non respingimento e il diritto di asilo, sancito a livello internazionale dall'articolo 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani e ritenuto obbligo del diritto internazionale consuetudinario, «come tale vincolante per tutti gli Stati»¹³. Di conseguenza, è stata anche adottata una nozione di *non-refoulement* più ampia dell'obbligo negativo di non respingimento verso un territorio in cui la vita e la libertà di una persona possono essere minacciate.

Spostandosi sul versante delle fonti di diritto interno, in base all'art. 2 d.lgs n. 142/2015, il richiedente asilo non è soltanto la persona che ha presentato la domanda, ma anche colui che ha manifestato questa intenzione; cosicché, la presentazione della domanda, anche al di fuori dal territorio nazionale, rivolta a un soccorritore tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, determina il sorgere dell'obbligo dello Stato soccorritore di garantire la presentazione e l'esame della domanda, nel proprio territorio o in uno Stato terzo sicuro, che tuteli il diritto di asilo.

Il giurista deve dunque dare risposta alla domanda su «quale sorte debba avere la richiesta di protezione internazionale non inoltrata a causa di un comportamento illecito dell'autorità, se il soggetto non è presente sul territorio nazionale per effetto di questa condotta illecita»¹⁴.

E anche alla ulteriore domanda se possa dirsi illecita, e con quali conseguenze giuridiche, la condotta di respingimento finalizzata a ostacolare l'esercizio del diritto alla protezione internazionale.

Quindi, *apertis verbis*, se la diretta collaborazione con la Guardia costiera libica e il “respingimento

per procura” possano far sorgere una responsabilità dell'Italia, fino al punto da imporre la tutela del diritto costituzionale di asilo ai respinti dalle navi della Guardia costiera libica che operano in attuazione del *Memorandum*.

Non è facile dare risposta univoca a queste domande, ma forse due considerazioni possono ritenersi già mature per esser condivise o, quantomeno, non scartate *a priori*.

Il Tribunale di Roma ha affermato il condivisibile principio di diritto secondo il quale deve considerarsi illecito, oltre che tale da far sorgere il diritto a entrare nel territorio dello Stato per coltivare e veder esaminata individualmente la domanda di protezione internazionale, il respingimento dello straniero che, entrato nell'ambito del controllo dello Stato, anche se oltre frontiera, ha dichiarato di voler proporre domanda di asilo.

Il caso sottoposto al giudizio del Tribunale di Roma e la soluzione ivi adottata, prima di tutto, suggerisce che l'art. 10, comma 3, Cost. presenta un raggio di azione non inferiore ma analogo al principio di non respingimento, nella misura in cui esso impone di tutelare, anche oltre confine, coloro che non hanno potuto raggiungere il territorio nazionale a seguito di condotta illecita sul piano del diritto internazionale.

Questa affermazione non collide con quella secondo la quale il principio di non respingimento ha una portata più ampia del diritto alla protezione internazionale. Perché il diritto costituzionale di asilo, a differenza del diritto alla protezione internazionale di fonte eurolunitaria, non ha per presupposto la presenza del richiedente sul territorio nazionale, garantendo esso il diritto a presentare la domanda anche prima dell'accesso al territorio dello Stato o, come accertato dal Tribunale di Roma, anche dopo il respingimento al di fuori dei confini.

Inoltre – seguendo l'opzione interpretativa del Tribunale di Roma –, a differenza del principio di non respingimento nell'accezione ricavabile dal diritto internazionale, il nostro diritto costituzionale di asilo non si limita a imporre un obbligo negativo, ma determina l'obbligo dello Stato di esaminare, esso stesso – in osservanza degli artt. 24 Cost. e 47 Cdfue – ogni singola domanda di protezione, anche solo annunciata.

Sicché, probabilmente, un ulteriore divieto deve ritenersi che sorga, in forza dell'art. 10, comma 3, Cost., in caso di respingimento illecito del futuro richiedente asilo: il divieto di trasferimento in un Paese

11. Corte Edu, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012.

12. Così R. Russo, *Respingimenti*, op. cit.

13. Vds. sentenza n. 22917/2019, p. 8.

14. Così R. Russo, *Respingimenti*, op. cit.

terzo sicuro prima che sia consentita la presentazione della domanda di asilo.

Queste considerazioni fanno sorgere la necessità di una più attenta disamina dei profili di illiceità delle condotte di esternalizzazione dei confini, che è tra gli scopi di questo Obiettivo, onde verificarne la loro natura di presupposto del diritto a presentare la domanda di asilo anche al di fuori del territorio nazionale.

Perché in definitiva, come si è affermato, la nostra Carta costituzionale «non conosce, né riconosce – se non nei termini in cui ciò possa indirettamente rilevare per il tramite di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta ex art. 10, co. 1, Cost. o sostanziare un obbligo internazionale ex art. 117, co. 1, Cost. – la distinzione tra il c.d. asilo territoriale e il c.d. asilo extraterritoriale, ben potendo il richiedente asilo, per essere considerato tale, non trovarsi (ancora) in Italia»¹⁵.

Assieme all'esame delle modalità di attuazione del diritto di asilo cd. "extra territoriale"¹⁶ ("reinseguimenti", "protected entry procedures" o "corridoi umanitari"), l'attenzione deve esser posta sul divieto costituzionale di ostacolare il diritto alla presentazione della domanda di asilo in ogni luogo.

In questo senso, un ulteriore strumento giuridico è stato individuato nella previsione del visto per "motivi umanitari", in deroga agli ordinari criteri di ingresso, contenuta nell'art. 25, regolamento (CE) n. 810/09, cd. "codice dei visti". L'ordinamento italiano, com'è noto, non prevede alcuna disciplina di tale istituto, di fatto limitato all'esperienza dei cd. "corridoi

umanitari" attuati con la collaborazione e l'impegno economico di organizzazioni umanitarie. La Cgue¹⁷ ha escluso che il diritto Ue imponga agli Stati membri il rilascio di visti umanitari in funzione di accesso alla protezione internazionale. Ma l'esclusione di un obbligo sullo Stato, gravante in forza di norma di diritto dell'Ue, non osta al fatto che lo strumento del visto umanitario debba ritenersi idoneo a dare attuazione al diritto costituzionale di asilo oltre confine¹⁸. E questo indipendentemente dalla soluzione che si ritenga di dare alla questione del diritto a entrare nel territorio dello Stato per coltivare la domanda di asilo quando il richiedente sia stato oggetto di un respingimento illecito.

5. Conclusioni

Nella direzione di ricerca giuridica e di interpretazione sistematica che ispira i diversi contributi di questo Obiettivo, ci sollecita quella pregevole dottrina¹⁹ che lega la funzione propria dell'apertura internazionale dell'ordinamento nazionale operata dalla Costituzione al principio costituzionale di solidarietà.

È questa la complessa sfida che la giurisdizione nazionale ed europea è oggi chiamata ad affrontare oltre i propri confini politici.

Può sembrare una considerazione irrealistica se si pensa al tempo attuale e al conflitto politico che attraversa, anche al loro interno, i diversi Paesi europei, con i noti rischi di arretramento e chiusura.

15. M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2018, http://questionegiustizia.it/rivista/2018/2/la-forma-dell-acqua-il-diritto-diasilo-costituzionale-traattuazione-applicazione-eattualita_531.php, ricorda inoltre che «La situazione a cui si è fatto qui riferimento non è certamente sconosciuta all'esperienza repubblicana – si pensi soltanto ai cileni rifugiatisi nella sede della rappresentanza italiana a Santiago a seguito del colpo di Stato militare del 1973, ma anche più di recente ai 150 eritrei provenienti dalla Libia nel 2007 o ai 160 palestinesi provenienti dal confine tra la Siria e l'Iraq nel 2009, di cui i pubblici poteri hanno più o meno laboriosamente organizzato l'arrivo in Italia – ed è stato altresì messo a fuoco nei suoi risvolti costituzionali in un noto caso giudiziario della fine del secolo scorso. In tale circostanza, il Tribunale di Roma è pervenuto al riconoscimento del diritto di asilo costituzionale nei confronti del leader curdo A. Öcalan, ancorché questi fosse recluso in un carcere turco al momento della decisione, sul presupposto inequivocabile che "la presenza del richiedente il diritto di asilo non è condizione necessaria per il conseguimento del diritto stesso"».

16. Così M. Benvenuti, *op. ult. cit.*

17. Cgue, *X e X c. Belgio*, C-638/16 PPU, 7 marzo 2017, commentata da C. Favilli, *Visti umanitari*, *op. cit.*

18. Così il Tribunale di Roma, che con decisione del 21 febbraio 2019 ha ordinato al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale il rilascio, in favore di un cittadino nigeriano minorenni dimorante in Libia, di un visto d'ingresso in Italia per motivi umanitari ex art. 25, regolamento (CE) n. 810/09. Vds. il provvedimento e il commento di C.L. Landri e C. Pretto, in questa *Rivista online*, 8 luglio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-diritto-e-vita-note-a-margine-dell-ordinanza-del-tribunale-di-roma-del-21-febbraio-2019_08-07-2019.php.

19. A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta online*, n. 3/2017, (www.giurcost.org/studi/ruggeri72.pdf): da una parte rappresentando i «diritti fondamentali» come corrispondenti a quei «bisogni elementari dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza "libera e dignitosa"» e sottolineandone il carattere universale perché «Un diritto fondamentale riservato ai soli cittadini sarebbe, dunque, un ossimoro costituzionale, un'autentica contraddictio in adiecto, per effetto di siffatta chiusura negandosi in nuce la "fondamentalità" del diritto» (p. 448); dall'altra, aggiungendo che «Allo stesso modo, nessun senso avrebbe la contrazione della sovranità a beneficio di organizzazioni internazionali costituite al servizio della pace e della giustizia tra le nazioni se il transito di quote crescenti della sovranità stessa verso l'esterno non fosse accompagnato, sorretto, giustificato da prestazioni di solidarietà sia tra gli Stati appartenenti alle organizzazioni medesime e sia pure di queste verso gli Stati, nonché di tutti assieme nei riguardi di individui e gruppi sociali afflitti dal dramma della guerra e dell'ingiustizia» (p. 449).

Così come può sembrare irrealistico porsi, oggi, il problema dell'estensione del diritto di asilo al di fuori dei confini nazionali, nella prospettiva di consentire la formalizzazione di domande di protezione *anche ma non solo* all'estero, a partire dai Paesi di transito, in modo da avvicinare ai luoghi della minaccia gli strumenti della protezione internazionale, riducendo i pericoli che i perseguitati corrono per raggiungere Paesi diversi nei quali chiedere tale protezione.

In questa ottica, va considerato però che, da una parte, l'obiettivo di elevare lo *standard* della protezione in Europa verso il livello superiore²⁰ garantito dalla nostra Costituzione costituisce un obbligo

discendente dalla norma contenuta nell'intero art. 10 Cost., che vede l'Italia contribuire alla produzione del diritto sovranazionale, anche europeo, secondo il proprio progetto costituzionale, il quale fonda, unitamente agli ordinamenti degli altri Stati membri, le tradizioni costituzionali comuni in forza dell'art. 6, par. 3, del Tue²¹.

Dall'altra, il nostro contributo di tecnici della giurisdizione può contribuire a rendere evidente che le soluzioni concrete ai problemi dell'oggi si rinven- gono solo all'interno di questo apparentemente irrealistico scenario, che dunque è destinato a divenire, prima o poi, un contesto storicamente e politicamente necessario.

20. Sul tema, vds. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2018, http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-2_04.pdf.

21. Art. 6, par. 3, Tue, secondo il quale «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove*

di Chiara Favilli

Nell’incapacità di riformare il sistema europeo di asilo, l’Unione e i governi degli Stati membri hanno pianificato una strategia di contenimento dei flussi di migranti e di richiedenti asilo, rilanciando la cooperazione con i Paesi terzi di origine e di transito al fine di sostenerli nell’accoglienza delle persone bisognose di protezione e nel controllo delle partenze. Tale cooperazione si realizza attraverso accordi informali o “non-accordi”, come quello Ue-Turchia, divenuto il “modello” delle azioni di contenimento di migranti e richiedenti asilo.

1. La dimensione esterna delle politiche di immigrazione e asilo / 2. La cooperazione Ue-Turchia: prime prove tecniche della cd. “protezione altrove” / 3. La natura giuridica dell’accordo Ue-Turchia / 4. Le misure compensatorie: cooperazione e ingressi umanitari / 5. Conclusioni

1. La dimensione esterna delle politiche di immigrazione e asilo

Nel lontano Consiglio europeo di Siviglia tenutosi nel giugno 2003, i governi chiesero alla Commissione europea di introdurre nelle relazioni con i Paesi terzi meccanismi di controllo delle attività di contrasto all’immigrazione irregolare. In occasione del medesimo vertice, il Governo britannico elaborò una proposta di costruzione di centri di accoglienza dei richiedenti asilo in alcuni Paesi terzi, così da ammettere solo coloro la cui domanda fosse ritenuta ammissibile. Una proposta che, rigettata in un primo momento, è talora riemersa nelle agende delle istituzioni o negli incontri informali tra i ministri dei governi. Essa è stata per diversi anni declinata nella forma più

temperata dell’incoraggiamento dei Paesi situati nelle zone di origine e transito a compiere ogni sforzo per assicurare una degna protezione ai richiedenti asilo, prima di tutto ratificando la Convenzione di Ginevra, per poi sviluppare programmi di protezione con le regioni interessate in cooperazione anche con l’Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

Da allora e nel corso degli anni, la cd. dimensione esterna delle politiche d’immigrazione e asilo dell’Unione europea è andata assumendo una sempre maggiore rilevanza, inserendosi nel complesso delle relazioni in essere con gli Stati terzi e divenendo parte della dinamica propria di tali relazioni, dove la reciprocità e la tutela dei rispettivi interessi sono i principi ispiratori. Dopo un primo inquadramento realizzato con l’«approccio globale» alla migrazione

* Il presente contributo è frutto della rielaborazione dell’aggiornamento di precedenti scritti sul medesimo tema (in particolare, *La cooperazione Ue-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, pp. 405-426), nonché frutto di relazioni a convegni (in particolare la relazione *Il reinsediamento nel quadro della riforma del sistema europeo comune di asilo*, tenuta nell’ambito del convegno «Le nuove frontiere dell’immigrazione», Catania, 15-16 giugno 2018). Si segnala e si rinvia, inoltre, ai due volumi della Rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza* completamente dedicati alla cooperazione internazionale in materia di immigrazione e asilo.

e alla mobilità¹, essa viene rilanciata in piena crisi dei migranti e dei richiedenti asilo, attraverso il «Nuovo quadro di partenariato» del 2016².

Divisi su tutto, in particolare su una riforma ambiziosa del sistema europeo comune di asilo, gli Stati dell'Unione hanno ritrovato coesione nel persuadere i Paesi terzi a trattenere e/o rimpatriare i propri cittadini e i migranti in transito nel loro territorio, inclusi i richiedenti asilo³. Così, la cooperazione con gli Stati di origine e di transito ha assunto una dimensione strategica e si prospetta come un elemento stabile della *governance* dell'immigrazione nei prossimi anni. Con il nuovo approccio, sintetizzabile nel principio «più progresso più aiuti», da una parte l'azione dell'Unione si realizza e si interseca senza soluzione di continuità con quella degli Stati membri; dall'altra, sono potenziati al massimo gli incentivi di tipo economico, attraverso l'utilizzo del complesso della cooperazione commerciale, di investimento e di sviluppo quali leve per ottenere la collaborazione dei Paesi di origine e di transito nella gestione dei flussi migratori e di richiedenti asilo verso l'Unione: più è la collaborazione ottenuta, più sono i finanziamenti e il sostegno da parte dell'Ue.

2. La cooperazione Ue-Turchia: prime prove tecniche della cd. «protezione altrove»

Si ricorderà che, nel 2015, gli Stati nordeuropei avevano, con una certa forzatura del Codice frontiere Schengen, ripristinato i controlli alle frontiere interne, seguiti come in un domino anche dagli Stati della rotta balcanica fuori dell'area Schengen e fino alla Macedonia, determinando il blocco di migliaia di persone, in gran parte ancora abbandonate in più o meno improvvisati centri di accoglienza nelle isole greche e nel continente. Proprio al fine di bloccare il flusso di migranti verso la Grecia e lungo la rotta balcanica, di ripristinare il corretto funzionamento del sistema

Schengen e di salvare la stessa Unione, già fortemente indebolita dalla crisi economica e dalle crescenti forze politiche euroscettiche, emerge come imprescindibile il coinvolgimento della Turchia. Pur essendo un Paese di origine di migrazione verso l'Ue (sono circa tre milioni i cittadini turchi residenti nell'Ue, soprattutto in Germania), la sua collocazione geografica l'ha resa sempre più anche Paese di immigrazione, nonché di transito di flussi migratori verso l'Europa: a partire dallo scoppio della guerra in Siria, si stima una presenza di 4 milioni di rifugiati e richiedenti asilo, dei quali circa 3,6 milioni siriani⁴.

Così, l'immigrazione e l'asilo sono divenute una parte sempre più rilevante delle relazioni esterne dell'Ue con la Turchia, avviate sin dal 1963 con l'accordo di associazione e consolidate negli anni soprattutto sul piano commerciale. Dopo vari incontri preliminari, con una «Dichiarazione» datata 18 marzo 2016 sono state concordate varie misure tra loro connesse⁵.

La «Dichiarazione» segna un *discrimen* nel contenuto della cooperazione con i Paesi terzi, perché per la prima volta viene disciplinato un sistema di rimpatrio dei richiedenti asilo, sulla base del noto meccanismo dell'uno a uno, ossia di un parametro numerico volto tendenzialmente a individuare tanti reinsediamenti di cittadini siriani dalla Turchia verso l'Ue, quanti rimpatri verso la Turchia⁶. Una misura che è stata allora qualificata dalla Commissione come «temporanea e straordinaria», ma «necessaria per porre fine alle sofferenze umane e ripristinare l'ordine pubblico»⁷. Al contrario, come si vedrà, la misura è intesa come tendenzialmente duratura, se non permanente, e replicabile, *mutatis mutandis*, in altre aeree di provenienza dei flussi migratori, in particolare quelle interessate dalla cd. rotta del Mediterraneo centrale.

Aspetto essenziale di tutta la cooperazione è il sostegno finanziario, pari a sei miliardi di euro, da erogare in due *tranche* di tre miliardi, sulla base di azioni e progetti specificamente individuati in diversi settori

1. Comunicazione della Commissione, «L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità», COM(2011)743, 18 novembre 2011.

2. Comunicazione della Commissione sulla «creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione», COM(2016)385, 7 giugno 2016.

3. M. Den Heijer - J. Rijpma - T. Spijkerboer, *Coercion, prohibition, and great expectations: The continuing failure of the common European asylum system*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, n. 3/2016, pp. 607 ss.

4. Unhcr, *Turkey. Operational Update – January 2020*, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/74471>.

5. Piano d'azione comune Ue-Turchia del 29 novembre 2015; dichiarazione dei capi di Stato o di governo dell'Ue del 7 marzo 2016; dichiarazione Ue-Turchia del 18 marzo 2016, tutti disponibili su www.consilium.europa.eu; Commissione europea, «Prossime fasi operative della cooperazione Ue-Turchia in materia di migrazione», COM(2016)166, 16 marzo 2016.

6. Sull'ammissione umanitaria vds. *infra*, par. 4.

7. Commissione europea, COM(2016)166, 16 marzo 2016, cit., p. 2.

strategici per l'accoglienza dei richiedenti asilo (assistenza umanitaria, sanità, istruzione, infrastrutture urbane e sostegno socio-economico)⁸.

Il finanziamento, metà a carico del bilancio dei governi e metà a carico del bilancio dell'Unione, è il principale incentivo per garantire la cooperazione del Governo turco, la sua disponibilità all'accoglienza e alla deterrenza delle partenze. Inoltre, esso dovrebbe consentire di elevare lo *standard* di accoglienza a un livello tale da soddisfare il requisito della "protezione equivalente" che è essenziale per dare legittimità al rimpatrio dei richiedenti asilo. Il meccanismo del rimpatrio di persone aventi diritto di asilo si fonda, infatti, sulla qualificazione della Turchia come «Paese sicuro» ai sensi della direttiva 2013/32/UE. Tra le misure imposte alla Grecia a seguito dell'adozione dell'accordo, vi è stata infatti la modifica delle procedure di asilo, inclusi i ricorsi giurisdizionali e la qualificazione della Turchia come Paese sicuro con conseguente esame delle domande con procedure accelerate.

La qualificazione della Turchia come Paese sicuro riguarda esclusivamente il trattamento riservato ai cittadini siriani e non quello riservato ai cittadini turchi. La Turchia, infatti, non è definibile come un Paese di origine sicuro, bensì come Paese di primo asilo o Paese terzo sicuro per coloro che richiedano asilo in Turchia. Un'applicazione coerente di concetti giuridici distinti, ma un risultato paradossale se solo si considera come difficilmente uno Stato che perpetra violazioni dei diritti umani e discriminazioni in base all'origine etnica, alla religione, alle convinzioni personali e al genere, possa essere considerato sicuro per una parte della popolazione, "solo" perché straniera.

Ulteriore incentivo per favorire la cooperazione turca è rappresentato dall'aver inserito nella dichiarazione la volontà di accelerare l'adempimento della tabella di marcia sulla liberalizzazione dei visti e il rilancio del processo di adesione, entrambi obiettivi, tuttavia, il cui raggiungimento, già improbabile nel 2016, è divenuto ancora più arduo da raggiungere a causa, tra l'altro, delle mancate riforme richieste dall'Unione⁹.

La valutazione dell'impatto dell'accordo non può che essere multidimensionale¹⁰. Da una parte, spicca la drastica riduzione del numero delle persone sbarcate nelle isole greche, ritenuto uno degli indicatori della possibilità effettiva di stroncare il *business* dei trafficanti di persone. La Commissione sottolinea come si sia passati da 10.000 arrivi in media giornalieri nell'ottobre 2015 ai 105 attuali, con una corrispondente riduzione delle morti nel Mar Egeo da 1.175 nei venti mesi precedenti la dichiarazione a 439 nei quattro anni successivi¹¹.

Quanto invece alla misura più controversa, quella del rimpatrio, il numero è decisamente contenuto, essendo i rimpatri eseguiti nell'ambito dell'accordo limitati a 2.735 unità a partire da marzo 2016¹². A questi devono aggiungersi le 4.030 persone rimpatriate volontariamente dalle isole greche a partire dal giugno 2016, attraverso il Programma di rimpatrio e reintegrazione volontario assistito (AVRR). Dall'inizio del 2016 un totale di 18.711 persone è stato rimpatriato da tutta la Grecia attraverso tale programma e 27.000 sono state reinsediate dalla Turchia¹³.

Più complesso è valutare l'impatto sui cittadini siriani accolti e bloccati in Turchia. I rapporti delle organizzazioni non governative dimostrano che, nonostante il sostegno economico e i progetti finanziati

8. *EU-Turkey Statement. Four years on*, 8 marzo 2020, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200318_managing-migration-eu-turkey-statement-4-years-on_en.pdf. Secondo quanto riportato dalla Commissione, «The first tranche serves to fund projects that run until mid-2021 latest. The second tranche serves to fund projects which run until mid-2025 latest. Both tranches combined, all operational funds have been committed – of the €6 billion, €4.7 billion is already contracted and €3.2 billion disbursed».

9. Anche quando, nel 2002, si prospettava l'avvio di un negoziato su un accordo di riammissione, la disponibilità della parte turca a concludere tale accordo venne condizionata alla contemporanea disponibilità da parte UE a negoziare altri accordi: quello sull'adesione all'UE, il più complesso sia per ragioni tecniche sia per ragioni politiche, e quello sulla liberalizzazione dei visti per i cittadini turchi. Quando l'accordo di riammissione è stato concluso nel 2014, l'entrata in vigore delle disposizioni sulla riammissione di cittadini di Paesi terzi e di apolidi, di cui agli artt. 4 e 6 dell'accordo, è stata posticipata di tre anni e rinviata al 1° ottobre 2017 (art. 24, par. 3) e ciò proprio in ragione della stretta connessione tra l'accordo di riammissione e l'accordo sulla liberalizzazione dei visti, che si ipotizzava potesse essere concluso entro il 2017. Si vedano l'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'Unione europea e la Repubblica di Turchia del 7 maggio 2014 e la decisione del Consiglio 2014/252/UE del 14 aprile 2014, relativa alla conclusione dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'UE e la Repubblica di Turchia, entrato in vigore il 1° ottobre 2014.

10. Conclusioni del Consiglio «Giustizia e affari interni», 13 marzo 2020, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190318_eu-turkey-three-years-on_en.pdf.

11. *EU-Turkey Statement. Four years on*, cit.

12. Unhcr (Greece), *Returns from Greece to Turkey – In the framework of the EU-TUR Statement*. Source: Greek Ministry of Citizen Protection, 31 dicembre 2019, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/73295>.

13. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190318_eu-turkey-three-years-on_en.pdf

dall'Ue, la situazione è ancora estremamente critica, soprattutto per l'accesso al mercato del lavoro¹⁴.

Tragica è invece, sicuramente, la condizione delle persone bloccate in transito lungo la rotta balcanica e nelle isole greche, circa ventimila persone, inclusi molti minorenni¹⁵. Le violazioni dei diritti fondamentali consumate nei cd. *hotspot* greci sono state ripetutamente sottoposte all'attenzione della Corte Edu che, tuttavia, non ha ancora rinvenuto i presupposti per una violazione né dell'art. 5 né dell'art. 3 della Cedu¹⁶.

Ciò che i dati indicano chiaramente è che la drastica riduzione degli sbarchi non dipende tanto dal meccanismo del rimpatrio o dalla prospettiva dell'ammissione umanitaria dalla Turchia, quanto dalla volontà della controparte turca di adempiere effettivamente ai propri obblighi, ossia di impedire le partenze e garantire *standard* dignitosi di accoglienza. Considerando le scarse prospettive sull'accordo sulla liberalizzazione dei visti, a tacere circa quello sull'adesione, si comprende come la cooperazione si basi su presupposti molto fragili e come fosse facilmente prevedibile che sarebbe diventata un terreno fertile per una negoziazione continua, anche su altri fronti, diversi ma strettamente connessi. Come già successo in altre epoche e con altri attori, i migranti diventano una merce di scambio e vengono inseriti in partite più ampie con controparti che aprono il rubinetto della frontiera per aumentare il flusso nella fase di maggiore negoziazione. Per l'Italia niente di nuovo, è esattamente quanto già accaduto con la Libia di

Gheddafi, con la quale, peraltro, si sperimentarono già nel 2005 modalità informali di conclusione di accordi in questa materia¹⁷.

Non sorprende dunque che, alla fine del 2019, il Governo turco, in parallelo con l'azione aggressiva in Siria, in particolare nella regione di Idlib, abbia iniziato a manifestare i primi malumori in merito ai finanziamenti ottenuti e alle modalità dell'erogazione, nel tentativo di ottenere un appoggio dell'Ue dopo la perdita di 38 soldati nel conflitto con la Russia e nel progetto di creazione di una *safe zone/no-fly zone* proprio nella zona di Idlib, dove vivono circa 3 milioni di siriani e dove risulta che siano stati trasferiti 100.000 siriani residenti a Istanbul¹⁸. Sullo sfondo, evidentemente, anche la questione curda e il tentativo di strumentalizzare la crisi siriana anche allo scopo di distruggere definitivamente tale martoriata popolazione. Il Governo turco ha così minacciato e poi realizzato, il 28 febbraio 2020, un allentamento dei controlli e ha favorito l'arrivo di migliaia di persone al confine con la Grecia, trovando una durissima reazione delle guardie di frontiera greche, che hanno reagito con lacrimogeni, proiettili di gomma e filo spinato, causando la morte di due persone¹⁹.

Il Governo greco ha addirittura impropriamente invocato l'art. 78 Tfu, una disposizione che consente al Consiglio dell'Unione europea di adottare misure temporanee a beneficio di uno Stato membro che debba affrontare una situazione di emergenza per l'afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi e che

14. Unhcr, *Turkey. Operational Update – January 2020*, cit.; A. Makovsky, *Turkey's Refugee Dilemma. Tiptoeing Toward Integration*, Center for American Progress, 5 marzo 2019, www.americanprogress.org/issues/security/reports/2019/03/13/467183/turkeys-refugee-dilemma/; Amnesty International, *Explained: The situation at Greece's borders*, 5 marzo 2020, www.amnesty.org/en/latest/news/2020/03/greece-turkey-refugees-explainer/; A. Demirguc-Kunt - M. Lokshin - M. Ravallion, *A new policy to better integrate refugees into host-country labor markets*, Center for Global Development, 22 novembre 2019, <https://reliefweb.int/report/turkey/new-policy-better-integrate-refugees-host-country-labor-markets>.

15. Si vedano, tra gli altri, il rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio del 26 settembre 2017, relativo ad una duplice visita in Grecia, dal 13 al 18 aprile 2016 e dal 19 al 25 luglio 2016 (CPT/Inf (2017) 25); il *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission to Greece*, del 14 aprile 2017, relativo a una visita in Grecia dal 12 al 16 maggio 2016 (A/HRC/35/25/Add.2) e il parere del 29 novembre 2016 dell'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea (FRA Opinion 5/2016, aggiornata nel 2019), tutti citati in A. Liguori, *Violazioni conseguenti all'attuazione della dichiarazione Ue-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli hotspots greci: la sentenza Kaak e al. c. Grecia*, in corso di pubblicazione in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020. Vds. anche Oxfam, *Vulnerable and abandoned. How the Greek reception system is failing to protect the most vulnerable people seeking asylum*, gennaio 2019, www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2019/01/2019-01-Greece-media-briefing_FINAL-1.pdf; *No-Rights Zone How people in need of protection are being denied crucial access to legal information and assistance in the Greek islands' EU 'hotspot' camps*, dicembre 2019, www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2019/12/Oxfam-GCR-Briefing-Paper-No-Rights-Zone-06122019-FINAL-1.pdf; Consiglio greco per i rifugiati e Oxfam, *LESBOS BULLETIN. Update on the EU 'hotspot' Moria, January-February 2020*, marzo 2020, <https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/2020-03/Lesbos%20Bulletin%20-%20Jan%20%26%20Feb%202020.pdf>.

16. Corte Edu, *J.R. e al. c. Grecia*, ric. n. 22696/16, 25 gennaio 2018; *O.S.A. e al. c. Grecia*, ric. n. 39065/16, 21 marzo 2019; *Kaak e al. c. Grecia*, ric. n. 34215/16, sentenza del 3 ottobre 2019. Vds. A. Liguori, *Violazioni*, op. cit.

17. Si permetta il rinvio a C. Favilli, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2005, pp. 156 ss.

18. *Turkey: Nearly 100,000 unregistered Syrians removed from Istanbul*, 4 gennaio 2020, *Deutsche Welle*, www.dw.com/en/turkey-nearly-100000-unregistered-syrians-removed-from-istanbul/a-51888092.

19. A. Rettman, *Erdogan to meet top EU Officials on Border Crisis*, in *EUObserver*, 9 marzo 2020, www.euobserver.com.

non attribuisce né riconosce nessun tipo di competenza agli Stati membri intesi singolarmente; lo ha fatto decidendo di sospendere temporaneamente la registrazione delle domande di asilo e dichiarando che rimpatrierà chiunque entri irregolarmente, senza esaminare i casi individuali, in flagrante violazione di tutti i più basilari diritti umani, in particolare delle persone richiedenti asilo²⁰.

Tuttavia, né la Commissione né altri governi europei hanno preso le distanze dalle misure adottate dal Governo greco che, anzi, ha sostanzialmente ottenuto l'appoggio dei *leader* e delle istituzioni europei. Pur non espressamente condividendo le misure restrittive adottate, vi è stato un tempestivo e pieno sostegno alla Grecia in termini finanziari, di risorse umane e di attrezzature per rendere applicabili le misure di rafforzamento dei controlli alla frontiera con la Turchia e non consentire la riapertura di un flusso analogo a quello antecedente all'accordo del 18 marzo 2016. I ministri degli esteri dell'Unione hanno espressamente affermato: «Pur riconoscendo l'aumento dell'onere migratorio e dei rischi con cui la Turchia deve fare i conti sul proprio territorio, come pure gli ingenti sforzi da essa profusi nell'accogliere 3,7 milioni di migranti e rifugiati, l'Ue ribadisce di essere gravemente preoccupata per la situazione alla frontiera greco-turca e respinge fermamente l'uso che la Turchia fa della pressione migratoria per scopi politici. La situazione alla frontiera esterna dell'Ue non è accettabile. L'Ue e i suoi Stati membri restano determinati a proteggere efficacemente le frontiere esterne dell'Ue. Gli *attraversamenti illegali* [corsivo aggiunto] non saranno tollerati e a tale proposito l'Ue e i suoi Stati membri adotteranno tutte le misure necessarie, in conformità del diritto dell'Ue e del diritto internazionale. I migranti non dovrebbero essere incoraggiati a tentare attraversamenti illegali via terra o via mare. Il Consiglio invita il Governo della Turchia e tutti gli attori e le organizzazioni sul campo a trasmettere questo messaggio e a contrastare la diffusione di informazioni false»²¹. Un sostegno confermato anche dalla Presidente della Commissione europea, e dai presidenti

del Consiglio europeo e del Parlamento europeo in occasione di una visita ufficiale in Grecia avvenuta il 3 marzo 2020. In particolare, la Presidente della Commissione ha ufficialmente ringraziato la Grecia per essere lo «scudo dell'Europa» e ha garantito assistenza finanziaria, risorse aggiuntive sia in termini di guardie di frontiera sia in termini di attrezzature materiali anche con l'attivazione del sistema di protezione civile europea²². Inoltre, la Commissione europea per parte sua ha ritenuto di non dover intervenire in scelte ritenute di competenza nazionale, senza alcuna considerazione circa la violazione delle numerose norme Ue costituenti il sistema europeo comune di asilo nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonostante che la Commissione, in quanto guardiana dei Trattati, sia chiamata a vigilare sul loro rispetto e ad attivarsi qualora rinvenga una loro violazione²³.

Le istituzioni dell'Unione hanno mostrato grande coesione e fermezza, confermando senza alcuna esitazione la linea tracciata dall'accordo del 18 marzo 2016. Difficile che sia bastato questo a risolvere la crisi espressamente voluta dal Governo turco solo due settimane prima. Più probabile che il Governo turco abbia strappato qualche garanzia di sostegno nello scacchiere siriano e/o che il dilagare della pandemia in Europa abbia avuto una qualche influenza, considerando la necessità di approvvigionamento di medicinali e materiale sanitario dei quali la Turchia potrebbe avere presto bisogno²⁴.

3. La natura giuridica dell'accordo Ue-Turchia

La dichiarazione Ue-Turchia è caratterizzata da una cornice giuridica evanescente, sfuggente, ispirata alla massima flessibilità e informalità pur di raggiungere il risultato: la cooperazione degli Stati di origine e di transito nel contenimento dei flussi migratori e nell'accoglienza dei richiedenti asilo, nonché nella riammissione dei migranti irregolari e dei rifugiati o richiedenti asilo²⁵.

20. Unhcr, *UNHCR statement on the situation at the Turkey-EU border*, 2 marzo 2020, www.unhcr.org/news/press/2020/3/5e5d08ad4/unhcr-statement-situation-turkey-eu-border.html.

21. Dichiarazione del Consiglio «Affari esteri», 6 marzo 2020, www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/06/statement-of-the-foreign-affairs-council-on-syria-and-turkey/.

22. «I thank Greece for being our European “ασπίδα” [shield] in these times», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_380.

23. N. Jansen, *Commission silent on Greece suspending asylum claims*, in *EUObserver*, 4 marzo 2020, www.euobserver.com; *Id.*, *Migrants: EU commission not fit to guard treaties*, *ivi*, 6 marzo 2020, www.euobserver.com.

24. A. Rettman, *EU-Turkey border getting back to normal, for now*, in *EUObserver*, 17 marzo 2020, www.observer.com.

25. F. Casolari, *La crisi siriana, l'esodo dei rifugiati e la dichiarazione Ue-Turchia*, in N. Ronzitti ed E. Sciso (a cura di), *I conflitti in*

Mai come in questo caso la sostanza va di pari passo con la forma o, meglio, con la mancanza di forma. Nonostante le richieste di accesso formalmente presentate alle istituzioni europee, non è stato pubblicato alcun testo. La dichiarazione infatti è priva della forma tipica degli accordi internazionali e non è stata conclusa secondo le procedure all'uopo previste nei Trattati. Essa viene battezzata come una «Dichiarazione», uno «*Statement*», dato che, all'esito dell'incontro del 16 marzo 2016, il suo contenuto è stato diffuso attraverso un comunicato stampa del Consiglio dell'Unione europea. Inoltre, la posizione ufficiale delle istituzioni europee, avallata sia dal Tribunale sia dalla Corte di giustizia è che, se anche si trattasse di un accordo, non sarebbe imputabile all'Unione bensì ai singoli Stati membri, essendo stato concluso dai capi di Stato e di governo dell'Ue riuniti nella sede del Consiglio e non "come" Consiglio²⁶. Di analogo avviso anche il Servizio giuridico del Parlamento europeo, il quale con un parere ha escluso la natura giuridica di accordo internazionale, qualificandolo invece come un mero dialogo politico tra l'Unione e la Turchia, che si traduce in forme specifiche di cooperazione nel settore dell'asilo e della migrazione, senza modificare alcun atto giuridico dell'Unione. Tant'è che il Parlamento europeo non ha inteso adire la Corte di giustizia in difesa delle proprie prerogative, nonostante che la questione della natura giuridica della dichiarazione sia stata oggetto di un apposito dibattito.

Occorre rammentare che la mancanza della forma e della procedura tipica dell'accordo non è l'elemento decisivo ai fini della qualificazione di esso come tale. La questione è stata già ampiamente esplorata sul piano del diritto internazionale e dell'Unione europea, laddove vige il principio della libertà delle forme e il *favor* verso la qualificazione sostanziale di accordo internazionale ogniqualvolta siano rinvenibili obblighi in capo alle parti, assunti anche in modo irrituale e salvo il rispetto delle norme sulla competenza a stipulare dei soggetti parti, nonché sul contrasto dei cd. accordi segreti.

Il principio giuridico rilevante è che la dichiarazione del 18 marzo 2016, a prescindere dalla forma e dalla procedura seguita, può essere considerata come

un accordo internazionale nella misura in cui comporta autentici obblighi giuridici in capo alle parti; sul piano del diritto Ue è, poi, rilevante se tale «accordo» incida su norme Ue alterandone la portata. In questa ipotesi, infatti, non solo si afferma una competenza dell'Unione, ma che questa sia anche di tipo esclusivo (artt. 3, par. 2, e 216, par. 1, Tfue), con l'applicazione della procedura all'uopo prevista, che include anche la necessaria previa approvazione del Parlamento europeo²⁷. Gli accordi internazionali dell'Unione europea, infatti, devono essere conclusi seguendo la procedura prevista all'art. 218 Tfue, coinvolgendo il Parlamento europeo, eventualmente con una sua previa approvazione. Tutta la cooperazione con la Turchia, invece, si è svolta all'insegna dell'informalità ed è stata contrassegnata da un indiscusso protagonismo dei capi di Stato e di governo, che si sono incontrati in via informale e hanno assunto impegni talvolta in proprio, talvolta per conto dell'Ue, attraverso il ruolo attivo dei presidenti delle istituzioni e dell'Alto rappresentante, apparsi talvolta ad anticipare, spesso affiancare e sempre eseguire l'azione diplomatica dei capi di Stato e di governo.

Tra i vari contenuti della dichiarazione, se ne possono menzionare almeno due come più rilevanti al fine della sua qualificazione giuridica. Il primo riguarda il meccanismo di rimpatrio che, come si è sopra delineato, si basa sull'apprezzamento della Turchia come Paese sicuro, così andando a incidere sulla portata della direttiva 2003/32/Ue. In base ad essa, infatti, gli Stati membri sono autorizzati a contemplare tale concetto nei propri ordinamenti, ma senza prevedere un obbligo al riguardo, mentre la dichiarazione del 2016 si basa sul presupposto del suo impiego come se fosse già parte dei sistemi di asilo nazionali; tant'è che poi la Commissione ha sollecitato gli Stati membri ad applicare tale concetto nel proprio ordinamento. In altre parole, quella che è prevista come un'opzione nella direttiva 2013/32/Ue, è intesa come un obbligo in virtù della dichiarazione, in base alla quale, inoltre, la Turchia soddisfa tutte le condizioni stabilite agli artt. 35 e 38 della direttiva per essere qualificata come Paese sicuro, anche se l'apprezzamento dell'esistenza di tali pre-

Siria e Libia: Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale, Giappichelli, Torino, 2018.

26. Tribunale dell'Ue, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*; Cgue, ordinanza del 12 settembre 2018, *NF c. Consiglio europeo*, C-208/17. E. Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism. A Quick Comment on NF v. European Council*, in *Quaderni europei*, vol. 2, n. 1/2017, p. 257, www.europeanpapers.eu/it/europeanforum/denialism-as-the-supreme-expression-of-realist-comment-on-nf-v-european-council.

27. E. Cannizzaro, *Disintegration through Law?*, in *Quaderni europei*, vol. 1, n. 1/2016, pp. 3 ss., <http://europeanpapers.eu/it/e-journal/disintegration-through-law>; M. Den Heijer e T. Spijkerboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7 aprile 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>; F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, pp. 5 ss.

supposti non rientra tra le prerogative dell'Unione, essendo al contrario lasciato alla discrezionalità degli Stati membri.

Il secondo è quello relativo agli impegni finanziari, lievitati fino a raggiungere i sei miliardi di Euro. Si consideri anche che è stato costituito uno strumento di finanziamento *ad hoc*, il «*Facility for Refugees in Turkey*» che costituisce una sorta di ombrello di tutti i finanziamenti esistenti a favore della Turchia, a carico sia dell'Ue sia degli Stati membri²⁸. Degli stanziamenti finanziari disposti a favore della Turchia, soltanto la parte a carico del bilancio Ue deve essere soggetta all'approvazione congiunta da parte di Parlamento europeo e Consiglio, ma limitatamente ai casi nei quali sia necessario un emendamento all'atto di bilancio. Tutte le altre decisioni in materia di finanziamenti non comportano un intervento del Parlamento europeo, salvo l'attivazione da parte di questo degli strumenti di sindacato ispettivo. Tale risultato di esclusione del Parlamento europeo è massimo relativamente ad altri due strumenti finanziari attivati negli ultimi anni sul modello di quello per la Turchia, quello sulla Siria e quello sull'Africa, che sono istituiti attraverso un accordo tra la Commissione e uno o più Stati membri, non soggetto a un'approvazione né a un parere da parte del Parlamento europeo²⁹.

Alla luce di queste considerazioni, la dichiarazione del 18 marzo 2016 risulta avere un contenuto che non può essere inteso come la mera riproduzione di obblighi esistenti. Sebbene alcuni degli impegni abbiano una tale natura, ad esempio quelli relativi al rafforzamento della cooperazione per l'accelerazione dei negoziati sugli accordi in materia di liberalizzazione dei visti e di adesione o la riammissione degli immigrati in posizione irregolare, altri sono, invece, innovativi e tali da incidere su norme

Ue già in vigore. Si può dunque ritenere che essa sia un accordo internazionale³⁰. La reazione all'affermazione del Governo turco di non attenersi più all'impegno assunto con la dichiarazione e la crisi che ne è scaturita, ne costituiscono l'ennesima prova. Oltre alla visita ufficiale in Grecia, la Presidente della Commissione e il Presidente del Consiglio europeo hanno tenuto a Bruxelles un incontro con il Presidente del Governo turco il 9 marzo 2020, avente ad oggetto soprattutto l'accordo del 18 marzo 2016. All'esito dell'incontro, il Presidente del Consiglio europeo ha espressamente affermato che: «Finally, we decided and it is very concrete and very important for the next days and for the next weeks, we decided to task Josep Borrell, the High Representative, with his counterpart in Turkey, the minister of foreign affairs, each of them with a team, to work in the next days in order to clarify the implementation of *the deal between Turkey and the European Union*»³¹ (corsivo aggiunto).

Un accordo, dunque, e un accordo dell'Unione, che rimarrà nella storia per le sofferenze inflitte a migliaia di persone e per costituire un *vulnus* allo Stato di diritto, un valore fondante dell'Unione (art. 2 Tue) e che l'Unione tenta strenuamente di difendere in altri contesti. Come un gioco delle parti, l'Unione è stata infatti utilizzata dai governi come soggetto attuatore di una strategia nata per impulso dei governi stessi e in spregio delle regole previste nei Trattati.

Alla stessa conclusione si dovrebbe giungere anche se si ritenesse che siamo di fronte a un accordo imputabile solo agli Stati membri. In questo caso, infatti, si dovrebbe considerare se le modalità di conclusione di tale accordo siano conformi alle norme costituzionali dei singoli Stati sulla competenza a stipulare³². Limitando l'analisi all'ordinamento italiano, il Presidente del Consiglio dei ministri, sicuramente

28. L. Den Hertog, *EU Budgetary Responses to the 'Refugees Crisis'. Reconfiguring the Funding Landscape*, «Centre for European Policy Studies», Bruxelles, 19 maggio 2016, p. 10, www.ceps.eu/ceps-publications/eu-budgetary-responses-refugee-crisis-reconfiguring-funding-landscape/.

29. *Ibid.*

30. O. Corten, *Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'Ue et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10 giugno 2016, <https://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/>; M. Gatti, *La dichiarazione Ue-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, 11 aprile 2016, <http://rivista.eurojus.it/la-dichiarazione-ue-turchia-sulla-migrazione-un-trattato-concluso-in-violazione-delle-prerogative-del-parlamento/>; M. Den Heijer e T. Spikerboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, *op. cit.*; V. Chetail, *Will the EU-Turkey migrant deal work in practice?*, «Graduate Institute of International and Development Studies», Ginevra, 7 marzo 2016, <https://graduateinstitute.ch/communications/news/will-eu-turkey-migrant-deal-work-practice>.

31. Consiglio dell'Ue, *Remarks by President Charles Michel after the meeting with President of Turkey Recep Tayyip Erdoğan in Brussels*, 9 Marzo 2020, www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/09/remarks-by-president-charles-michel-after-the-meeting-with-president-of-turkey-recep-tayyip-erdogan/.

32. E. Olivito, *Accordi in forma (semi)semplificata, istanze di accesso civico e vulnus alla Costituzione*, in questa *Rivista online*, 5 febbraio 2019, http://questionegiustizia.it/articolo/accordi-in-forma-semisemplificata-istanze-di-accesso-civico-e-vulnus-alla-costituzione_05-02-2019.php.

un plenipotenziario di diritto, avrebbe dovuto comunque rispettare gli artt. 80 e 87 della Costituzione, in combinato disposto con l'art. 10, comma 2, Cost. È pacifico che anche nel nostro ordinamento si possano concludere accordi in forma semplificata in materia di immigrazione, vale a dire conclusi con la sola firma del plenipotenziario, e la prassi in questo senso è consolidata. Tuttavia, è altrettanto pacifico che la Costituzione pone dei limiti al suo esercizio. Innanzitutto, in base all'art. 80 Cost., la procedura solenne, ovvero attraverso la previa legge di autorizzazione alla ratifica, è richiesta in alcune materie, tra le quali ad esempio gli accordi di natura politica, quelli che comportano modifiche di legge od oneri alle finanze. Gli accordi in materia di immigrazione e asilo e quello concordato con la Turchia in particolare, rientrano in almeno una se non in tutte tali categorie. Inoltre, si consideri che l'art. 10, comma 2, Cost. prevede una riserva di legge in materia di trattamento dello straniero che non può essere aggirata attraverso la conclusione di accordi internazionali; questi ultimi sono un modo diverso, rispetto all'approvazione di leggi, di esercitare la funzione legislativa, per cui non è possibile con norme internazionali aggirare la riserva di legge costituzionale.

Nonostante tali macroscopiche violazioni delle norme basilari sulla competenza a stipulare, l'informalità e la flessibilità nelle relazioni coi Paesi terzi in materia di immigrazione e asilo è dilagante, sia a livello europeo sia a livello nazionale³³. Spostando l'azione verso la rotta del Mediterraneo centrale, i *partner* strategici diventano il Niger e la Libia, ma anche la Tunisia, l'Egitto e il Marocco. Anche in questo lembo di mondo, Unione e Stati membri intervengono assieme, in modo più o meno coerente a seconda del contesto, ma sempre condividendo la filosofia di fondo e l'obiettivo della cooperazione³⁴.

La nuova tipologia di accordi o, meglio, di "non-accordi", si affianca così agli accordi tradizionali in tema di riammissione conclusi dall'Unione e dagli Stati membri, uno strumento ormai obsoleto³⁵. Da una parte, l'informalità è richiesta dagli Stati di emigrazione. La riammissione dei propri cittadini è una pratica impopolare per Stati che vedono nell'emigrazione una risorsa e un volano per il loro sviluppo, anche grazie alle rimesse inviate dall'estero.

Inoltre, l'Unione ha voluto concludere accordi sulla riammissione che obbligassero al rimpatrio non solo dei cittadini degli Stati parte, ma anche delle persone aventi origine da essi. È evidente che per gli Stati di transito, come il Marocco, la Libia, la Tunisia, l'Egitto e la Turchia, obbligarsi a riammettere le persone nel proprio territorio può significare un aumento consistente della popolazione immigrata, con scarsissime prospettive di integrazione.

In aggiunta, l'informalità delle relazioni consente di renderle più flessibili e adattabili alle circostanze, ampiamente variabili. Negoziazione diretta e contenuto riservato, così da escludere istituzioni come il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali e ridurre al minimo i condizionamenti dati dal rispetto delle norme superiori, in particolare quelle sui diritti umani, i diritti di tutti. Nel mondo dei "non-accordi", infatti, non c'è bisogno di dilungarsi nelle formule di rito come il necessario rispetto dei diritti umani: si entra in un'altra dimensione, e allora si può negoziare con qualsiasi Stato e qualsiasi governante. Basta che non faccia partire i propri cittadini, che li riammetta se devono essere allontanati e che altrettanto faccia con i migranti in transito.

Inoltre, l'informalità è andata di pari passo con il pieno inserimento del capitolo "immigrazione" nel complesso delle relazioni già in essere, soprattutto in materia di politica commerciale e di cooperazione allo sviluppo, ossia i due ambiti nei quali l'Unione ha una solida competenza legislativa e un'ampia disponibilità di bilancio e può essere quindi un negoziatore credibile. È noto, infatti, che uno dei limiti principali alla conclusione degli accordi di riammissione da parte dell'Ue è dato dall'impossibilità di offrire incentivi in termini di più ampie possibilità di migrazione legale, volte a compensare l'impegno dei Paesi terzi in azioni impopolari ed economicamente svantaggiose come la riammissione e il contenimento dell'emigrazione. Si è così determinata una svolta nell'attitudine dei Paesi di origine e di transito a cooperare nel contenimento dei flussi e nella riammissione. Una volontà molto timida sino ad oggi e che invece appare presente adesso che l'immigrazione e l'asilo sono diventati parte delle trattative complessive, del *do ut des* tipico delle relazioni internazionali.

33. Per una completa raccolta degli accordi di riammissione e delle nuove tipologie di accordi informali, si rinvia alla raccolta sistematica contenuta nei due volumi monografici della Rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza* del 2016 e nel sito della rivista (www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it).

34. Si veda la «Joint Communication Towards a comprehensive Strategy with Africa Towards a strategic partnership 2016-2020», Join(2020)4, del 9 marzo 2020.

35. M. Borraccetti, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, pp. 33-58.

4. Le misure compensatorie: cooperazione e ingressi umanitari

La politica del contenimento dei flussi è accompagnata da misure che potremmo definire come compensatorie. Sono misure che vengono sottolineate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per giustificare di fronte alla comunità internazionale un'azione fortemente limitativa del diritto delle persone di migrare e di cercare protezione internazionale.

La prima è l'aumento degli investimenti nei Paesi di origine e di transito, sia per migliorare la condizione di quei migranti trattenuti, ad esempio, nei centri di detenzione in Libia o nei centri di accoglienza in Niger o in Turchia, sia per sradicare le radici profonde dell'emigrazione. Sistemático è il coinvolgimento dell'Unhcr e dell'Oim, così come delle organizzazioni non governative per rilanciare iniziative di cooperazione allo sviluppo e investire in progetti di sviluppo e commerciali per migliorare le condizioni economiche e sociali dei Paesi di emigrazione, e riconvertire quelle economie che addirittura erano in larga parte basate sul traffico e sulla tratta di persone. Complice anche la variegata veste informale data alle intese con i Paesi terzi e al loro sostegno economico, diviene sempre più complicato distinguere i fondi destinati specificamente alla cooperazione allo sviluppo da quelli utilizzati per il contenimento dei flussi, con una preoccupante deviazione dei primi a favore dei secondi. Inoltre, mentre il contenimento dei flussi è una misura di breve periodo, le altre misure possono produrre risultati solo nel medio o lungo periodo. Addirittura, le iniziative di cooperazione allo sviluppo tendono nel medio periodo a un aumento dell'emigrazione, come autorevoli analisi economiche tendono a dimostrare³⁶.

L'altra misura considerata come compensatoria all'azione di contenimento degli ingressi irregolari sarebbe l'apertura di canali di ingresso regolare che, invece, sono sempre più ridotti. In particolare, scarse sono in tutta l'Unione le possibilità di ingresso dei migranti economici che non siano anche lavoratori altamente qualificati. Anche il ricongiungimento fa-

miliare è molto difficile in numerosi Stati dell'Unione, soprattutto per la necessità di superare test linguistici ai fini dell'autorizzazione all'ingresso.

Qualche timida apertura si è, invece, registrata in relazione agli ingressi di tipo umanitario. Va dato atto all'Unione, in particolare alla Commissione europea, di avere negli anni tentato di affermare l'adozione di programmi di reinsediamento, sostenendo e stimolando gli Stati a contemplare questo tipo di ingressi. Già nel 2004 il Consiglio europeo sottolineava la necessità di sviluppare un programma comune di reinsediamento basato sulla partecipazione volontaria da parte degli Stati membri. L'Unione ha così individuato le regioni prioritarie, collegando a questo anche un sistema di supporto finanziario a carico del «Fondo europeo per i rifugiati» prima e del «Fondo asilo, migrazione e integrazione» poi, e a favore degli Stati membri che avessero accettato ingressi di rifugiati provenienti da tali zone³⁷.

Già nei primi programmi dell'Unione, il reinsediamento era considerato come uno degli strumenti di gestione dei flussi migratori, dato che, ad esempio, il sostegno finanziario agli Stati dipendeva dalla provenienza dei rifugiati dai Paesi considerati prioritari, in particolare da quelli interessati dai cd. programmi di protezione regionale. Ad esempio, nella decisione istitutiva del Fondo europeo per i rifugiati era espressamente affermato che «Alla luce del programma dell'Aia, è necessario garantire che le risorse del Fondo siano usate nel modo più efficiente possibile al fine di realizzare gli obiettivi della politica di asilo dell'Unione europea, tenendo conto dell'esigenza di sostenere le misure di reinsediamento e la cooperazione pratica tra gli Stati membri, anche quali mezzi per far fronte alle sollecitazioni particolari cui sono sottoposti i regimi d'asilo e le capacità di accoglienza»³⁸.

Tale dimensione diviene ancora più evidente nel quadro della cooperazione concordata con la Turchia. Nel Piano d'azione Ue-Turchia, concordato in due vertici tenutisi il 15 ottobre e il 29 novembre 2015, era stato concluso l'accordo su un programma di ammissione umanitaria su base volontaria, la cui applicazione era però rinviata a una fase successiva rispetto

36. M. Clemens, *Gli aiuti allo sviluppo volti a limitare le migrazioni non raggiungeranno il loro scopo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 3-4/2016, pp. 70-73.

37. Decisione n. 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, istitutiva del «Fondo europeo per i rifugiati» e regolamento n. 516/2014 del 16 aprile 2014, che istituisce il «Fondo Asilo, migrazione e integrazione», che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni nn. 573/2007/CE e 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio.

38. Decisione n. 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il «Fondo europeo per i rifugiati» per il periodo 2008-2013, nell'ambito del programma generale «Solidarietà e gestione dei flussi migratori» e che abroga la decisione 2004/904/CE del Consiglio, OJ L 144, 6 giugno 2007, pp. 1-21, *considerando* n. 10.

all'attuazione delle altre misure concordate³⁹. Con la dichiarazione del 18 marzo 2016, come si è visto, l'ammissione umanitaria è espressamente correlata alle azioni di contenimento dei flussi. In particolare si è visto che con il "sistema 1 a 1", le due misure, il rimpatrio verso la Turchia e l'ammissione verso l'Ue, sono strettamente connesse e volte a dissuadere i cittadini siriani dall'affidarsi ai trafficanti di persone per raggiungere la Grecia, in ragione del probabile rimpatrio e visto l'incentivo dato dalla possibilità, per contro, di raggiungere l'Unione in modo regolare. Tant'è che, in maniera scenografica, con telecamere spiegate da una sponda all'altra, il primo giorno di applicazione della dichiarazione erano stati filmati i rimpatriati verso la Turchia e i reinsediati verso la Germania.

La dichiarazione dei capi di Stato o di governo del 7 marzo 2016 aveva chiarito che tale ammissione avrebbe dovuto funzionare «nell'ambito degli impegni esistenti», vale a dire quelli assunti in base al programma europeo di reinsediamento, finanziato come indicato sopra, e in base alle decisioni sulla ricollocazione adottate nel settembre del 2015⁴⁰. Queste ultime, come noto, avevano prospettato la ricollocazione di un totale di 160.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale dalla Grecia e dall'Italia nel biennio 2015/2017. In altre parole, con la dichiarazione Ue-Turchia sono state sottratte 54.000 unità dalle 160.000 previste nelle decisioni sulla ricollocazione, da destinare all'ammissione umanitaria dalla Turchia, senza che ci sia stato, dunque, un impegno aggiuntivo all'accoglienza di rifugiati da parte degli Stati membri rispetto a quanto già concordato nei mesi precedenti⁴¹. Nella decisione che ha previsto lo scorporo della quota dalle decisioni sulla ricollocazione è espressamente affermato che «(...) il reinsediamento, l'ammissione umanitaria o altre forme di ammissione legale dalla Turchia a titolo di programmi nazionali e multilaterali allevino la pressione migratoria sugli Stati membri beneficiari della ricollocazione a norma della decisione (Ue) 2015/1601, creando un percorso legale e sicuro di ingresso nell'Unione e scoraggiando gli ingressi irregolari (...)»⁴².

In aggiunta, nell'ambito delle misure adottate in seguito all'approvazione dell'Agenda sulla migrazione del 13 maggio 2015, l'Unione ha approvato una raccomandazione sul reinsediamento, con la quale era richiesta l'ammissione di 20.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale⁴³. La quota è stata poi aumentata dal Consiglio a 22.504 persone, un numero sempre ben al di sotto delle potenzialità di un'organizzazione come l'Unione europea e di gran lunga inferiore alle esigenze di accoglienza sorte a partire dal 2014. Inoltre, trattandosi di una raccomandazione, era una misura non vincolante con tutti i limiti in termini di efficacia che questo comporta. Tuttavia, è stato positivo che il reinsediamento sia stato, almeno formalmente, considerato come una delle misure da promuovere e che sia anche stata predisposta una ripartizione del numero di persone che ogni Stato avrebbe dovuto accogliere, calcolata sulla base di parametri oggettivi analoghi a quelli impiegati per stabilire le quote nelle decisioni sulla ricollocazione.

Sebbene il reinsediamento, la ricollocazione e l'ammissione umanitaria siano tre strumenti diversi sia per modalità sia per presupposti, la Commissione tende a valorizzarne le analogie, così da poter utilizzare i posti previsti per l'uno anche per l'altro. Vengono infatti tutti inseriti nel più ampio spettro di misure relative alla gestione dei flussi di migranti e di richiedenti asilo e che consentono di dare attuazione concreta al principio di solidarietà tra Stati membri (ricollocazione) o terzi (reinsediamento o ammissione umanitaria). Tuttavia, essendo invocati per giustificare misure fortemente limitative del diritto delle persone di migrare e di cercare protezione internazionale, si crea una contraddizione di fondo circa l'approccio e gli obiettivi perseguiti da tali strumenti, divenendo prevalente la dimensione di gestione dei flussi migratori, nella misura in cui possono concorrere ad alleviare le pressioni verso gli Stati membri, intervenendo in alcune delle rotte nelle quali il flusso migratorio è più intenso.

Al contrario, il reinsediamento è un istituto sorto per alleviare gli oneri degli Stati che sono sottoposti

39. Si vedano le conclusioni del Consiglio europeo del 15 ottobre 2015 e il comunicato stampa del 29 novembre 2015: www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/11/29/eu-turkey-meeting-statement/.

40. Decisione 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015, «che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia», GU L 239 del 15 settembre 2015, p. 146; decisione 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015, «che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia», GU L 248 del 24 settembre 2015, p. 80.

41. Decisione 2016/1754 del Consiglio del 29 settembre 2016, GU L 268/82 del 1° ottobre 2016, *considerando* n. 5.

42. Raccomandazione 2015/914 della Commissione europea dell'8 giugno 2015 «relativa a un programma di reinsediamento europeo», GU L 148 del 13 giugno 2015, pp. 32-37. Il Consiglio ha risposto a tale raccomandazione con l'impegno a reinsediare 22.504 persone, concordato nella riunione del Consiglio del 25 luglio 2015.

43. *Ibid.*

a sforzi significativi nell'accoglienza dei richiedenti asilo o per trovare soluzioni durevoli per i rifugiati. Sebbene sia necessario anche un intervento nei Paesi di origine e transito dei richiedenti asilo, il reinsediamento dovrebbe rimanere uno strumento di carattere umanitario volto a offrire protezione e una soluzione durevole ai rifugiati più vulnerabili, a prescindere dal Paese di origine. Ad esempio, l'Unione dovrebbe agire anche verso quelle aree del mondo dove i bisogni sono maggiori, come l'Uganda o il Camerun che, invece, non figurano nei programmi dell'Unione sul reinsediamento, non essendo Stati di origine e di transito di flussi migratori⁴⁴.

Si consideri che dal 2015 l'Unione promuove i programmi sul reinsediamento ai sensi dell'art. 17 del regolamento n. 516/2014. In pratica, ogni Stato riceve 10.000 euro per ogni persona reinsediata da aree prioritarie, mentre per ogni siriano ammesso dalla Turchia gli Stati ricevono 6.500 euro. Guardando ai dati, si ricava che gli Stati membri hanno reinsediato nell'ambito dei programmi dell'Unione e, dunque, beneficiando del sostegno economico da essa previsto, tra il 2015 e marzo 2020 un totale di 63.000 persone. Sebbene vi sia un aumento rispetto ai precedenti obiettivi dell'Unione, si tratta comunque di meno del 2% del milione di posti ritenuti necessari dall'Unhcr come impegno globale annuale. È stato notato come lo scarso impegno dell'Unione nel reinsediamento ha avuto anche l'effetto perverso di influenzare negativamente anche altri Paesi, quali gli Stati Uniti e il Kenya, che hanno espressamente dichiarato di ridurre o chiudere i propri programmi nazionali di reinsediamento alla luce dello scarso impegno di altri Stati, determinando una grottesca corsa al ribasso.

Gli Stati membri hanno mostrato una forte riluttanza a concordare strumenti vincolanti a livello europeo sul reinsediamento, preferendo agire individualmente, secondo schemi e procedure autonomamente stabilite. In effetti, a livello statale esistono sistemi di ingresso protetto, nell'ambito dei quali sono esercitati poteri discrezionali da parte degli Stati, nella convinzione di non ottemperare ad alcun obbligo interno o internazionale. L'Italia, decisamente avara

in materia di ingresso protetto di richiedenti protezioni internazionale, ha adottato un programma di ingressi per motivi umanitari sulla base dell'art. 25 del codice visti⁴⁵ solo grazie all'impulso di organizzazioni non governative che si fanno carico anche dei costi dell'accoglienza⁴⁶. Tuttavia, si tratta di prassi che dovrebbero essere inserite più propriamente nell'alveo dei cd. reinsediamenti, applicabili sia a beneficiari di protezione internazionale sia a richiedenti protezione internazionale e che richiedono necessariamente l'intervento attivo di soggetti interposti tra lo Stato e il beneficiario. Talvolta il soggetto può essere l'Unhcr, talaltra possono invece essere altre organizzazioni non governative, come nel caso dell'esperienza italiana. A proposito dei visti umanitari, la Corte di giustizia ha affermato che gli Stati possono prevedere tale tipologia di ingresso, ma non possono essere considerati obbligati, non almeno in base al codice visti, non in base alla normativa dell'Unione ma, semmai, in base alla normativa nazionale e agli obblighi internazionali gravanti sui singoli Stati⁴⁷. La Corte conferma che nell'ordinamento europeo l'ingresso protetto di potenziali beneficiari di protezione internazionale è contemplato in strumenti *ad hoc*, di natura non vincolante, e non è mai stato inteso come ricavabile in modo obbligatorio dal codice visti. Semmai, per alcuni Stati membri, il rilascio di un visto di breve durata è stato lo strumento per garantire l'ingresso di persone selezionate attraverso programmi di reinsediamento, che sarebbero potute entrare comunque anche con un visto di lunga durata su base nazionale. È dunque pacifico che gli Stati *possano* rilasciare visti umanitari in talune circostanze, ma non può essere affermato un *obbligo* dello Stato a farlo, almeno non ai sensi del diritto dell'Unione europea. Inoltre, la Corte, nel dichiarare la competenza degli Stati membri, ha implicitamente anche affermato che gli Stati non dovrebbero rilasciare visti di breve durata a validità territoriale limitata ai sensi del codice visti nei casi di persone bisognose di protezione internazionale, mentre ben potrebbero rilasciare visti di lunga durata, secondo quanto disposto dalla propria legislazione nazionale.

44. L. Donner, *EU leadership on resettlement - the time is now*, in *EUObserver*, 2 ottobre 2017, <https://euobserver.com/opinion/139237>.

45. Regolamento del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti ("codice visti"), GU L 243 del 15 settembre 2009, p. 1.

46. P. Morozzo della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2017, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-1/60-i-due-protocolli-d-intesa-sui-corridoi-umanitari-tra-alcuni-enti-di-ispirazione-religiosa-ed-il-governo-ed-il-loro-possibile-impatto-sulle-politiche-di-asilo-e-immigrazione/file.

47. In questo senso si è pronunciato il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 21 febbraio 2019; disponibile in questa *Rivista online*, insieme al commento di C.L. Landri e C. Pretto, *Quando il diritto è vita. Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019*, 8 luglio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-diritto-e-vita-note-a-margine-dell-ordinanza-del-tribunale-di-roma-del-21-febbraio-2019_08-07-2019.php.

Al di là della disciplina seguita negli Stati membri e dell'approccio di fondo applicato al reinsediamento, un dato emerge come incontrovertibile: tutti gli ingressi di tipo umanitario, siano ammissione umanitaria o reinsediamento, sono tanto invocati quanto scarsamente praticati, così da non poter essere in alcun modo considerati come compensatori delle pratiche di contenimento dei flussi.

5. Conclusioni

L'Unione europea potrà essere criticata e contestata per incapacità nel gestire la crisi dei migranti e dei richiedenti asilo, ma non certo per il suo immobilismo, per la sua mancanza di azione. La cd. "protezione altrove", realizzata con l'accordo Ue-Turchia, è stata considerata dai governi e dalle istituzioni Ue un esperimento riuscito ed è stata ritenuta lo strumento appropriato per gestire i flussi migratori e di richiedenti asilo, così da essere inquadrata in una vera e propria strategia di azione globale con tutti i Paesi di origine e di transito dei migranti e dei richiedenti asilo. Tale strategia è stata confermata anche dalla nuova Commissione europea in carica dal 1° dicembre 2019, che l'ha ribadita formalmente nel proprio programma di lavoro e scandita a chiare lettere: come già ricordato, la sua Presidente, nella prima occasione utile, ha definito la Grecia lo «scudo dell'Unione», da sostenere per difenderci dalla minaccia dei migranti.

Ma, come sottolineato da un deputato europeo, si tratta di una strategia che condiziona negativamente il sistema europeo di asilo: «Il nostro sistema comune di asilo non può continuare a concentrarsi esclusivamente su come meglio ostacolare le persone in fuga che tentano di raggiungere il territorio dell'Unione europea. Perché il sistema europeo di asilo funzioni, è essenziale che vi siano vie sicure e legali nonché strutture di accoglienza e di integrazione

adeguate. È imperativo rispettare il diritto di asilo e il diritto internazionale; non si tratta di una scelta alla quale gli Stati membri possono sottrarsi»⁴⁸.

Al contrario, forse proprio per sottrarsi al rispetto dei diritti umani fondamentali, la strategia del contenimento dei migranti e richiedenti asilo è stata pianificata e realizzata attraverso i non-accordi: accordi che esistono, ma che non vengono pubblicati con impegni reciproci senza che siano conclusi veri e propri accordi. Le posizioni ufficiali delle istituzioni si sono prodigate a ribattezzare questa cooperazione, rinnovando il lessico delle relazioni internazionali così da rafforzare la convinzione dell'esistenza di un piano diverso di relazioni e di azioni, non valutabile secondo le categorie e i parametri tradizionali e non suscettibile di sindacato giurisdizionale. Tuttavia, anche nel mondo dei non-accordi vi sono finanziamenti reali e persone in carne e ossa che vivono in un limbo che viene proposto come l'unica soluzione possibile di salvataggio di vite umane. Ma non è così. Lo sanno bene le centinaia di migliaia di persone bloccate in transito, respinte, non accolte o accolte in modo disumano, come negli *hotspot* delle isole greche.

Una forte coesione dei governi nell'azione di contenimento, una totale divisione nelle misure di accoglienza: neanche per le 20.000 persone trattenute nelle isole greche vi è stato anche solo il tentativo di adottare a livello europeo una misura straordinaria di accoglienza. Eppure oggi più di prima sarebbe necessario intervenire con misure innovative, coraggiose, aventi come bussola la salvaguardia della vita delle persone e dei valori dell'Unione. Evacuare le isole greche, accogliere i cittadini siriani sottraendosi ai ricatti del Governo turco e destinando le risorse ai Paesi Ue sarebbe un programma tanto ragionevole quanto rivoluzionario, ma impossibile, soprattutto nei giorni in cui l'Unione e il mondo intero tremano per la pandemia del secolo, molto probabilmente destinata a ridisegnare i rapporti economici e geopolitici mondiali.

48. Relazione sulla proposta di regolamento che «istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (Ue) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio», COM(2016)468, 23 ottobre 2017.

I Paesi sicuri alla prova del diritto internazionale*

di Massimo Frigo

Il contributo analizza gli ostacoli all'accesso al territorio o alla procedura di asilo ordinaria posti dall'istituto dei Paesi sicuri: in primo luogo, con riferimento a quando la responsabilità dello Stato per doveri di *non-refoulement* abbia inizio ai sensi del diritto internazionale; in secondo luogo, con riferimento agli istituti europei di esclusione della procedura ordinaria con riguardo alla clausola di "Stati terzi sicuri" e alla loro compatibilità col diritto internazionale.

1. Introduzione / 2. Il principio di *non-refoulement* nel diritto internazionale / 3. Giurisdizione: quando lo Stato deve garantire la tutela? / 4. Il concetto di "Paese sicuro" alla prova della Cedu / 5. Conclusione: il principio di *non-refoulement* non funziona col Bignami

1. Introduzione

L'istituto dei Paesi terzi sicuri è una sfida impegnativa per il giurista dell'asilo e dell'immigrazione in ottemperanza al dovere di garantire gli obblighi internazionali contratti dallo Stato ai sensi del diritto internazionale sui rifugiati e sui diritti umani.

Come presentato nelle sue più recenti formulazioni in Italia e nei vari *travel bans* di Donald Trump negli Stati Uniti, passando per la loro inserzione nel diritto comunitario tramite il sistema comune europeo di asilo, il concetto di "Paese sicuro" pare avere l'espressa intenzione di mettere da parte il giudizio pretorio e di imporre una scelta automatica dettata dalla volontà degli organi esecutivi o legislativi dello Stato.

Questo approccio, come però vedremo, mal si adatta al sistema di obblighi internazionali in base al diritto internazionale sui diritti umani e sui rifugia-

ti, che sono internamente vincolanti ai sensi dell'art. 117, comma 1, Costituzione. In questo contributo illustriamo il contenuto e la natura del principio di *non-refoulement* (parte 2), gli spazi per la sua applicazione (parte 3) e la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in merito (parte 4).

2. Il principio di *non-refoulement* nel diritto internazionale

Il principio di *non-refoulement*, ormai citato ampiamente nella giurisprudenza nazionale e internazionale, trova la sua origine nel diritto internazionale sui rifugiati (la «Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati» della Società delle Nazioni del 1933¹ e la ben più conosciuta «Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati» di Ginevra del 1951, al suo art. 33). Meno conosciuta è la sua origine nel diritto internazionale

* Le opinioni espresse in questo articolo sono a titolo strettamente personale e non riflettono necessariamente le opinioni e le politiche dell'ICJ (www.icj.org/about/).

1. Vds. Società delle Nazioni, *Treaty Series*, vol. CLIX, n. 3663.

(bilaterale o multilaterale) di cooperazione penale. Il principio, infatti, trova espressione sovente e, in forme diverse, già prima del XX secolo, nei trattati di estradizione o “restituzione” di sospetti o condannati in contumacia².

Nel diritto internazionale sui rifugiati il principio è ben conosciuto. Cristallizzato nell’articolo 33, comma 1, della Convenzione di Ginevra, sancisce che:

«Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»³.

La particolarità del principio nel diritto sui rifugiati è quello di non essere assoluto, come si evince dal secondo comma dell’articolo 33, ma di permettere un’eccezione se il rifugiato, «per motivi seri, (...) debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese»⁴. Fermo il principio, di diritto internazionale, che l’essere rifugiato non è conseguenza del riconoscimento dello *status* ma condizione preesistente, con la conseguenza che rifugiati potenziali (i potenziali richiedenti asilo, anche se non espressamente richiedenti) rientrano nella sfera di protezione del principio.

Di diverso respiro – la Corte europea dei diritti umani (Corte Edu) direbbe «di protezione più ampia» – è invece il principio di *non-refoulement* secondo il diritto internazionale sui diritti umani, che ha portata assoluta, non ammettendo eccezione alcuna.

Il principio fu enunciato *in primis* dalla Corte Edu nel caso *Soering c. Regno Unito*:

«(...) se uno Stato Parte decide di estradare un fuggitivo (...), tale decisione può dar luogo a una pro-

cedura per violazione dell’art. 3, in tal modo comportando la responsabilità di tale Stato in base alla Convenzione se sia dimostrata l’esistenza di motivi sostanziali per ritenere che la persona coinvolta, se estradata, correrebbe il rischio reale di essere sottoposta, nel Paese richiedente, a tortura o ad altro trattamento (o punizione) inumano o degradante. La determinazione di tale responsabilità comporta inevitabilmente una valutazione alla stregua degli *standard* previsti dall’art. 3 delle condizioni esistenti nel Paese richiedente, seppure non si tratti di sottoporre a giudizio lo Stato di destinazione, o di determinarne una responsabilità alla stregua del diritto internazionale generale, della Convenzione o sotto qualsiasi altro profilo. Nella misura in cui una responsabilità emerga o possa emergere ai sensi della Convenzione, essa grava sullo Stato parte che estrada, per la ragione che esso ha intrapreso un’azione che ha come diretta conseguenza quella di esporre un individuo al maltrattamento vietato»⁵.

Il principio di *non-refoulement* ha, quindi, origine giurisprudenziale. Costituisce l’interpretazione dell’obbligo di ogni Stato di garantire in maniera efficace i diritti umani alle persone soggette alla propria giurisdizione⁶. Ciò si estende al dovere di prevenire prevedibili violazioni dei diritti umani verso una persona che si trasferisce al di fuori del proprio spazio giuridico⁷.

Nel diritto internazionale di tutela dei diritti umani vi sono due canoni per interpretare il contenuto del principio. Il più comune e coerente è quello sviluppato dalla Corte Edu, e ripreso da altri organismi regionali come la Commissione e la Corte inter-americane dei diritti umani e la Commissione africana dei diritti umani e dei popoli. Esso impone il dovere di non trasferire una persona al di fuori della giurisdizione *qualora vi siano fondati motivi per ritenere che vi sia un rischio reale* di una violazione di determinati diritti. Il test è quindi sul potenziale rischio individuale. Il

2. Vds., per più informazioni, International Commission of Jurists (ICJ), *Transnational Injustices: National Security Transfers and International Law*, Ginevra, 2017 (www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Europe-Transnational-Injustices-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-ENG.pdf). Per una disamina del diritto internazionale sull’immigrazione, vds. ICJ, *Migration and International Human Rights Law*, Ginevra, 2014 (seconda ed.) www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/Universal-MigrationHRlaw-PG-no-6-Publications-PractitionersGuide-2014-eng.pdf (prima ed. disponibile in italiano: *Immigrazione e normativa internazionale dei diritti umani – Raccolta di giurisprudenza e normativa internazionale*, Ginevra, 2012, www.icj.org/wp-content/uploads/2012/09/ICJ_rapport_IT141112.pdf).

3. Traduzione: Unher.

4. Convenzione di Ginevra (1951), articolo 33 (traduzione: Unher).

5. Corte Edu (*plenum*), *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 91 (traduzione: ICJ, *Immigrazione e normativa internazionale dei diritti umani*, op. cit.).

6. Vds., art. 1 Cedu, art. 2 ICCPR. La Convenzione contro la Tortura, all’art. 3, prevede espressamente il divieto di *non-refoulement*.

7. Vds., per esempio, Corte Edu (*plenum*), *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 87.

Comitato Onu per i diritti umani evidenzia, invece, il *vulnus* potenziale nel rischio reale di un «danno irreparabile» a certi diritti⁸. Questo test è meno coerente di quello della Corte Edu, perché corrisponde al requisito per l'emissione di ordinanze cautelari (*interim measures*) dagli organi di tutela dei diritti umani, che possono appunto essere decise per prevenire un «danno irreparabile» all'oggetto del contendere, cioè la violazione del diritto stesso. È chiaro che se il test in sede di istanza cautelare è lo stesso della sede di merito, vi è una mancanza di utilità e autonomia del giudizio di merito stesso.

Una volta stabilito il funzionamento del principio, gran parte del problema dell'esegeta è la sua identificazione. A quali diritti corrispondono obbligazioni di *non-refoulement*? Tradizionalmente, fin dalla decisione *Soering*, il principio è legato al divieto assoluto di tortura e altri trattamenti o pene crudeli, disumani o degradanti (art. 3 Cedu, art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici – ICCPR). Il principio è stato anche legato al diritto alla vita, col corollario del divieto di trasferimento verso Paesi che applicano la pena di morte per Paesi abolizionisti o in moratoria (art. 6 del Patto, art. 2 Cedu e Protocolli nn. 6 e 13 Cedu)⁹.

In maniera espressa, il principio è enunciato all'art. 3 della «Convenzione Onu contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti»¹⁰, all'art. 16 della «Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata» (in cui la protezione scatta quando vi è il ri-

schio di essere esposti a sparizioni forzate)¹¹, e all'articolo 19, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹².

Da questa base, il principio si è espanso in due direzioni ermeneutiche. *In primis*, tramite un'estensione del contenuto del divieto di pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti. Di questa corrente fa esempio la decisione della Corte Edu nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui si è esteso il concetto di «trattamento degradante» a situazioni in cui una persona facente parte di un gruppo in situazione di vulnerabilità – nel caso in specie un richiedente asilo – fosse lasciata in situazione d'indigenza estrema¹³, o nel caso *Paposhvili c. Belgio*, in cui finalmente la Corte ha accettato che un trasferimento che esponga una persona all'aggravamento di una malattia potenzialmente mortale pone il soggetto in situazione di trattamento degradante. Tale forma di trattamento, per il momento, costituisce la finestra interpretativa per lo sviluppo del principio ai sensi degli artt. 3 Cedu e 7 ICCPR¹⁴.

Una seconda corrente interpretativa, anch'essa utilizzata dalla Corte europea e dai Comitati Onu, vede un'estensione del principio di *non-refoulement* ad altri diritti come, per esempio, a casi di rischio di violazione flagrante del diritto al processo equo¹⁵ o al diritto alla libertà personale¹⁶. Oppure anche, nella giurisprudenza del Comitato sui diritti del fanciullo, al rischio di «danno irreparabile» di ogni diritto e al rischio di violazione del principio di preminenza dell'interesse superiore del bambino ai sensi dell'art.

8. Comitato Onu sui diritti umani, *Commentario Generale n. 31*, par. 12.

9. *Ivi*, par. 12, nota 46. Vds. Corte Edu: *NA c. Regno Unito*, ric. n. 25904/07, parr. 109, 113; [GC] *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 125; *Nyanzi c. Regno Unito*, ric. n. 21878/06, 8 aprile 2008, par. 51; (*plenum*) *Cruz Varas e al. c. Svezia*, ric. n. 15576/89, 20 marzo 1991, par. 69; *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 74, nota 43; *Soering c. Regno Unito*, cit., parr. 85-91, nota 294; *Bader e Kanbor c. Svezia*, ric. n. 13284/04, 8 novembre 2005, par. 48 (riscontrando che la deportazione del ricorrente a rischio di esecuzione capitale violerebbe gli artt. 2 e 3 Cedu).

10. Testo originale: «1. No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights».

11. Testo originale: «1. No State Party shall expel, return (“refouler”), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance. 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law».

12. Testo originale: «Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti».

13. Corte Edu [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09.

14. Corte Edu [GC], *Paposhvili c. Belgio*, ric. n. 41738/10.

15. Corte Edu: *Othman c. Regno Unito*, ric. n. 8139/09; *Al-Moayad c. Germania*, ric. n. 35865/03, decisione sull'ammissibilità, 20 febbraio 2007, parr. 100-102.

16. Vedi, per esempio, Corte Edu: *Othman c. Regno Unito*, cit.; *Z e T c. Regno Unito*, ric. n. 27034/05, decisione sull'ammissibilità, 28 febbraio 2006.

3 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo¹⁷. O, infine, del rischio di essere esposte a violenze basate sul genere (*gender-based violence*), come da giurisprudenza del Comitato Onu sull'eliminazione della discriminazione verso le donne¹⁸.

Questo secondo approccio è più coerente, in quanto riprende quella dottrina, alla base della giurisprudenza *Soering*, che vede il principio di *non-refoulement* come un corollario dell'obbligo di garantire i diritti – e non certi diritti – alle persone soggette alla giurisdizione statale. Ha anche il beneficio di evitare una gerarchia dei diritti, che è stata unanimemente rifiutata alla Conferenza di Vienna sui diritti umani del 1993 e costituisce canone pacifico di interpretazione dei diritti umani da quasi trent'anni¹⁹.

Ciò non risolve, però, il problema dell'interprete di cogliere la *regula iuris* per poter autonomamente evincere quali diritti (e quali obblighi) attraggano il principio di *non-refoulement*, prima di una decisione di una corte od organo internazionale di tutela dei diritti umani. Il diritto internazionale non offre tale regola e difficilmente la offrirà, visto che il suo sistema di evoluzione giurisprudenziale del diritto – molto affine a pratiche di *common law* – non è adatto a esprimersi in massime di portata generale. A mio avviso, la teoria più coerente dovrebbe prendere esempio dalla teoria del *Existenzminimum* della Corte costituzionale tedesca²⁰, poi sviluppata a livello internazionale del Comitato Onu sui diritti economici, sociali e culturali nella teoria del “nucleo essenziale” (“*minimum core*”)²¹. Se si accetta che ogni diritto – a differenti livelli – abbia un nucleo di obbligazioni la cui violazione comporterebbe la nullificazione stessa del diritto, allora se ne potrebbe dedurre una regola interpretativa per estrapolare quali obblighi – e corrispondenti diritti – attraggano un principio così forte come quello di *non-refoulement*. Ma questa opzione è ancora *in fieri* nella dottrina giuridica internazionalista.

Per la nostra disamina, ciò che occorre sottolineare è che il principio di *non-refoulement* non investe solo obblighi negativi sostanziali, ma anche obblighi

positivi procedurali. Sia che sia letto da solo, sia che sia interpretato in combinato disposto con l'obbligo di garantire un diritto a un ricorso efficace (art. 2, comma 3, ICCPR; art. 13 Cedu; art. 47 Carta), è giurisprudenza pacifica che ogni persona potenzialmente protetta dal principio debba avere a disposizione una procedura efficace, sospensiva automaticamente dell'espulsione o estradizione, e che permetta una valutazione della sussistenza di un divieto di *refoulement*²².

3. Giurisdizione: quando lo Stato deve garantire la tutela?

L'elemento fondamentale per attribuire la responsabilità allo Stato nella tutela dei diritti del migrante (come di qualsiasi altra persona) riguarda la soggezione dell'immigrato alla sua giurisdizione, cioè lo spazio o le persone su cui lo Stato esercita l'autorità e per le quali è responsabile a livello internazionale. Ciò deriva dal principio fondamentale del diritto internazionale dei diritti umani secondo cui lo Stato deve garantire, assicurare e proteggere i diritti umani di ogni persona soggetta alla sua giurisdizione, prescindendo dalla nazionalità. Tale obbligo non è circoscritto al territorio di uno Stato. La prima domanda a cui rispondere quando un immigrato arriva in uno Stato estero è se ha effettivamente fatto “ingresso” nello Stato. In molti casi, questo è chiaro: la persona avrà fatto ingresso nello Stato quando entra sul territorio. È stato anche chiaramente stabilito che il migrante rientra nella giurisdizione dello Stato quando si trova nello “spazio internazionale” o “*zone d'attente*” di un aeroporto²³.

La “giurisdizione” dello Stato ha, quindi, un'estensione più ampia dello spazio corrispondente al territorio nazionale dello Stato. L'obbligo di protezione sorge in favore di tutte le persone sottoposte all'autorità o all'effettivo controllo delle autorità statali e di persone che agiscono in rappresentanza dello Stato; e per tutte le zone extraterritoriali, appartenenti o non

17. Vds. Comitato Onu sui diritti del fanciullo (CRC), *D.D. c. Spagna*, CRC/C/80/D/4/2016.

18. Vds. Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, *A c. Danimarca*, comunicazione n. 53/2013.

19. Onu, «Dichiarazione e Programma d'azione di Vienna», 1993, par. 5: «All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms».

20. Vds. la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca, 1 BvL 10/10.

21. Vds., Comitato Onu sui diritti economici, sociali e culturali, *Commentario Generale n. 3*, 1990, par. 10.

22. Si vedano, tra gli altri, Corte Edu: *Jabari c. Turchia*, par. 50; *Conka c. Belgio*, par. 79; *Gebremedhin c. Francia*, ric. n. 25389/05, parr. 58, 66.

23. Corte Edu, *Amuur c. Francia*, ric. n. 17/1995/523/609, sentenza del 20 maggio 1996, parr. 52-53.

appartenenti allo Stato straniero, in cui lo Stato esercita un controllo effettivo²⁴.

La Corte europea dei diritti umani ha stabilito che la giurisdizione ha portata extra-territoriale²⁵ in differenti situazioni: quando lo Stato esercita l'effettivo controllo di un territorio esterno ai propri confini (ad esempio, nel caso di occupazione militare in cui il controllo effettivo di una zona può essere dimostrato)²⁶; oppure quando pubblici ufficiali agiscono, legalmente o illegalmente, al di fuori del territorio dello Stato, esercitando autorità o controllo su di una persona: per esempio, nel caso di una persona che viene trattenuta in arresto o si trova a distanza di tiro delle forze armate di uno Stato in una zona di frontiera²⁷. In conseguenza di ciò, lo Stato può essere obbligato a rispettare e proteggere i diritti delle persone che non sono entrate nel territorio, ma che sono soggette alla sua autorità e controllo oppure che sono state sottoposte ad azioni extra-territoriali (come ad esempio la detenzione) da parte degli agenti dello Stato che esercitano un potere di controllo.

Di particolare rilevanza per i migranti e i richiedenti asilo è il fatto che la giurisdizione dello Stato può estendersi, in determinate situazioni, alle acque internazionali. La Commissione inter-americana dei diritti umani (IACHR) ha rilevato che il rientro nel Paese di origine di richiedenti asilo intercettati in alto mare costituisce una violazione del loro diritto di chiedere asilo in un Paese straniero, come previsto dalla «Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo» e dalla «Convenzione americana sui diritti umani»²⁸.

La Corte Edu ha chiaramente affermato che le attività d'intercettazione di imbarcazioni, anche in alto mare, attirano la giurisdizione dello Stato che esegue l'intercettazione. Dal momento dell'effettivo controllo

dell'imbarcazione, tutte le persone a bordo ricadono sotto la giurisdizione dello Stato di intercettazione, che deve salvaguardare e proteggere i loro diritti umani²⁹.

Il caso *Hirsi Jamaa c. Italia* è di scuola. In esso, la Corte ha chiarito che vi è giurisdizione qualora via sia il controllo effettivo sulla persona da parte di personale italiano su vettore marittimo battente bandiera italiana, secondo il principio di diritto marittimo internazionale della giurisdizione dello Stato di bandiera³⁰. Il precedente caso *Medvedyev c. Francia* chiarisce maggiormente lo scopo della giurisdizione sulle persone sottoposte alla sfera di controllo effettivo o autorità, in questo caso del vettore francese, anche senza la necessità di essere presenti sul vettore stesso, ma in quanto sottoposti al controllo della forza pubblica³¹. Il più recente – e controverso – caso *N.D. e N.T. c. Spagna* non ha invece fornito maggiori delucidazioni. Il caso proponeva la questione dell'attribuzione alla giurisdizione spagnola, ai sensi Cedu, di violazioni di diritti umani avvenute sulla recinzione alla frontiera dell'enclave di Melilla, in terra africana. La Corte ha risolto il problema, nella maniera più logica, constatando che, essendo la recinzione all'interno del territorio spagnolo, essa rientra nelle giurisdizioni territoriali, e non extra-territoriale, dello Stato³². Maggiori chiarimenti si aspettano dal caso *S.S. e altri c. Italia*, in merito al salvataggio che nel novembre 2017 aveva coinvolto anche la nave "Sea Watch", ma ci vorrà presumibilmente ancora qualche mese prima della decisione.

La decisione in *N.D. e N.T. contro Spagna*, seppur in parte aliena al problema dei Paesi terzi sicuri, merita una breve disamina per la sua novità. In essa, la Corte europea ha riscontrato che non vi fosse violazione del divieto di espulsione collettiva ai sensi dell'art. 4 del Protocollo 4 alla Cedu. La decisione ha

24. Vds. Comitato Onu sui diritti umani: *Commentario Generale n. 31, La natura delle obbligazioni giuridiche generali imposte agli Stati Parte al Patto*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, par. 10-11; *Lopez Burgos c. Uruguay*, comunicazione R 12/52, decisione del 6 giugno 1979; *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, comunicazione n. 56/1979, decisione del 29 luglio 1981.

Vds. anche Corte internazionale di giustizia, *Attività armate sul territorio del Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda)*, 19 dicembre 2005, in *ICJ Reports*, 2005, p. 168, par. 180 e 216, e *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, opinione consultiva, in *ICJ Reports*, 2004, p. 136, par. 109; vds. inoltre Corte Edu: *Xhavara e al. c. Italia e Albania*, ric. n. 39473/98, decisione sull'ammissibilità, 11 gennaio 2001; *Women on Waves e al. c. Portogallo*, ric. n. 31276/05, 3 febbraio 2009; [GC] *Loizidou c. Turchia*, ric. n. 15318/89, 18 dicembre 1996; *Issa e al. c. Turchia*, ric. n. 31821/96, 16 novembre 2004, par. 66.

25. Vds. Corte Edu: *Issa e al. c. Turchia*, ric. n. 31821/96; [GC] *Öcalan c. Turchia*, ric. n. 46221/99; Comm. Edu, *Illich Sanchez Ramirez c. Francia*, ric. n. 28780/95; Corte Edu: *Pad e al. c. Turchia*, ric. n. 60167/00; *Isaak e al. c. Turchia*, ric. n. 44587/98.

26. Corte Edu, *Loizidou c. Turchia*, cit.

27. Corte Edu, *Solomou e al. c. Turchia*, ric. n. 36832/97, par. 50-51.

28. IACHR, *Caso sui respingimenti ad Haiti*, par. 156, 157 e 163.

29. Vds. Corte Edu [GC], *Medvedyev e al. c. Francia*, ric. n. 3394/03, par. 62-67.

30. Corte Edu [GC], *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09.

31. Corte Edu [GC], *Medvedyev e al. c. Francia*, ric. n. 3394/03.

32. Corte Edu [GC], *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15.

destato comprensibilmente critica e scalpore per aver inserito, per la prima volta, il comportamento del migrante o richiedente asilo fra i criteri di valutazione della sussistenza della violazione del divieto³³. In realtà questo criterio non è decisivo diversamente dalle altre chiare indicazioni della Corte, la quale ha altresì definito, una volta e per tutte, che il divieto di espulsione collettiva si applica anche ai respingimenti alla frontiera³⁴.

Inoltre per definire se vi sia o meno violazione del divieto alla frontiera, «la Corte [ha sottolineato che] valuterà in maniera importante se, nelle circostanze del caso individuale, lo Stato interessato abbia garantito un accesso genuino ed efficace a sistemi di ingresso legale, in particolare a procedure di frontiera. Se lo Stato ha garantito tale accesso, ma il richiedente non ne ha fatto uso, la Corte prenderà in considerazione, nel contesto attuale e senza pregiudizio per gli articoli 2 e 3 [cioè in principio di *non-refoulement*, *ndA*], dell'esistenza di motivi cogenti per non ricorrervi, sulla base di fatti oggettivi per i quali sia responsabile lo Stato interessato»³⁵.

Due aspetti sono da sottolineare. Innanzitutto che la decisione non si applica a casi nei quali vi sia un rischio potenziale di coinvolgimento del principio di *non-refoulement*, per i quali gli obblighi procedurali di sospensione automatica dell'espulsione rimangono intatti. Infine, che il primo esame in tema di espulsioni collettive va diretto verso l'esistenza di sistemi efficaci e genuini di accesso al territorio, cioè che possano concretamente portare ad esso e non rappresentino un *escamotage* giuridico per mascherare una chiusura delle frontiere.

4. Il concetto di “Paese sicuro” alla prova della Cedu

Come ben conosciuto, la direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (la cosiddetta “direttiva procedure”), prevede all'articolo 38 la figura del «Paese terzo sicuro», grazie al quale uno Stato Ue può considerare una domanda di protezione internazionale inammissibile³⁶.

Secondo tale articolo, «[g]li Stati membri possono applicare il concetto di Paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel Paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri:

a) non sussistono minacce alla sua vita e alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale;

b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE;

c) è rispettato il principio di “non-refoulement” conformemente alla convenzione di Ginevra;

d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale;

e) esiste la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra».

Naturalmente l'applicazione del concetto è contestabile con un ricorso che garantisca un rimedio efficace, che secondo il diritto internazionale, nei casi in cui viene in gioco il principio di *non-refoulement*, deve essere di natura giurisdizionale³⁷. In secondo luogo, si deve sottolineare che la direttiva non obbliga gli Stati membri all'utilizzo di questi concetti, ma ne permette l'introduzione nel diritto nazionale, previa notifica alla Commissione europea. Ciononostante, attraverso di essi si opera un aggravamento dell'onere della prova in capo al richiedente asilo e si instaurano procedure accelerate e di frontiera che rendono estremamente arduo l'accesso a una procedura di asilo efficace.

Questi nodi sono stati affrontati in un recente caso deciso dalla Grande Camera della Corte Edu, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. I richiedenti contestavano la pratica ungherese di considerare la Serbia – Paese confinante – come Paese sicuro e, di conseguenza, di rigettare come inammissibili richieste d'asilo di chiunque avesse attraversato il Paese, tramite sommarie procedure di frontiera. In questo caso, la

33. Corte Edu [GC], *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricc. nn. 8675/15 e 8697/15, parr. 200.

34. *Ivi*, parr. 186-187.

35. *Ivi*, parr. 200 (*tdA*).

36. Art. 33 direttiva 2013/32/UE.

37. Corte Edu: *Vilvarajah e al. c. Regno Unito*, par. 99; *Isakov c. Russia*, par. 137; *Yuldashev c. Russia*, parr. 110-111; *Garayev c. Azerbaijan*, parr. 82 e 84; *Al-Nashif c. Bulgaria*, par. 133. Vds. anche Corte Edu, *C.G. e al. c. Bulgaria*, par. 56.

Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu³⁸.

La Corte ha ritenuto che «qualora le autorità decidano di rimuovere dei richiedenti asilo verso un Paese terzo, (...) ciò lascia intatta la responsabilità dello Stato contraente in merito al suo dovere di non deportarli se siano stati presentati motivi sostanziali per credere che una tale azione possa esporli direttamente (cioè in quel Paese terzo) o indirettamente (per esempio, nel Paese di origine o in altro Paese) a un trattamento contrario, in particolare, all'articolo 3»³⁹.

Ciononostante, il modo di espletare tale obbligo di diritto internazionale differisce nel caso dei Paesi terzi rispetto a quanto accade quando la deportazione avvenga verso il Paese di origine.

Nel caso in specie, la questione dirimente è «se la persona abbia accesso o meno a una procedura di asilo adeguata nel Paese terzo che lo riceverà»⁴⁰. Inoltre, «quando il presunto rischio di essere soggetto a un trattamento contrario all'articolo 3 riguarda, per esempio, le condizioni di detenzione o le condizioni di vita dei richiedenti asilo in un Paese terzo, quel rischio va anch'esso valutato dallo Stato espellente»⁴¹.

La regola già stabilita dalla Corte era che, in genere, il Paese espellente «deve assicurarsi che la procedura di asilo del Paese intermedio dia garanzie sufficienti per evitare che un richiedente asilo sia respinto, direttamente o indirettamente, verso il proprio Paese di origine senza una valutazione consona del rischio che possa affrontare nei termini dell'articolo 3 della Convenzione»⁴².

In *Ilias e Ahmed*, la Corte ha definito la massima che «in tutti i casi di spostamento di un richiedente asilo da uno Stato contraente a un Paese terzo intermedio senza esame della domanda d'asilo nel merito, e indipendentemente dall'appartenenza dello Stato terzo all'Ue o alla Cedu, resta il dovere dello Stato espellente di valutare in dettaglio se vi sia o meno il rischio reale che il richiedente asilo si veda negare, nel Paese terzo, l'accesso a una procedura

d'asilo adeguata e che possa proteggerlo/la dal *refoulement*. Se viene stabilito che le garanzie esistenti in merito sono insufficienti, l'articolo 3 implica un obbligo di non ricollocamento dei richiedenti asilo verso tale Paese terzo»⁴³.

In risposta all'obiezione di alcuni Stati per cui la disciplina dovrebbe proteggere solo i richiedenti asilo e non i migranti economici, la Corte ha chiarito che, quando si utilizza una procedura di rimozione verso un Paese terzo senza esaminare la richiesta d'asilo nel merito, «non è possibile sapere se la persona da espellere rischi un trattamento contrario all'articolo 3 nel suo Paese di origine o sia un mero migrante economico. È solo attraverso una procedura giuridica risultante in una decisione di valore giuridico che una valutazione su questo punto può essere eseguita e può far fede»⁴⁴. In dettaglio, «una valutazione *post-factum* che il richiedente asilo non correva nessun rischio nel suo Paese di origine non può assolvere lo Stato retrospettivamente da tale obbligo procedurale»⁴⁵.

In merito alla valutazione, «mentre è onere del richiedente asilo di allegare le proprie circostanze individuali che non possono essere a conoscenza delle autorità nazionali, queste stesse autorità devono procedere di propria iniziativa a una valutazione aggiornata, in particolare, dell'accessibilità e del funzionamento del sistema d'asilo del Paese ricevente e delle garanzie che dia in pratica. La valutazione va condotta principalmente con riferimento ai fatti che fossero conosciuti dalle autorità nazionali al momento dell'espulsione, ma è obbligo di quelle autorità ricercare a tal fine ogni informazione rilevante che sia generalmente accessibile (...). Vi è una presunzione di conoscenza per quanto concerne carenze generali che siano ben documentate in rapporti autorevoli, in particolare quelli dell'Unhcr, del Consiglio d'Europa e dell'Ue. (...) [Lo Stato espellente] deve, come prima cosa, verificare come le autorità di quel Paese applichino in concreto la loro legislazione sull'asilo»⁴⁶.

38. Corte Edu [GC], *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, par. 163.

39. *Ivi*, par. 129 (tdA).

40. *Ivi*, par. 131 (tdA).

41. *Ibid.*

42. *Ivi*, par. 133 (tdA).

43. *Ivi*, par. 134 (tdA).

44. *Ivi*, par. 137 (tdA).

45. *Ibid.*

46. *Ivi*, par. 139 (tdA).

5. Conclusione: il principio di *non-refoulement* non funziona col Bignami

In definitiva, questa rassegna giurisprudenziale internazionale conferma una volta di più l'intangibilità del principio di *non-refoulement* nel diritto internazionale.

Gli Stati, anche attraverso la legislazione dell'Ue che è di applicazione obbligatoria e diretta, hanno concepito da anni strumenti giuridici sempre nuovi per cercare di ridurre lo scopo dei propri obblighi derivanti dal principio di *non-refoulement*.

Come abbiamo visto nell'introduzione, l'ultimo istituto concepito è quello del Paese terzo sicuro in grado di aggravare l'onere della prova nel procedimento di asilo e permettere allo Stato e alle proprie autorità di non dovere entrare nel merito delle decisioni, ma di rimpallare la responsabilità verso altri Paesi.

Tale idea, però, si è nuovamente scontrata con il principio di efficacia del diritto internazionale, che

mal tollera certi *escamotage*. Per questa ragione, la sentenza della Corte Edu in *Ilias e Ahmed* opera un certo svuotamento, in pratica, di tale istituto. Si è visto come le autorità statali dovranno comunque valutare, sia in generale che nel caso specifico, l'adeguatezza e l'efficacia del sistema di asilo del Paese terzo in termini di *non-refoulement*. Considerando il grado di dettaglio richiesto dai giudici di Strasburgo, rimane la questione se tale esame non sia altrettanto se non più oneroso dell'esame nel merito della richiesta individuale.

In ogni caso, ciò che rimane chiaro è che le corti nazionali non potranno appoggiarsi ciecamente alla classificazione delle autorità governative (o legislative) di un Paese come sicuro, ma dovranno operare una valutazione dettagliata di propria iniziativa.

Non vi sono scappatoie semplificate all'applicazione del principio di *non-refoulement* e i governi di turno non possono risolvere la questione dell'espulsione e dell'asilo ricorrendo a una manualistica semplificatrice in stile "Bignami".

Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale

di Alice Riccardi

Il lavoro analizza gli strumenti di *pull-back* della detenzione dei migranti in Libia e dei rimpatri volontari assistiti/umanitari dalla Libia e dal Niger, e riflette in particolare sulle responsabilità italiane per le gravi violazioni dei diritti umani sottese a tali due strumenti.

1. Esternalizzazione delle frontiere e diritto internazionale / 2. Le condizioni nei centri di detenzione per migranti in Libia e la prassi dei cd. ritorni volontari assistiti e umanitari / 3. L'Italia e l'esternalizzazione delle frontiere in Libia e Niger / 4. Sulla responsabilità italiana per le violazioni del diritto internazionale connesse alla gestione dei centri di detenzione in Libia e ai rimpatri volontari dalla Libia e dal Niger

1. Esternalizzazione delle frontiere e diritto internazionale

Nel diritto internazionale moderno, la frontiera è intesa come un luogo fisico, statico, lineare: è quel limite territoriale all'interno del quale esiste la sovranità, tanto da creare lo Stato. Tale ricostruzione teorica stride con quanto oggi accade nel Mediterraneo centrale dove, nel contesto migratorio, le frontiere appaiono invece liquide, in continuo mutamento, ancorate non tanto ai confini degli Stati, quanto più allo *status* delle persone. Qui la frontiera perde la sua connotazione territoriale per diventare “funzionale”¹ e materializzarsi dove si trova il titolare del diritto o dove si manifesta la condotta rilevante: per esempio, la frontiera “funzionale” che separa i migranti dal territorio italiano non corrisponde più solo ai confini dello Stato, ma coincide anche con quegli spazi che si trovano al di fuori di esso, dove di fatto si realizzano alcune delle

politiche di gestione e controllo delle frontiere. L'espressione “esternalizzazione delle frontiere” è oggi comunemente utilizzata in diritto internazionale per riassumere il fenomeno appena delineato e descrivere quei processi attraverso i quali gli Stati di destinazione dei flussi migratori ne realizzano extra-territorialmente la gestione. Ciò avviene di regola spostando le procedure di controllo al di fuori del proprio territorio o trasferendo la responsabilità della gestione dei flussi in capo a soggetti terzi, sia statali che non. In termini generalissimi, l'esternalizzazione non disturba l'internazionalista in quanto tale, ma nella misura in cui è attuata attraverso forme e modalità dubbie. In particolare, la perversione più recente dell'esternalizzazione risiede nell'utilizzo da parte degli Stati di destinazione (l'Italia *in primis*) di sempre nuovi e più sofisticati strumenti tesi ad allontanare fisicamente dal proprio territorio, e perciò dall'alveo della propria giurisdizione, la gestione dei flussi; ciò, con

1. P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002.

l'obiettivo di intestare ad altri – cioè agli enti “esternalizzati” – le violazioni dei diritti umani dei migranti (su tutti, del divieto di respingimento) poste in essere al fine di impedirne l'ingresso sul proprio territorio. Tali strumenti si definiscono comunemente di *pull-back* (o di *push-back by proxy*), poiché consistono in misure che trattengono fisicamente i migranti nel territorio degli Stati di transito, impedendogli l'ingresso nel territorio degli Stati di destinazione. Mancando così un “contatto” tra gli organi dello Stato di destinazione e i migranti², i primi mirano a “liberarsi” delle responsabilità per eventuali violazioni del diritto internazionale commesse nei confronti dei secondi, che si pretendono attribuite solo agli Stati di transito o alle organizzazioni internazionali i cui organi materialmente realizzano le misure di *pull-back*.

La proliferazione di tali strumenti distorsivi della responsabilità statale ha determinato un crescente interesse da parte della dottrina internazionalistica, che in particolare si sta concentrando sulla ricostruzione del quadro normativo applicabile all'esternalizzazione, con l'obiettivo di contrastare la perversione sopra descritta e affermare invece la responsabilità degli Stati “esternalizzanti” per l'assistenza fornita agli enti “esternalizzati” al fine di porre in essere le menzionate violazioni del diritto internazionale³. Questo contributo vuole inserirsi in tale dibattito concentrandosi su quanto accade nel Mediterraneo centrale, lasciando però da parte il tema dei respingimenti in mare – brillantemente affrontato da altri e su cui poco si potrebbe dire di originale⁴ – per analizzare invece altre due modalità di *pull-back* che mirano a *prevenire* che i migranti si imbarchino: la modalità di *pull-back* della detenzione nei Paesi di transito e quella dei cd. rimpatri volontari assistiti o umanitari dai Paesi di transito verso i Paesi di origine. Per ragioni di spazio e sistematiche, ci si concentrerà sul solo caso italiano. Ciò non significa, però, che non si riconosca il ruolo degli altri Stati membri dell'Unione europea e dell'Unione stessa nell'esternalizzazione, le cui responsa-

bilità sia politiche che giuridiche si intrecciano con quelle italiane.

Posto questo *caveat*, il presente contributo procederà come segue. Primo, si identificheranno le violazioni del diritto internazionale dei diritti umani sottostanti ai due strumenti di *pull-back* della detenzione dei migranti, in particolare nei centri libici, e dei ritorni volontari assistiti/umanitari operati dal Niger e dalla Libia (paragrafo 2). Secondo, si offrirà uno sguardo d'insieme sulla cooperazione esistente tra l'Italia da una parte e la Libia, il Niger e le organizzazioni internazionali operanti sul territorio di entrambi dall'altra, indirizzata alla gestione dei centri di detenzione e ai ritorni volontari assistiti/umanitari (paragrafo 3). Terzo, si evidenzieranno i profili di responsabilità internazionale dell'Italia per le violazioni dei diritti umani descritte nel paragrafo 2, individuando i fori dove tali responsabilità potrebbero invocarsi.

2. Le condizioni nei centri di detenzione per migranti in Libia e la prassi dei cd. ritorni volontari assistiti e umanitari

Dall'inizio del secolo, ma soprattutto dal 2014, la Libia è il principale Paese di transito per i migranti che si muovono attraverso l'Africa sub-sahariana verso il continente europeo. Nel 2019, l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (d'ora in avanti Oim) ha stimato la presenza in Libia di circa 800 mila migranti, che costituirebbero oltre il 12% della popolazione totale⁵. Di questi, circa 45 mila avrebbero diritto allo *status* di rifugiato⁶. Le norme libiche in materia di immigrazione appaiono povere, frammentate e non armonizzate. In particolare, l'ordinamento libico non opera alcuna distinzione tra migranti irregolari e richiedenti asilo: di fatto, tutti ricadono nella categoria di “migrante illegale” e ciò costituisce reato, punibile con la reclusione⁷. Di conseguenza, tutti i migranti in

2. Cfr. M. Giuffrè e V. Moreno-Lax, *The rise of consensual containment: from 'contactless control' to 'contactless responsibility' for forced migration flows*, in S.S. Juss (a cura di), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 82 ss.

3. Di recente vds. G. Pascale, *Is Italy Internationally Responsible for the Gross Human Rights Violations against Migrants in Libya?*, in *Questions of International Law*, vol. 56, 2019, pp. 35 ss; G. Puma, *Complicità tra Stati e organizzazioni internazionali nella violazione di obblighi erga omnes*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2019, pp. 69 ss.

4. *Ex multis* S. Trevisanut, *The principle of non-refoulement and the de-territorialization of border control at sea*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, n. 3/2017, pp. 627 ss.

5. Oim, *Migration Data Portal*, 2019 (migrationdataportal.org/?i=stock_abs_&t=2019&cm49=434). Se non diversamente indicato, l'ultimo accesso a tutti i link citati è stato effettuato il 23 aprile 2020; *Rapporto del Segretario generale delle Nazioni unite*, UN Doc S/2019/19, 7 gennaio 2019, par. 55.

6. Oim, *Migrants Missing in Libya a Matter of Gravest Concern*, 17 aprile 2020.

7. Cfr. legge n. 6/1987 sull'organizzazione dell'ingresso, permanenza e uscita degli stranieri in Libia, art. 20; legge n. 19/2010 per combattere l'immigrazione illegale, art. 6.

transito attraverso la Libia sono astrattamente destinati ai centri di detenzione, anche se non è chiaro se i detenuti lo siano in forza della fattispecie citata o se il regime a cui essi sono sottoposti sia di tipo amministrativo, poiché tutti sono detenuti arbitrariamente per un periodo indeterminato di tempo⁸.

Il conflitto armato in Libia rende impossibile reperire informazioni attuali circa la gestione dei centri di detenzione ufficiali: non è neppure chiaro quanti centri sarebbero attualmente operativi. Secondo le più recenti stime pubblicate dall'Oim, circa 1500 migranti sarebbero detenuti in undici centri⁹, anche se non è praticabile determinarne il numero esatto, dato che i migranti non sono registrati all'ingresso. I centri sono gestiti dal Dipartimento per la lotta all'immigrazione illegale del Ministero degli interni del Governo di accordo nazionale guidato da Al-Sarraj. È noto però come il Dipartimento sia gravemente infiltrato da organizzazioni criminali, trafficanti di esseri umani e gruppi armati, che sfruttano i migranti al fine di ricavare un profitto¹⁰. Il "business dei migranti" in Libia include anche la cd. Guardia costiera: sia le Nazioni Unite che l'Unione europea documentano come, una volta intercettati in mare e ricondotti sulle coste libiche, i migranti siano automaticamente trasferiti presso i centri di detenzione¹¹, sia ufficiali che non. Sempre secondo l'Oim, negli ultimi mesi sta emergendo una preoccupante tendenza, per cui la maggior parte dei migranti riportati in Libia dalla cd. Guardia

costiera vengono trasferiti nei centri non ufficiali; ciò confermerebbe le recenti inchieste giornalistiche e i rapporti degli esperti delle Nazioni Unite secondo cui «*esponenti delle forze armate e della polizia libica, collegate ai vari clan, sono implicati nella "cessione" e "vendita" di migranti ai trafficanti*»¹². La collusione fra i citati diversi attori, statali e non, crea un sistema circolare a cui i migranti non riescono a sottrarsi, se non pagando riscatti o, secondo recenti notizie di stampa, arruolandosi con una delle parti in conflitto. Secondo l'Oim, nelle sole prime due settimane di gennaio 2020 circa mille migranti sono stati ricondotti in Libia dalla cd. Guardia costiera e «*all were taken to detention centres*»¹³.

Ciò che poi accade nei centri di detenzione non avrebbe necessità di essere descritto. Basti dire che non vi è organo o agenzia delle Nazioni Unite, organizzazione internazionale, ong o giudice interno¹⁴ che, quantomeno dal 2017, non denunci le violazioni dei diritti umani di cui sono vittima i migranti detenuti nei centri gestiti dal menzionato Dipartimento del Ministero degli interni: *inter alia* torture¹⁵, trattamenti inumani e degradanti¹⁶ commessi anche attraverso la violenza sessuale¹⁷ e riduzione in schiavitù¹⁸.

Sia l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (d'ora in avanti Acnur) che l'Oim escludono che la Libia possa ritenersi un Paese sicuro. Entrambi gli enti forniscono assistenza ai migranti all'interno

8. UNSMIL, OHCHR, "Detained and dehumanised", *Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya*, 13 dicembre 2016, par. 5.1.

9. Oim, *Libya Migrant Vulnerability and Humanitarian Needs Assessment*, dicembre 2019, p. 6.

10. Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, 1 giugno 2017, UN Doc S/2017/466, p. 103.

11. UNSMIL, OHCHR, "Detained and dehumanised", *op. cit.*, par. 6.4; Commissione europea, *EU Emergency Trust Fund for Africa, Action Fiche of the EU Trust Fund to be used for the decisions of the Operational Committee*, 12 aprile 2017, p. 5.

12. Nello Scavo, *Migranti. L'Onu accusa Tripoli: «Nel 2020 fatti sparire centinaia di profughi»*, in *Avvenire*, 17 aprile 2020.

13. Oim, *Nearly 1,000 Migrants Returned to Libya in the First Two Weeks of 2020: IOM*, 14 gennaio 2020.

14. *Ex multis: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Libya*, UN Doc A/HRC/34/42, 13 gennaio 2017, pp. 9 ss; *European Parliament resolution of 4 February 2016 on the situation in Libya*, 2016/2537(RSP), 4 febbraio 2016, par. 10; Corte penale internazionale, *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*, 6 novembre 2019; Unione africana, *Joint Statement on the Migrant Situation in Libya*, novembre 2017; I Corte assise Milano, 10 ottobre 2017, n. 10 (http://questionegiustizia.it/doc/sentenza_corte_assise_milano_10_ott_1_dic_2017.pdf); Asgi, *Anche la Corte d'Assise di Agrigento riconosce la condizione di schiavitù in cui sono tenuti i migranti in Libia*, 14 giugno 2018 (www.asgi.it/attivita/azioni-legali/libia-schiavitù-condanna-agrigento/).

15. Le Nazioni Unite documentano abusi verbali e fisici, utilizzo di shock elettrici, colpi di arma da fuoco, percosse e pratiche di sospensione, commesse da organi del Dipartimento. *Cfr.* UNSMIL, OHCHR, "Detained and dehumanised", *op. cit.*, pp. 17-18.

16. Documentano ispezioni corporali, sovraffollamento, limitata o assente ventilazione, accesso ai servizi di igiene, all'acqua potabile e ai servizi sanitari, malnutrizione, tra gli altri: UNSMIL, *The situation of migrants in transit through Libya en route to Europe*, 10 maggio 2015; UNHRC, *Situation of human rights in Libya*, UN Doc A/HRC/37/46, 21 febbraio 2018, par. 44.

17. Su tutti *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 12 febbraio 2018, UN Doc S/2018/140, par. 50 ss.

18. Oim, *IOM Learns of 'Slave Market' Conditions Endangering Migrants in North Africa*, 4 novembre 2017; OHCHR, *Libya must end "outrageous" auctions of enslaved people, UN experts insist*, 30 novembre 2017.

dei centri di detenzione, limitatamente alla somministrazione di beni di immediata necessità e alle cure mediche di base – *rectius*: fornivano, visto che, mentre si scrive questo contributo, sia l'Oim che l'Acnur affermano di non avere più accesso ai centri, e ciò almeno da novembre 2019, a causa dell'intensificarsi del conflitto armato¹⁹. Ad ogni modo, nessuno dei due enti può opporsi al trasferimento dei migranti nei centri²⁰.

Ai menzionati strumenti a disposizione di Acnur e Oim in Libia si aggiunge la recente istituzione (o rilancio) dei programmi di ricollocamento²¹. Mentre però il programma gestito dall'Acnur mira a evacuare dai centri di detenzione i migranti (che siano *prima facie*) rifugiati e a ricollocarli presso Paesi terzi che acconsentano a ospitarli, l'Oim riconduce invece i migranti presso i Paesi di origine, in forza dello strumento denominato “*Humanitarian Voluntary Return*” (d'ora in avanti HVR). L'HVR è definito dall'Oim come quel supporto amministrativo, logistico e finanziario offerto ai migranti che non vogliono o non possano restare in Libia e che decidano di fare ritorno presso il proprio Paese di origine²². L'organizzazione dei rimpatri è una delle funzioni statutarie dell'Oim²³, il cui criterio fondamentale risiede nella volontarietà del ritorno, che l'Organizzazione presume («*is assumed to exist*») laddove (i) si accerti la libertà di scelta del migrante, definita come assenza di pressione fisica o psicologica e (ii) il processo decisionale sia informato²⁴. Il programma è aperto a tutti i migranti che non rientrino nel mandato Acnur *ratione personae*²⁵ – ossia, a tutti coloro che non posseggano i requisiti ex art. 1A(2) della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951 o che non siano richiedenti asilo, sfollati interni o apolidi. Le attività di rimpatrio dell'Oim in Libia precedono lo scoppio del conflitto armato nel 2011; successivamente, dopo una sospensione causata dall'intensità del conflitto, il programma HVR è

ripreso nel 2017. L'Oim afferma di aver rimpatriato nel 2019 9.225 migranti dalla Libia; di questi, il 23% si trovava in stato di detenzione²⁶.

Lo stesso programma, seppur denominato più generalmente di “*Assisted Voluntary Return*” (d'ora in avanti AVR), è condotto dall'Oim anche in Niger. Qui, l'Organizzazione gestisce cinque “centri di transito” per migranti, l'unica alternativa di alloggio offerta da un attore internazionale a chi non rientri nel mandato Acnur: *conditio sine qua non* per esservi ospitati è la volontà di fare ritorno presso il proprio paese di origine, entrando nel programma AVR²⁷.

Sia l'HVR dalla Libia che l'AVR dal Niger destano numerosi dubbi. Se in via generale deve riconoscersi come certamente, attraverso i rimpatri, l'Oim salvi migliaia di vite e sottragga i migranti a torture e altri trattamenti inumani e degradanti, non può non rilevarsi come i programmi HVR/AVR, se sfruttati a fini distorsivi, possano utilizzarsi come strumenti di *pull-back* che potrebbero nascondere violazioni del diritto internazionale dei diritti umani.

In primis, può dubitarsi della “volontarietà” di adesione al programma da parte di coloro che sono detenuti in Libia. Secondo il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, un rimpatrio non può dirsi “volontario” quando manchino alternative sufficientemente valide al rimpatrio stesso: ad esempio, quando l'unica alternativa possibile sia rimanere in stato di detenzione²⁸. Inoltre, il 14 novembre 2019 la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte Edu), per la prima volta investita di una questione riguardante la prassi degli AVR operati dall'Oim (nel caso di specie, dalla Finlandia all'Iraq), ha stabilito che un rimpatrio non può dirsi volontario «*in terms of (...) free choice*» quando l'unica alternativa possibile sia il rimpatrio forzato. In tali situazioni, secondo la Corte, l'ente a cui può attribuirsi la condotta di rimpatrio non è sollevato

19. P. Lambruschi, *Migranti. Libia, l'UE trova alleati. Nei centri di detenzione continua l'orrore*, in *Avvenire*, 22 gennaio 2020.

20. Vds. Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion: Abuses Against Europe-Bound Refugees and Migrants*, 11 dicembre 2017, p. 41; O. Belbeisi, *Returned to Libyan shores and held in detention centres: What are the practical alternatives?*, *Thomson Reuters Foundation News*, 18 agosto 2018.

21. Nel momento in cui si scrive, i programmi di ricollocamento di Acnur e Oim sono temporaneamente sospesi per ragioni legate alla diffusione del COVID-19. Vds. Acnur, *IOM, UNHCR announce temporary suspension of resettlement travel for refugees*, 17 marzo 2020.

22. Oim, *A Framework for Assisted Voluntary Return and Reintegration*, 2016, p. 1.

23. Vds. Oim, «Costituzione» (adottata il 19 ottobre 1953, entrata in vigore il 30 novembre 1954), art. 1(d).

24. Oim, *A Framework*, *op. cit.*, p. 6.

25. *Ivi*, p. 2, nota 6.

26. Oim, *IOM Libya Update*, 16-31 dicembre 2019.

27. Oim, *Oim's transit centres* (www.iom.int/countries/niger).

28. *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, UN Doc A/HRC/38/41, 4 maggio 2018, par. 29-30.

dalle responsabilità discendenti dall'aver esposto il rimpatriato al rischio concreto di perdere la vita o essere sottoposto a tortura, trattamenti inumani e degradanti. Questo, perché il rimpatrio in cui risulta viziata la volontarietà deve considerarsi forzato²⁹. La stessa Oim riconosce come, nel valutare la sussistenza del requisito della volontarietà, deve accertarsi che i migranti non siano soggetti a un «*actual or implied threat of indefinite or arbitrary detention to force enrolment in the AVR programme*»³⁰. Tale requisito potrebbe interpretarsi nel senso di escludere la volontarietà dei rimpatri dei migranti detenuti presso i centri libici. Secondo la Caritas, in tali contesti, difatti, «*the line between forced and voluntary return is sometimes blurred*»³¹, mentre per il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura «*ill-treatment or grossly inadequate detention conditions can even amount to torture if they are intentionally imposed, encouraged or tolerated by States for reasons based on (...) the purpose of (...) agreeing to "voluntary" return*»³². Ciò potrebbe valere altresì nel contesto nigerino, dove la volontarietà potrebbe essere viziata dalle avverse condizioni climatiche, dalle misere condizioni di vita, dall'esaurimento mentale e fisico determinato dal viaggio verso l'Europa e dalla necessità di un alloggio³³. In relazione a ciò, basti considerare che il Niger, ultima tappa del viaggio dei migranti prima dell'inferno libico, è uno degli Stati più poveri al mondo, 189esimo su 189 Paesi secondo l'indice di sviluppo umano delle Nazioni Unite³⁴; flagellato dal cambiamento climatico e da conflitti che causano migliaia di sfollati interni; in cui 2,3 milioni di persone su una popolazione totale di circa 23 milioni hanno necessità di aiuti umanitari urgenti³⁵.

Secondo, anche laddove un migrante non rientri *prima facie* nel mandato Acnur, questi potrebbe comunque essere a rischio di *refoulement*, laddove si convenga con chi ritiene che il contenuto del corrispondente divieto nel diritto internazionale consuetudinario sia più ampio di quanto codificato nella Convenzione sullo *status* dei rifugiati, estendendosi a quelle situazioni nelle quali sussista un reale rischio di danno irreparabile derivante da tortura, trattamenti inumani e degradanti, e altre serie violazioni del diritto internazionale dei diritti umani³⁶. Senza pretesa di completezza, ciò include la violazione del diritto a un equo processo, del diritto alla vita, o forme gravi di violenza sessuale e di genere, incluse le mutilazioni genitali femminili e il divieto di schiavitù. Recentissimamente, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha affermato che «*the effects of climate change (...) may expose individuals to a violations of their rights under article 6 or 7 [del Patto sui diritti civili e politici], thereby triggering the non-refoulement obligations of sending states*»³⁷. Secondo l'Asgi, 86 cittadini somali – nazionalità a cui, nel 90% dei casi, è riconosciuta in Italia la protezione internazionale – e taluni cittadini eritrei – che godrebbero dello *status* di rifugiati persino in Libia – sono stati recentemente rimpatriati dall'Oim nell'ambito del programma HVR dalla Libia; quanto agli eritrei, «*almeno uno è stato rintracciato dalla polizia eritrea ed è dovuto nuovamente fuggire dal proprio paese*»³⁸. Inoltre, i migranti che hanno subito torture o altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti in Libia e altre gravi violazioni dei diritti umani negli Stati di transito non dovrebbero essere trasferiti in uno Stato che

29. Corte Edu, *N.A. c. Finlandia*, ric. n. 25244/18, 14 novembre 2019, par. 57, 54.

30. Oim, *A Framework*, op. cit., p. 9.

31. Caritas Europa, *Position paper on return*, 9 febbraio 2018, p. 9. Vds. anche A.L. Hirsch e C. Doig, *Outsourcing control: the International Organization for Migration in Indonesia*, in *The International Journal of Human Rights*, n. 5/2018, pp. 691-692.

32. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhumane and degrading treatment or punishment*, UN Doc A/HRC/37/50, 23 novembre 2018, par. 19. Cfr. anche Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, *General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, 9 febbraio 2018, par. 14.

33. Cfr. Relatore speciale Onu sui diritti umani dei migranti, *Visit to the Niger. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, UN Doc A/HRC/41/38/Add.1, 16 maggio 2019, par. 51 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/140/41/PDF/G1914041.pdf?OpenElement>).

34. Programma di sviluppo umano delle Nazioni Unite, *Human Development Reports. Niger*, 2019.

35. Nazioni Unite, *UN calls for immediate strengthening of international support to Niger*, 16 dicembre 2020.

36. E. Lauterpacht e D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in E. Feller - V. Turk - F. Nicholson (a cura di), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 140 ss.

37. Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 gennaio 2020, par. 9.11.

38. Asgi, *L'accesso di ASGI alle attività delle Organizzazioni Internazionali in Libia* (<https://sciabacaoruka.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/Microsoft-Word-scheda-accessi-OI-finale.docx.pdf>).

non offra e garantisca loro adeguati servizi sanitari e riabilitativi, mentre dovrebbe essergli garantito un rimedio per le menzionate violazioni. Secondo il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, al contrario, l'Oim non identificerebbe in modo sistematico le vittime di tortura³⁹. Lo stesso vale per i migranti particolarmente vulnerabili, quali le vittime di tratta, i minori e le persone con disabilità, tutte categorie che l'Oim non fa mistero di includere nei programmi HVR/AVR⁴⁰. Inoltre, il Relatore nota come non sia offerta alcuna assistenza, nell'ambito dei due programmi, ai migranti che vogliono ottenere una riparazione per le violazioni dei diritti umani di cui sono rimasti vittime nel corso del proprio viaggio⁴¹. La situazione appare talmente grave che, già nel marzo del 2018, l'ufficio dell'Alto commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite organizzava un incontro tra esperti sul tema dei rimpatri, con un focus sui rimpatri condotti dall'Oim⁴².

Terzo, deve inoltre notarsi come l'Oim non sia trasparente quanto alle procedure di valutazione delle posizioni individuali dei migranti in Libia e Niger ai fini dell'inserimento nei programmi HVR/AVR. Ciò conduce al terzo motivo di criticità, relativo alle procedure utilizzate. In via generale, si noti come sia ampiamente accettato che il divieto di *refoulement* implichi il diritto a una valutazione individuale della posizione di ciascun migrante, alla luce dei principi dell'equo processo⁴³. In pratica, ciò comporta ad esempio che il migrante debba avere accesso all'assistenza legale e a un interprete, e che sia previsto un rimedio. Eppure, chi scrive non ha potuto reperire un documento nel quale le procedure utilizzate dall'Oim siano dettagliate. Ad esempio, il *Memorandum* d'intesa tra il Niger, l'Acnur

e l'Oim si limita a prevedere che l'Oim identifichi i migranti ospitati presso i propri "centri di transito", trasferendo coloro che abbiano *prima facie* diritto allo status di rifugiati secondo l'ordinamento nigerino presso le strutture dell'Acnur; rispetto a tutti gli altri, si stabilisce laconicamente che l'Oim «*offrirà le retour vers le pays d'origine*»⁴⁴. Si può presumere che la mancata pubblicazione delle procedure sia una conseguenza del fatto che l'Oim si consideri una "non-normative organization", a cui è stato affidato un mandato meramente operativo⁴⁵. Molto generalmente, l'Oim afferma che, nell'esecuzione dei programmi HVR/AVR, sono «*key policy considerations*» la salvaguardia della dignità e dei diritti dei migranti, «*while seeking adherence to applicable international principles and standards*»⁴⁶. In relazione a ciò, deve anzitutto sottolinearsi come il rispetto dei diritti umani non sia una scelta di *policy* (altrove, l'Oim parla di «*vision*»⁴⁷) quanto un obbligo giuridico in capo all'Oim, quale organizzazione internazionale dotata di personalità giuridica di diritto internazionale e pertanto destinataria delle norme consuetudinarie sui diritti umani⁴⁸ – e ciò a prescindere dal fatto che il trattato istitutivo dell'Organizzazione, la cd. «Costituzione» del 1953, non contenga riferimenti al diritto internazionale e, più specificamente, ai diritti umani⁴⁹. In secondo luogo, l'obbligo di cui l'Oim è destinataria nell'operare i rimpatri non è di "seek adherence" con i diritti umani (terminologia inadatta al contesto dei diritti civili e politici), ma di rispettarli. Nonostante ciò, il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti segnala come manchi un meccanismo di monitoraggio sul rispetto dei diritti umani prima, durante e dopo i rimpatri e mostra preoccupazione per

39. Relatore speciale Onu sui diritti umani dei migranti, *Visit to the Niger*, *op. cit.*, par. 54.

40. Cfr. Oim, *Return and Reintegration Highlights*, 2018, pp. 33-34.

41. Relatore speciale Onu sui diritti umani dei migranti, *Visit to the Niger*, *op. cit.*, par. 53.

42. Vds. Ufficio dell'Alto commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Expert Meeting on Protecting the human rights of migrants in the context of return*, *background paper*, 6 marzo 2018.

43. *Ex multis* G.S. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3/2011, pp. 443 ss.

44. Reperibile sul sito dell'Asgi (www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/05/memorandum_Niger_UNHCR_Oim.pdf).

45. *Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration*, UN Doc A/70/976, 8 luglio 2016, art. 2(3).

46. Oim, *Assisted Voluntary Return and Reintegration* (www.iom.int/assisted-voluntary-return-and-reintegration).

47. Oim, *Return and Reintegration Highlights*, 2018, pp. 3, 51.

48. Nello stesso senso R. Cadin, *Ultimi sviluppi sull'Organizzazione internazionale per le migrazioni: l'ingresso nel sistema delle Nazioni Unite e la proposta di creare una governance euro-mediterranea dei flussi migratori*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3/2018, pp. 21-24.

49. Su tutti vds. V. Chetail, *International Migration Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 372 ss.

la condivisione dei dati biometrici raccolti dall'Oim con gli Stati di origine⁵⁰.

In conclusione, la situazione di fatto brevemente illustrata consente di affermare che nei centri di detenzione libici si commettono violazioni dei divieti, posti da norme di natura consuetudinaria, di tortura, trattamenti inumani e degradanti e schiavitù⁵¹. Inoltre, consente di dubitare che gli HVR/AVR dalla Libia e dal Niger siano conformi al contenuto consuetudinario del divieto di *refoulement*, nei casi in cui i rimpatri non possano considerarsi volontari in quanto viziati dalla mancanza di alternative e gli individui rimpatriati corrano il rischio concreto di danno irreparabile derivante da tortura, trattamenti inumani e degradanti, e altre serie violazioni del diritto internazionale dei diritti umani.

Rilevate così le possibili violazioni del diritto internazionale sottese ai due descritti strumenti di *pull-back*, il paragrafo che segue si occuperà di comprendere come l'Italia sia associata a tali fenomeni secondo una prospettiva di diritto internazionale.

3. L'Italia e l'esternalizzazione delle frontiere in Libia e Niger

Come accennato nel paragrafo introduttivo, l'esternalizzazione della gestione dei flussi migratori e dei controlli alle frontiere interessa il diritto internazionale in quanto si realizza, in gran parte, attraverso la conclusione di accordi internazionali tra gli Stati di transito e di destinazione dei migranti. In forza di tali accordi, i primi si impegnano ad attuare misure di *pull-back* per impedire che i migranti raggiungano il territorio dei secondi, ricevendo da questi ultimi gli aiuti (finanziari, logistici e tecnologici) necessari all'adempiimento degli obblighi assunti. Inoltre, ciò può accadere anche attraverso la conclusione di intese tra gli Stati di destinazione e le organizzazioni interna-

zionali che si occupano di gestione delle migrazioni.

In questo schema rientra l'intensa cooperazione tra l'Italia da una parte e il Niger, la Libia e le organizzazioni internazionali che operano sul territorio di entrambi gli Stati dall'altra, allo scopo di impedire che i migranti riescano a imbarcarsi per raggiungere le coste italiane. Non è affatto semplice offrire in poche pagine uno sguardo d'insieme su tali forme di cooperazione, soprattutto perché non andrebbero studiate in modo isolato. Difatti, esse si inseriscono nel più ampio contesto della politica sull'immigrazione dell'Unione, da cui traggono incoraggiamento e giustificazione. Ai fini del presente contributo, basti fare riferimento all'«Accordo costitutivo del Fondo fiduciario dell'Unione per l'Africa» del 2015, utilizzato per la gestione dei fondi nell'ambito della cooperazione allo sviluppo in Africa⁵²; al «Quadro di partenariato sulla migrazione con i Paesi terzi» del 2016, che ha rappresentato lo stimolo per la conclusione di intese, anche caratterizzate da un significativo livello di informalità, con Stati terzi e organizzazioni internazionali⁵³; e alla «Dichiarazione congiunta» del 28 agosto 2017 tra Francia, Germania, Italia, Spagna, Ciad, Niger, Libia e l'Alta rappresentante dell'Unione, che fissa l'obiettivo strategico di creare «*the conditions for irregular migrants (...) to be returned to their countries of origin (...) preferably on a voluntary basis*». A tale scopo, ci si impegna a supportare l'Oim in Niger e Libia (al fine di «*boosting voluntary returns*») e il lavoro dell'Acnur e dell'Oim nei centri per migranti⁵⁴.

Inoltre, la cooperazione italiana in Libia e Niger in materia di detenzione e rimpatri si intreccia, da una parte, con le operazioni condotte nel Mediterraneo centrale dalle Nazioni Unite, dall'Unione europea e dalla Nato⁵⁵; dall'altra, con le operazioni militari italiane tese a rafforzare i confini libici e nigerini: MIASIT, ossia la «Missione bilaterale di assistenza e supporto in Libia», che dal gennaio 2018 ha preso il

50. *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, UN Doc A/HRC/38/41, 4 maggio 2018, par. 53, 78, 81 e 36.

51. CDI, *Commentary on Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, fifty-third Session*, UN Doc. A/56/10 (2001), artt. 4, 5, 8.

52. Reperibile sul sito della Commissione (https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/uetfa/files/original_constitutive_agreement_en_with_signatures.pdf).

53. Vds. F. Casolari, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2018, pp. 2 ss.; C. Favilli, *Presentazione*, *ivi*, nn. 1-2/2016, pp. 11 ss.

54. Vds. www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Notizie-allegati/governo/Parigi_20170828/Joint_Statement-20170828.pdf, pp. 1, 3, 5.

55. Ci si riferisce alle operazioni: UNSMIL delle Nazioni Unite (scadenza: 15 settembre 2020); Frontex Themis (che dal febbraio 2018 sostituisce l'operazione Joint Operation Triton, operativa dal 2014) e Eunavfor Med Sophia (che, alla scadenza del 31 marzo 2020, assumerà la nuova veste di operazione di contrasto alle condotte in violazione dell'embargo sulla fornitura di armi, obbligo da ultimo reiterato dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con la ris. S/RES/2509 (2020) par. 6-7) dell'Unione europea; Sea Guardian della Nato, nata nel 2016 in sostituzione dell'operazione Active Endeavour.

posto dell'«Operazione Ippocrate» con l'obiettivo, tra gli altri, di fornire supporto tecnico-manutentivo alla cd. Guardia costiera libica; e MISIN, un'operazione militare bilaterale di supporto al Niger che, sempre a partire da settembre 2018, mira, secondo la (ex) ministra della difesa Trenta, ad «arginare, insieme, la tratta di essere umani e il traffico di migranti che attraversano il paese, per poi dirigersi verso la Libia e in definitiva imbarcarsi verso le nostre coste»⁵⁶.

Tenendo tale complessità a mente, si cercherà nelle pagine che seguono di isolare la posizione italiana seguendo un criterio cronologico, con un focus sulla gestione dei centri di detenzione e sui rimpatri.

La cooperazione italo-libica in materia di immigrazione si basa sull'ampio «Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione» del 2008, il cui art. 19 costituisce il fondamento per definire «iniziative (...) per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori». In esecuzione di tale trattato, venne siglato nel febbraio del 2009 un protocollo di attuazione per l'organizzazione di pattugliamenti marittimi congiunti davanti alle coste libiche, che si concretizzarono tra l'altro in respingimenti collettivi condotti dall'Italia in alto mare, sanzionati dalla Corte Edu nel caso *Hirsi* del 2012⁵⁷. La condanna nel caso *Hirsi* e lo scoppio della guerra civile in Libia nel 2011 comportarono di fatto un ricorso limitato ai citati strumenti, tanto che, di fronte alla «crisi migratoria» più recente, e anche dietro lo stimolo politico dell'Unione europea, l'Italia concluse il 2 febbraio 2017 con la Libia di Al-Sarraj l'ormai noto «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana» (d'ora in avanti: «Memorandum»)⁵⁸. Il *Memorandum*, rinnovatosi tacitamente il 3 febbraio 2020, doveva essere modificato secondo le linee dettate da una commissione congiunta italo-libica. La situazione volatile sul territorio libico e questioni di politica interna italiana hanno però bloccato quest'iniziativa, per cui il *Memorandum* resta, nel momento in cui si scrive, invariato. Il 30 gennaio 2020, in audizione al Senato della Repubblica, il Ministro degli esteri italia-

no, dopo aver dato notizia dell'avvio di un dialogo con il Governo Sarraj teso a una revisione del *Memorandum*, ha dichiarato che:

«Qualcuno diceva (...) voi non dovete parlare di miglioramento delle condizioni nei centri di detenzione. È vero. Perché, si dice, i centri di detenzione vanno chiusi. È vero. Ma allo stesso tempo il processo che noi dobbiamo portare avanti con l'Unhcr e l'Om è quello sia di investire sui rimpatri volontari e, due, comunque creare dei centri di accoglienza lì – che non hanno niente a che vedere con i centri di detenzione – sotto l'egida delle Nazioni Unite»⁵⁹.

In effetti, la proposta di revisione italiana, pubblicata in esclusiva da *Avvenire* il 12 febbraio 2020⁶⁰, non è tesa a cessare la cooperazione italo-libica sui centri di detenzione – nella bozza di revisione definiti «centri di accoglienza» (*sic*) –, come da più parti richiesto. Al contrario, si parla di un «progressivo superamento del sistema» (art. 2, comma 2, lett. a) e, con un'eccessiva dose di *naïveté*, si chiede alla Libia di impegnarsi a escludere dai centri il personale «che non abbia adeguate credenziali in materia di diritti umani» e di «favorire l'istituzione di un sistema di strutture posto sotto il controllo del Ministero della Giustizia libico e basato sullo Stato di diritto, su procedure giudiziarie chiare e sui principi del giusto processo» (*ibid.* e art. 2, comma 2, lett. b). Nel momento in cui si scrive, non è dato sapere altro circa lo stato di avanzamento del negoziato. Pertanto, nelle pagine che seguono si analizzerà il *Memorandum* nella sua versione del 2017 e, nonostante le diverse questioni che verrebbero in rilievo (ad esempio, l'utilizzo dell'espressione «immigrazione clandestina» – come se nessuno dei migranti giunti in Italia attraverso la Libia avesse diritto alla protezione internazionale nel nostro Paese), tutte meritevoli di approfondimento, ai fini del presente contributo ci si limiterà a discutere solo di alcune disposizioni, di cui fra poche righe. Prima di procedere a tale esame, però, devono enunciarsi due postulati su cui si fonda l'analisi che segue.

Primo, nonostante le resistenze del Governo italiano – secondo cui il *Memorandum* sarebbe un'intesa

56. Vds. *Al via la missione italiana in Niger dopo uno stallo durato nove mesi*, *Il Sole24Ore*, 20 settembre 2018. Sui dubbi circa la base giuridica dell'operazione vds. A. Spagnolo, *The Conclusion of Bilateral Agreements and Technical Arrangements for the Management of Migration Flows: An Overview of the Italian Practice*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 28, n. 1/2019, pp. 215 ss.

57. Corte Edu [GC], *Hirsi Jamma e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012.

58. Il testo è ora accessibile sia sul sito del MAE che al seguente link: www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf.

59. Senato della Repubblica, Commissioni congiunte 3a e 4a Senato con III e IV Camera, *Comunicazioni del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, Luigi Di Maio, sugli esiti della Conferenza di Berlino*, 30 gennaio 2020.

60. Vds. www.avvenire.it/c/attualita/Documents/Avvenire-%20memorandum.pdf.

tecnica priva di carattere giuridico –, il *Memorandum* deve qualificarsi come un trattato regolato dal diritto internazionale. Di conseguenza, è doveroso contestarne la conclusione in forma semplificata, data la riserva di legge di cui all'art. 80 Cost. relativa ai trattati di natura politica. Sul punto si rinvia a chi in dottrina ha già brillantemente discusso del tema⁶¹.

Secondo, si analizzerà il *Memorandum* presupponendone la non estinzione. Ciò non è affatto scontato, posto che esso è stato concluso con il Governo guidato da Al-Sarraj che, se al momento in cui si scrive risulta ancora essere il governo legittimo della Libia, non è detto lo sia quando questo contributo sarà pubblicato o nel periodo successivo alla sua pubblicazione, a causa del conflitto scatenato dal generale Haftar con l'obiettivo di ottenere il controllo effettivo dell'intero Paese. Resta comunque ferma, secondo quanto si dirà nel paragrafo successivo, la responsabilità italiana per le violazioni antecedenti all'eventuale estinzione del trattato.

Ciò detto, è possibile ora analizzare il contenuto del *Memorandum* a partire dal suo oggetto e scopo che, come chiarito dal nono considerando del preambolo, è proprio quello di instaurare una cooperazione tesa a rendere operativi i due strumenti di *pull-back* della detenzione dei migranti e dei rimpatri – «*le Parti (...) sono determinate a (...) cooperare (...) attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia, sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine*». Nella parte operativa esso prevede: (i) all'art. 1(A), un generico impegno a cooperare al fine di sostenere «*le istituzioni di sicurezza e militari al fine di arginare i flussi di migranti illegali*»; (ii) all'art. 1(C), l'impegno italiano a «*fornire supporto tecnico e tecnologico (...) [agli] organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno*» libico; (iii) all'art. 2(2)-(3), il più specifico impegno ad adeguare e finanziare i «*centri di accoglienza*» (*sic*) e a formare il personale libico che lì vi opera; (iv) all'art. 2(5), l'impegno a sostenere «*le organizzazioni internazionali presenti e che ope-*

rano in Libia (...) a proseguire gli sforzi mirati anche al rientro dei migranti nei propri paesi d'origine, compreso il rientro volontario»; (v) infine, all'art. 4, l'obbligo italiano di provvedere «*al finanziamento delle iniziative menzionate in questo Memorandum*», ivi inclusi, dunque, i centri di detenzione e il personale lì impiegato. A fronte della conclusione del *Memorandum*, il numero dei migranti giunti in Italia attraverso la Libia si è drasticamente ridotto: secondo i dati dell'Oim, se nel 2016 sono arrivati via mare in Italia 181.436 migranti, già nel 2018 tale numero era sceso a 23.370, per crollare a 11.471 nel 2019⁶².

Anche per adempiere agli obblighi assunti con l'art. 4 del *Memorandum*, l'Italia ha creato – con la legge di bilancio di previsione dello Stato per il 2017 – uno strumento, il cd. “Fondo Africa”, che ha permesso di stanziare, per decreto del Ministro degli affari esteri, 200 milioni di euro nell'anno 2017, 30 milioni nel 2018 e 50 milioni nel 2019⁶³. Nel momento in cui si scrive, il decreto relativo al 2020 non risulta ancora approvato. Il decreto del 2017, a cui i successivi si rifanno, qualifica la Libia e il Niger come Paesi di priorità strategica (preambolo e art. 2, comma 2); inoltre, elenca fra le priorità di intervento i «*programmi di accoglienza e assistenza ai migranti e ai rifugiati*» e i «*rimpatri volontari assistiti*» (art. 3, comma 1). Per quanto riguarda gli enti attuatori, rileva ai fini del presente contributo che il Fondo Africa operi (i) sia sulla base di intese tecniche concluse dal Ministero degli affari esteri con organizzazioni internazionali, con l'Agenzia italiana per la cooperazione allo sviluppo (d'ora in avanti Aics) e con il Ministero dell'interno (che poi, a loro volta, concludono intese con organizzazioni internazionali e non governative) che (ii) attraverso il sopracitato *Fondo fiduciario dell'Unione*.

Quanto alle prime, risultano ad esempio dal sito dell'Aics almeno due linee di finanziamento espressamente dirette a interventi nei centri di detenzione in Libia⁶⁴, mentre il sito del Ministero degli affari esteri pubblica una serie di intese concluse con l'Oim dirette a sostenere il programma AVR dal Niger⁶⁵. In relazione a queste intese, è necessario aprire qui una

61. Vds. E. Olivito, *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2018, pp. 436 ss.; A. Spagnolo, *The Conclusion, op. cit.*, pp. 219 ss; M. Mancini, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya without Regard for their Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 27, n. 1/2018, p. 262; F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nella esecuzione di “accordi” per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, pp. 8-10.

62. Oim, *Flow monitoring Europe* (<https://migration.iom.int/europe?type=arrivals>).

63. Dm 1° febbraio 2017 n. 4110/2017; dm 12 febbraio 2018 n. 4115/0423; dm 14 marzo 2019, n. 4115/527.

64. Vds. www.aics.gov.it/home-ita/opportunita/area-osc/bandi-no-profit-emergenza/.

65. Vds. www.esteri.it/mae/it/trasparenza_comunicazioni_legali/provvedimenti/accordi-stipulati-dall-amministrazione.html, sezione relativa alla DGIT.

brevissima parentesi sulla natura dell'Oim e sulla formazione del suo bilancio.

Quanto alla natura giuridica, l'Oim è un'organizzazione internazionale creata tramite trattato, la già citata «Costituzione» del 1953, che nel 2016 è entrata a far parte del sistema delle Nazioni Unite tramite la conclusione di un accordo che la qualifica come una «*UN-related organization*»: in breve, ciò comporta che l'Oim mantiene la propria indipendenza e autonomia, nel rispetto dei principi e degli obiettivi della Carta delle Nazioni Unite. Nonostante ciò, l'Oim è vista da più parti non tanto come un'organizzazione che opera su delega degli Stati membri verso l'ottenimento di un bene comune, quanto più come un «*service provider*» per i suoi Stati membri, che lavora sulla base delle istruzioni fornite direttamente dagli Stati con i quali conclude intese per la realizzazione di progetti, perciò riflettendone gli interessi specifici nella sua azione⁶⁶.

Ciò è particolarmente evidente quando si guardi alla formazione del bilancio dell'Organizzazione – comunemente definita «*donor-driven*» –: la parte «operativa» (ossia non meramente amministrativa) del suo bilancio dipende dai contributi volontari degli Stati; inoltre, ciascuno Stato contributore può (ma non deve) stipulare con l'Oim i termini e le condizioni dell'utilizzo di tali contributi (art. 20(23) Costituzione del 1953), che altrimenti restano liberamente allocabili dall'Oim stessa. L'Italia, come emerge dall'ultimo bilancio dell'Oim⁶⁷, contribuisce unicamente con fondi «*earmarked*», ossia vincolati alla realizzazione di progetti specifici. Questo sistema è largamente criticato in dottrina, posto che «*the power unilaterally to increase or decrease contributions puts a strong instrument of pressure into the hands of the States that contribute, or might contribute, generously*»⁶⁸. Nonostante, però, i fondi che l'Italia destina all'Oim siano vincolati allo svolgimento di specifiche attività, l'Asgi, che ha recentemente ottenuto il testo di tali intese a seguito di richiesta di accesso civico al Ministero degli affari esteri, nota come il loro contenuto sia generico. In particolare, il Ministero ha dichiarato di «*non aver richiesto (...) garanzie o un'analisi*

dei possibili rischi legati all'attuazione del progetto». Di converso, il Ministero ha negato l'accesso ai rendiconti di tali attività; avverso tale diniego, l'Asgi ha presentato ricorso, attualmente pendente al Tar Lazio⁶⁹. Si noti come sia proprio in esecuzione di tali intese che, secondo l'Asgi, l'Oim avrebbe rimpatriato i cittadini somali ed eritrei menzionati sopra, oltre che migranti vittime di tratta, minori non accompagnati e persone affette da gravi malattie.

Quanto al transito dei finanziamenti dal Fondo Africa al *Fondo fiduciario dell'Unione*, l'Italia risulta essere il secondo Paese contributore dopo la Germania. Attraverso il *Fondo* si finanziano i programmi HVR/AVR dell'Oim sia dal Niger che dalla Libia e le attività delle organizzazioni internazionali e non governative nei centri di detenzione libici⁷⁰. Esiste poi uno specifico progetto, denominato «*Support to integrated border and migration management in Libya*», che vede come unico *partner* attuatore il Ministero degli interni italiano. In forza di tale progetto, si assiste direttamente (tra gli altri) il Dipartimento del Ministero degli interni del Governo Sarraj che gestisce i centri di detenzione⁷¹.

A fronte delle forme di cooperazione instaurate dall'Italia che danno vita ai due strumenti di *pull-back* appena descritti, è lecito chiedersi se esse non comportino una responsabilità congiunta o autonoma del nostro Paese per le risultanti violazioni del diritto internazionale descritte al paragrafo 2.

4. Sulla responsabilità italiana per le violazioni del diritto internazionale connesse alla gestione dei centri di detenzione in Libia e ai rimpatri volontari dalla Libia e dal Niger

L'esternalizzazione realizzata attraverso la cooperazione con Stati terzi e organizzazioni internazionali non esonera gli Stati di destinazione dei migranti dal rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale. Ciò riguarda in particolare l'Italia, che realizza parte della propria politica di controllo alle frontiere

66. Su tutti J. Klabbers, *Notes on the Ideology of International Organizations Law: The International Organization of Migration, State-making, and the Market for Migration*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, n. 3/2019, pp. 387, 395 ss.

67. Accessibile sul sito <https://governingbodies.iom.int/system/files/en/council/110/C-110-3%20-%20Financial%20Report%202018.pdf>, Appendix 7, p. 73.

68. H.G. Schermers e N.M. Blokker, *International Institutional Law*, Nijhoff, Leida, 2011 (V ed.), p. 665.

69. Vds. Asgi, *L'accesso di ASGI alle attività delle Organizzazioni Internazionali in Libia*, op. cit.

70. Tutti i progetti sono reperibili sul sito <https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/region/north-africa/libya> e <https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/region/sahel-lake-chad/niger>.

71. Vds. le due *Action Fiche* del progetto (https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/to5-eutf-noa-ly-04_fin.pdf; <https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/to5-eutf-noa-ly-07.pdf>).

fermando i migranti (molto) prima dei suoi confini fisici. A tal proposito, bisogna domandarsi se la responsabilità per le violazioni dei diritti umani che i migranti subiscono a causa dell'esternalizzazione operata dall'Italia in Libia e Niger non possa ascrivere in qualche modo all'Italia stessa. In diritto internazionale, la responsabilità è regolata da norme secondarie, che vengono in rilievo quando una norma primaria sia violata. Il contenuto consuetudinario delle norme secondarie sulla responsabilità è in gran parte rinvenibile nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (d'ora in avanti DARS) e nel Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali (d'ora in avanti DARIO).

Partendo dalle violazioni commesse all'interno dei centri di detenzione in Libia, la situazione di fatto brevemente illustrata nel paragrafo 2 consente di affermare anzitutto la responsabilità dello Stato libico: la Libia, infatti, attraverso le condotte dei suoi organi o di privati o di gruppi di privati sottoposti al suo controllo o che esercitano prerogative dell'attività di governo, è responsabile per la violazione dei divieti di tortura, trattamenti inumani e degradanti e schiavitù commessi all'interno dei centri di detenzione⁷². Tali divieti vincolano la Libia sia in quanto posti da norme pattizie che da norme di natura consuetudinaria. Ciò evidentemente non esclude una *congiunta* responsabilità italiana. In particolare, in dottrina si è fatto leva sulla fattispecie disciplinata all'art. 16 DARS, secondo cui:

«A State which aids or assists another in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State».

In forza di tale norma, l'Italia sarebbe da ritenersi responsabile per *l'aiuto o l'assistenza* fornite alla commissione dei sopra citati illeciti posti in essere dalla Libia all'interno dei centri di detenzione. È evidente infatti che tutti gli elementi della fattispecie

citata – che, secondo la Corte internazionale di giustizia, riflette il diritto consuetudinario⁷³ – risultano integrati. Quanto all'elemento materiale, deve anzitutto rilevarsi come la condotta dell'assistente, che ha natura accessoria rispetto all'illecito principale, può essere di per sé lecita e realizzarsi, ad esempio, attraverso la conclusione di un accordo internazionale, proprio come nel caso degli accordi italo-libici descritti al paragrafo 3⁷⁴. Inoltre, è necessario un nesso eziologico tra la condotta accessoria e il fatto illecito commesso dallo Stato assistito, tale che la prima sia *sufficiente* ad agevolare il secondo. È chiaro che i finanziamenti, il supporto logistico e l'addestramento fornito dall'Italia alla Libia destinati al mantenimento dei centri di detenzione siano sufficienti ad agevolare le violazioni dei diritti umani ivi commesse. Quanto all'elemento soggettivo, l'art. 16 DARS richiede la rappresentazione in capo allo Stato assistente delle circostanze del fatto principale, mentre si ritiene generalmente che non sia richiesto il dolo⁷⁵. Se anche il dolo fosse richiesto, si nota in dottrina come, nel caso di violazione di norme *erga omnes* – quali sono i divieti di tortura e schiavitù – opererebbero talune presunzioni: tra le altre, l'elemento soggettivo sarebbe integrato quando l'illecito principale è manifesto⁷⁶. Nel caso in esame, dunque, anche laddove si facesse propria quest'ultima, più stringente interpretazione dell'elemento soggettivo, comunque la conoscenza da parte dell'Italia delle gravi violazioni dei diritti umani commesse nei centri di detenzione libici non potrebbe che dirsi piena e le violazioni manifeste. Infine, anche l'elemento della *cd. opposability* di cui all'art. 16(b) DARS risulta integrato, poiché tutti gli obblighi che si lamentano violati (divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti, schiavitù) incombono sia sulla Libia che sull'Italia, in quanto discendono da norme di diritto internazionale consuetudinario che si impongono a tutti gli Stati. In conclusione, chi scrive concorda con chi ritiene l'Italia responsabile, in quanto assistente, delle violazioni dei diritti umani commesse nei centri di detenzione libici.

Inoltre, vi è chi ha sostenuto che le condotte e omissioni italiane integrino una responsabilità *autonoma* di tale Stato.

72. Commissione del diritto internazionale (CDI), *Commentary on Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, fifty-third Session*, UN Doc. A/56/10 (2001), artt. 4, 5, 8.

73. Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia e Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sent. 26 febbraio 2007, ICJ Rep, 2007, pp. 43 ss., p. 217.

74. CDI, *Report of the International Law Commission on the work of its Thirtieth session, 8 May-28 July 1978*, UN Doc. A/33/10, p. 102 (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_33_10.pdf).

75. *Bosnia e Erzegovina c. Serbia e Montenegro*, cit., par. 419-420.

76. G. Puma, *Complicità*, op. cit., pp. 80 ss.; G. Nolte e H.P. Aust, *Equivocal Helpers – Complicit States, Mixed Messages and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, n. 1/2009, pp. 14 ss.

Primo, quando la condotta di assistenza non è solo sufficiente ad agevolare il fatto illecito principale, ma risulta invece *essenziale* alla sua commissione, allora lo Stato assistente è direttamente responsabile per il fatto principale assieme allo Stato assistito, secondo i termini dell'art. 47(1) DARS⁷⁷. Se una tale insinuazione può farsi rispetto alle condotte della cd. Guardia costiera libica, la cui esistenza da alcune parti è ricondotta esclusivamente ai finanziamenti e agli apporti tecnico-logistici italiani⁷⁸, lo stesso non sembra potersi sostenere quanto ai centri di detenzione, salvo prova contraria. Chi scrive ritiene dunque che l'Italia, secondo le informazioni ad oggi pubbliche, non possa ritenersi responsabile in solido con la Libia.

Secondo, vi è chi ritiene che la responsabilità italiana risulterebbe da una sua condotta omissiva: sull'Italia gravano infatti degli obblighi positivi di *due diligence* insiti nei divieti di tortura e schiavitù, discendenti da trattati e consuetudini vincolanti sia per l'Italia che per la Libia, che l'Italia violerebbe direttamente. In particolare, l'Italia non avrebbe adottato tutte le misure ragionevoli in proprio potere al fine di prevenire le violazioni poste in essere dalla Libia, Stato sulle cui condotte l'Italia esercita un'influenza decisiva, ossia un'influenza tale che, senza l'apporto italiano, la Libia non condurrebbe i migranti presso i centri di detenzione⁷⁹.

Terzo, vi è chi ha fatto riferimento all'art. 41(2) DARS, secondo cui «[n]o State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation», laddove l'art. 40 DARS fa riferimento alla violazione di obblighi discendenti da norme imperative del diritto internazionale, che includono certamente i divieti di schiavitù e tortura⁸⁰. L'art. 40(2) DARS, in altre parole, si occupa di quanto accade *dopo* la commissione del fatto illecito principale, imponendo – per quanto qui ci interessa – un obbligo di *non facere*, ossia di non agevolare uno Stato terzo nel mantenere la situazione di fatto derivante da una violazione di una norma imperativa. A differenza dell'art. 16 DARS, qui l'elemento soggettivo è presunto, data la portata del bene giuridico protetto dalla norma violata. Chi scrive con-

divide l'opinione di coloro che sostengono che l'Italia stia assistendo la Libia nel mantenere la situazione di fatto scaturente dalle gravi violazioni dei diritti umani commesse all'interno dei centri di detenzione, attraverso la stessa condotta materiale che integra anche la fattispecie *ex art. 16 DARS*, sopra descritta⁸¹. Ciò sarebbe a maggior ragione dimostrato dal perdurare della cooperazione italo-libica e in particolare dall'attuale negoziato sul *Memorandum*: l'Italia, infatti, in modo cristallino, non si pone fra i propri obiettivi futuri quello di interrompere i finanziamenti e gli apporti tecnico-logistici al sistema dei centri di detenzione libici, nonostante le violazioni di norme imperative ivi commesse siano oramai fatti notori.

Quanto ai rimpatri condotti dall'Oim, i fatti esposti al paragrafo 2 consentono di dubitare che la condotta degli organi dell'Organizzazione che operano gli HVR/AVR dalla Libia e dal Niger sia conforme al contenuto consuetudinario del divieto di *refoulement*, nei casi in cui i rimpatri non possano considerarsi volontari in quanto viziati dalla mancanza di alternative e gli individui rimpatriati corrano il rischio concreto di danno irreparabile derivante da tortura, trattamenti inumani e degradanti, e altre serie violazioni del diritto internazionale dei diritti umani. In relazione a ciò, deve aprirsi una breve parentesi relativa all'assunto che il divieto in parola gravi sulle organizzazioni internazionali; questo, difatti, è evidentemente il presupposto della presente analisi, posto che non può esservi responsabilità congiunta (dell'Italia) se la norma primaria non si dirige nei confronti del soggetto che pone in essere la condotta rilevante (l'Oim). Vi è, però, chi ha sostenuto che le organizzazioni internazionali, in quanto prive di territorio, non potrebbero dirsi destinatarie dell'obbligo di non respingimento⁸². Purtroppo, non vi è qui lo spazio per condurre un'analisi approfondita di questo tema. Ci si limiterà perciò a dire, in modo colpevolmente apodittico, che, discendendo l'obbligo in parola dal diritto consuetudinario, esso si dirige anche nei confronti delle organizzazioni internazionali, nei limiti dei rispettivi trattati istitutivi; e certamente si dirige nei confronti dell'Oim, organizzazione più di altre in grado di incidere su coloro che ricevono protezione dal divieto,

77. Vds. CDI, *Commentary*, *op. cit.*, p. 124; S. Kim, *Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 1/2017, pp. 49 ss.

78. Vds. N. Scavo, *Libia. L'ONU chiude il centro per migranti di Tripoli a causa della guerra*, in *Avvenire*, 30 gennaio 2020.

79. Cfr. M. Giuffré e V. Moreno-Lax, *The Rise of consensual containment*, *op. cit.*

80. Vds. CDI, *Commentary*, *op. cit.*, pp. 112-113.

81. Su tutti: G. Pascale, *op. cit.*, pp. 54 ss.; G. Puma, *op. cit.*, pp. 83 ss.

82. Corte penale internazionale, Trial Chamber II, *Procuratore c. Katanga e Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, decisione del 9 giugno 2011, par. 64.

per via delle sue funzioni e secondo un'interpretazione della sua «Costituzione» orientata alla Carta delle Nazioni Unite⁸³. Laddove non si convenisse con tale opinione, si potrebbe comunque sostenere che, assurgendo il nucleo del divieto in parola a diritto imperativo, la Costituzione dell'Oim sarebbe invalida se in contrasto con esso, alla luce dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁸⁴. Inoltre, e ad ogni modo, in dottrina non vi è completo accordo circa il contenuto dell'obbligo consuetudinario di non respingimento, segnatamente se esso si esaurisca in un obbligo negativo o se includa anche un obbligo di *facere*. Chi scrive aderisce alla tesi per cui tale divieto deve dirsi composto sia di un elemento negativo – di *non facere*, di non respingere – che positivo – di adoperarsi al fine di facilitare l'espletamento delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale. Se si sostenesse diversamente, il principio di non respingimento sarebbe di fatto inefficace. In conclusione, nel caso prospettato, si può dubitare che gli organi dell'Oim rispettino il divieto di respingimento in ogni circostanza di rimpatrio volontario, inteso sia come obbligo negativo (ad esempio, obbligo di non rimpatriare i cittadini di certe nazionalità, come gli eritrei) che positivo, nella misura in cui l'Oim non garantirebbe una piena valutazione individuale della posizione di ciascun migrante, alla luce dei principi dell'equo processo. Da ciò discenderebbe una responsabilità dell'Oim per fatto illecito internazionale⁸⁵.

Se ciò è vero, allora sarà ancora l'assistenza italiana a venire in rilievo secondo il già citato art. 16 DARS, integrato, se necessario, dalle disposizioni rilevanti dei DARIO⁸⁶. Tutti gli elementi della fattispecie dell'assistenza risultano difatti presenti⁸⁷: la condotta materiale consisterebbe nella conclusione di intese per il conferimento di finanziamenti destinati a specifici progetti diretti a operare i rimpatri; tale condotta sarebbe sufficiente ad agevolare la commissione dell'illecito; l'elemento soggettivo della piena

conoscenza risulterebbe soddisfatto, posto che l'Italia sovvenziona l'Oim proprio perché l'organizzazione proceda ai rimpatri e dati i citati rapporti di ong, associazioni di avvocati, relatori speciali delle Nazioni Unite e organi di stampa che documentano le violazioni sottostanti i rimpatri operati dall'Oim; e, infine, il divieto di *refoulement* (per quanto si è detto sopra) incombe sia sull'Oim che sull'Italia.

Inoltre, potrebbe profilarsi anche una responsabilità autonoma dell'Italia, risultante dalla violazione degli obblighi positivi di *due diligence* insiti nel divieto di *refoulement*, anche discendenti da trattati, gravanti sull'Italia. Si pensi alle affermazioni del Ministero degli affari esteri riportate nel paragrafo 3 e rese note da Asgi, secondo cui il Ministero, nel concludere intese con l'Oim, non richiederebbe garanzie o analisi dei rischi legati all'attuazione dei progetti finanziati. Se ciò fosse vero, l'Italia non avrebbe né adottato tutte le misure ragionevoli in proprio potere al fine di prevenire le violazioni del *non-refoulement* poste in essere da un altro ente al di fuori del proprio territorio; né avrebbe fatto tutto il possibile affinché sia assicurato l'effetto utile del divieto in parola. Si ritiene infatti da più parti che, in relazione al non respingimento, gli Stati sono responsabili quando non si adoperano sufficientemente nelle situazioni sottratte al loro controllo esclusivo, ma sul cui svolgimento possono influire. Sul punto, la dottrina si divide fra chi ritiene che, perché possa profilarsi una tale responsabilità, sia necessario che l'obbligo vincoli tutti i soggetti coinvolti⁸⁸; e chi invece sostiene sia sufficiente che l'obbligo gravi sul soggetto che ha agito non diligentemente⁸⁹. Se si ritenesse corretta quest'ultima ipotesi, ne risulterebbe che l'Italia potrebbe comunque dirsi responsabile per la violazione degli obblighi di *due diligence* a prescindere dal fatto che il divieto di *refoulement* si indirizzi o meno all'Oim: un tale meccanismo impedirebbe agli Stati di liberarsi degli obblighi su di essi incombenti semplicemente trasferendo

83. Cfr. G.S. Goodwin-Gill, *The Extraterritorial Processing of Claims to Asylum or Protection: The Legal Responsibilities of States and International Organisations*, in *UTS Law Review*, vol. 9, 2007, pp. 26 ss.

84. Cfr. C. Costello e M. Foster, *Non-Refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 273 ss.

85. CDI, *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, UN Doc. A/66/10, 2011, art. 6.

86. CDI, *ivi*, comm. all'art. 1, par. 7.

87. Cfr. A. Dastyari e A. Hirsch, *The Ring of Steel: Extraterritorial Migration Controls in Indonesia and Libya and the Complicity of Australia and Italy*, in *Human Rights Law Review*, vol. 19, n. 3/2019, pp. 458-459.

88. Su tutti F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 4/2010, p. 509.

89. A. Liguori, *The Externalization of Border Controls and the Responsibility of Outsourcing States under the European Convention on Human Rights*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/2018, p. 1230.

le proprie funzioni a un'organizzazione internazionale⁹⁰. Ciò si lega, inoltre, al principio di buona fede nell'attuazione degli obblighi internazionali. Secondo il Relatore speciale delle Nazioni unite sulla tortura, ogni partecipazione, incoraggiamento o assistenza fornita dagli Stati di destinazione alle operazioni di *pull-back* è infatti irrimediabile con un'interpretazione ed esecuzione del divieto di respingimento ispirate al principio di buona fede⁹¹.

In conclusione, si può affermare con un elevato grado di certezza che l'Italia è responsabile come assistente per le violazioni dei diritti umani commesse nei centri di detenzione libici e per aver mantenuto la situazione di fatto scaturente da tali violazioni, sino ad oggi. Inoltre, laddove si concordi con l'opinione sopra espressa circa la portata dell'obbligo di *non-refoulement*, l'Italia è responsabile come assistente per le violazioni del corrispondente divieto commesse dall'Oim nell'ambito dei programmi HVR/AVR e per la violazione degli obblighi di *due diligence* insiti nel *non-refoulement* stesso. Si noti in proposito che, sia in relazione al caso dei centri di detenzione libici che a quello dei rimpatri, i divieti di schiavitù e tortura – e il divieto di *refoulement* ad essi collegato – sono assoluti: ossia, ad essi non può in nessun caso derogarsi, neppure in occasione di un conflitto armato o di un'emergenza nazionale, inclusa una presunta "crisi migratoria", né in relazione ad essi è possibile invocare cause di esclusione del fatto illecito, quale ad esempio lo stato di necessità.

Nonostante ciò, le *chances* che la responsabilità dell'Italia venga invocata di fronte a un tribunale internazionale sulla scorta delle norme appena citate sono scarse.

Quanto alla Corte internazionale di giustizia, risulta oggi difficile immaginare che uno Stato terzo ne possa attivare la giurisdizione invocando la violazione di norme *erga omnes*, per evidenti ragioni politiche e, per quanto riguarda gli Stati dell'Unione europea, per la loro possibile responsabilità congiunta⁹².

Quanto invece alla Corte Edu, rilevano almeno tre questioni. La prima, e più spinosa, riguarda l'elaborazione di meccanismi giuridici per poter affermare che le violazioni commesse nei confronti dei migranti in Libia e Niger avvengano sotto la giurisdizione dell'Italia come Stato di destinazione. Nonostante infatti la violazione di un diritto sancito nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Cedu)

possa ascrivere a uno Stato, non è detto che tale Stato eserciti la propria giurisdizione sulla condotta rilevante secondo il dettato dell'art. 1 Cedu. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Edu, infatti, gli Stati membri della Cedu hanno giurisdizione all'interno del proprio territorio; solo eccezionalmente tale giurisdizione si estende extra-territorialmente. Ciò accade quando (i) lo Stato abbia il controllo effettivo della porzione di territorio al di fuori dei propri confini dove la violazione è posta in essere o (ii) quando un suo organo eserciti un'autorità, un potere o un controllo sull'individuo vittima della violazione. Ciò pone la maggior parte delle violazioni commesse nell'ambito di cooperazioni volte all'esternalizzazione delle frontiere al di fuori dell'alveo della giurisdizione degli Stati membri della Cedu, soprattutto da quando, a seguito della citata pronuncia della Corte Edu nel caso *Hirsi*, gli Stati di destinazione si guardano bene dall'aver propri organi coinvolti nelle operazioni di esternalizzazione. Per superare le difficoltà insiste nella nozione di giurisdizione *ex art. 1 Cedu*, il metodo più semplice appare quello di fare ricorso alle norme secondarie sulla responsabilità degli Stati, come prospettato nel presente contributo, e in particolare alla fattispecie dell'assistenza *ex art. 16 DARS*. Secondo una tale prospettiva, è infatti irrilevante che la condotta in violazione del diritto internazionale sia avvenuta o meno all'interno della giurisdizione dello Stato membro della Cedu, poiché ciò che si invoca è la sua responsabilità come *assistente* nella violazione posta in essere da uno Stato di transito non parte della Cedu o da un'organizzazione internazionale che alla Cedu non può accedere: in altre parole, secondo questa prospettiva non si pretende di attribuire al primo la condotta dei secondi.

Il problema che soffre questa ricostruzione, però – e questo è il secondo ostacolo all'affermazione delle responsabilità italiane di fronte alla Corte Edu – è che la Corte è tradizionalmente riluttante a usare i DARS e non ha mai fatto ricorso in particolare all'art. 16. Un procedimento attualmente pendente dinanzi alla Corte – *S.S. e altri c. Italia* – va però seguito da vicino, poiché in esso i giudici potrebbero per la prima volta in modo inequivocabile fare riferimento all'art. 16 DARS per affermare l'assistenza italiana in un'operazione di respingimento operata dalla cd. Guardia costiera libica nel novembre del 2017. Ciò aprirebbe la strada a nuove prospettive di *litigation*

90. Cfr. Corte Edu, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*, 30 giugno 2005, par. 154.

91. *Report of the Special Rapporteur on torture*, 23 novembre 2018, *op. cit.*, par. 55.

92. Quanto al consenso dell'Italia alla giurisdizione della Corte su un'eventuale controversia così definita, esso deve ritenersi già prestato sulla base della dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte del 25 novembre 2014 (www.icj-cij.org/en/declarations/it).

di fronte alla Corte Edu su casi di esternalizzazione. In alternativa al ricorso alla fattispecie disciplinata all'art. 16 DARS, in dottrina si sono proposti nuovi e più ampi modelli di giurisdizione. Ad esempio, si è invocata la teoria degli effetti, per cui l'atto di uno Stato posto in essere all'interno del proprio territorio, ma che produce effetti extra-territoriali, dovrebbe ritenersi posto in essere da tale Stato nell'esercizio della propria giurisdizione. Inoltre, vi è chi ha sostenuto che la capacità di esercitare un'influenza decisiva sulle violazioni, in modo che senza tale influenza le violazioni non avrebbero avuto luogo, deve considerarsi esercizio della giurisdizione alla stregua del controllo effettivo su una porzione di territorio o su di una persona⁹³.

Un terzo elemento di criticità, attinente al solo caso delle violazioni poste in essere dall'Oim in connessione con i rimpatri, si aggiunge a quanto appena esposto. Secondo un orientamento consolidato, infatti, la Corte Edu dichiara inammissibili quei ricorsi in cui si lamenti una violazione della Cedu derivante da una specifica decisione assunta da un'organizzazione internazionale. Diversamente, quando il ricorrente lamenti una deficienza strutturale nel *modus operandi* dell'organizzazione (quale, ad esempio, l'assenza di un rimedio effettivo avverso le decisioni assunte dall'organizzazione stessa), allora la Corte accerta se gli Stati, nel trasferire parte della propria sovranità all'organizzazione, abbiano verificato che

essa assicuri ai diritti sanciti nella Cedu una protezione equivalente a quella assicurata attraverso la Cedu stessa. Solo in quest'ultimo caso, dunque, potrebbe invocarsi la responsabilità dell'Italia in connessione con quella dell'Oim dinnanzi alla Corte Edu.

A prescindere dagli ostacoli appena esposti e da quanto deciderà la Corte Edu nel caso *S.S. e altri c. Italia*, le responsabilità italiane possono essere invocate in altri fori. Ciò include, ad esempio, i cd. *human rights treaty bodies*, quali il Comitato per i diritti umani e il Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite⁹⁴: tali Comitati sono composti da esperti indipendenti e monitorano il rispetto da parte degli Stati membri, rispettivamente, del Patto sui diritti civili e politici e della Convenzione contro la tortura. In particolare, coloro che lamentano di aver subito la violazione dei diritti sanciti nelle citate Convenzioni possono presentare ai due Comitati comunicazioni o reclami; la procedura che così si attiva si conclude con una decisione da parte del relativo Comitato, che afferma o meno la responsabilità dello Stato per la violazione lamentata. Inoltre, le norme primarie descritte nel presente contributo e le norme secondarie sulla responsabilità statale possono essere invocate nelle corti domestiche, in quanto diritto consuetudinario, e perciò essere utilizzate, ad esempio, al fine di affermare la responsabilità dello Stato in procedimenti instaurati dalle vittime per ottenere un risarcimento del danno sofferto.

93. Cfr. K. Da Costa, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Brill, Leida, 2012, pp. 251-251; Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, *General Comment No. 36*, UN Doc. CCPR/C/CG/36, 30 ottobre 2018, parr. 22, 63; M. Giuffré e V. Moreno-Lax, *The Raise of Consensual Containment*, op. cit.

94. Di recente, vds. Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Communication in the case S.D.G. v. Italy*, 2019, sempre in tema di respingimenti nel Mediterraneo centrale.

L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo

di Asgi*

I meccanismi di ETM e *resettlement* applicati in Libia, pur introdotti con finalità umanitarie per far fronte alle esigenze di protezione di migranti, richiedenti asilo e rifugiati, non rappresentano oggi strumenti che possono sostituire in alcun modo il mancato accesso alla protezione internazionale o anche solo mitigare gli effetti della progressiva negazione del diritto di asilo per le migliaia di cittadini stranieri che si trovano in Libia.

1. Esternalizzazione del diritto di asilo ed esternalizzazione delle frontiere in Libia / 2. Il meccanismo ETM e il *resettlement* dalla Libia come contrappeso alle politiche di esternalizzazione delle frontiere / 3. Il funzionamento dell'*Emergency Transit Mechanism* dalla Libia e del successivo reinsediamento dal Niger / 4. Il ruolo dell'Unhcr nel meccanismo di *resettlement* dalla Libia / 5. La natura giuridica dell'ETM e del *resettlement* dalla Libia / 6. Il dialogo tra Unione europea e organizzazioni internazionali nella progressiva esternalizzazione della valutazione delle domande di asilo / 7. Conclusioni

1. Esternalizzazione del diritto di asilo ed esternalizzazione delle frontiere in Libia

A partire dalle conclusioni del Consiglio Europeo del 15 dicembre 2016¹, l'Unione europea ha progressivamente individuato nella Libia l'interlocutore principale per garantire una diminuzione dei flussi migratori, attraverso un controllo più stringente delle frontiere marittime e terrestri del Paese.

Il 2 febbraio 2017, Libia e Italia firmavano un *Memorandum of understanding*² con il quale il nostro Paese si impegnava a contribuire allo sviluppo delle capacità di sorveglianza della frontiera e al rafforzamento del sistema di centri di detenzione per migranti attraverso supporto logistico, finanziario e tecnologico. Attraverso il *Memorandum*, il Governo libico si impegnava a sviluppare – con il sostegno dell'Italia – un sistema di controllo del confine marittimo e terrestre.

* Il presente contributo è frutto del lavoro collettivo di Giulia Crescini, Alberto Pasquero, Cristina Laura Cecchini, Salvatore Fachile, Diletta Agresta e Giulia Turrini, soci dell'«Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione» (Asgi).

1. Conclusioni del Consiglio europeo, 15 dicembre 2016. Disponibile su www.consilium.europa.eu/media/21917/15-euco-conclusions-final-it.pdf.

2. *Memorandum d'intesa sulla «Cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento delle sicurezza delle frontiere»*, 2 febbraio 2017. Disponibile su www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf.

Il *Memorandum*, di fatto, introduceva un modello di controllo delle frontiere “esternalizzato”, basato sui cd. “*push backs by proxy*”³ o “respingimenti delegati”: un’evoluzione della pratica dei respingimenti diretti verso la Libia, dichiarata illegittima dalla Corte Edu con la celebre sentenza sul caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012⁴. Il 3 febbraio 2017, al Vertice europeo de La Valletta⁵, i *leader* della Ue riaffermavano l’importanza dell’assistenza alle comunità locali in Libia e alle organizzazioni internazionali attive nel Paese, oltre che dello sviluppo delle capacità della Guardia costiera libica e delle altre agenzie rilevanti.

Il consolidamento della cooperazione con la Libia in materia di esternalizzazione trovava ulteriore riscontro nelle conclusioni del Consiglio europeo del 26 giugno 2018, che individuavano nella neocreato Guardia costiera libica un interlocutore istituzionale all’interno del fragile Governo di unità nazionale del *premier* Al-Sarraj, destinatario di interventi e finanziamenti europei⁶.

Gli effetti della stipula del *Memorandum* tra Italia e Libia furono immediati: sin dai primi mesi del 2017 si verificava, infatti, una drastica diminuzione degli arrivi sulle coste italiane⁷ e una corrispondente crescente difficoltà delle persone a lasciare la Libia.

Tale processo non può che inserirsi nel più ampio contesto delle politiche di esternalizzazione, presenti nel dibattito in seno all’Unione europea fin dagli anni ottanta del secolo scorso. Come si vedrà nel prosieguo, tali politiche, nel corso dei decenni, si sono declinate non solo in un più stringente controllo delle

frontiere esterne dell’Unione, attuato anche intercettando imbarcazioni di migranti in mare o negando loro lo sbarco, creando così una serie di ostacoli fattuali e giuridici all’ingresso di cittadini stranieri sul territorio, ma anche attraverso la delocalizzazione della valutazione delle domande di protezione internazionale da costoro presentate, arrivando così a interessare anche il diritto di asilo⁸.

L’esternalizzazione del diritto di asilo può essere definita come il processo in base al quale uno Stato utilizza il territorio di un altro Stato, con o senza l’assistenza di organizzazioni internazionali, al fine di decidere su una richiesta di asilo che il richiedente ha già presentato sul suo territorio o avrebbe presentato se non fosse stato intercettato lungo il percorso⁹.

Vi è, com’è evidente, una contiguità logico-giuridica tra l’esternalizzazione del diritto di asilo e le politiche di esternalizzazione dei confini dell’Unione europea¹⁰, politiche di cui il diritto di asilo, nella sua espressione piena e assoluta intesa come diritto a fare ingresso sul territorio di un altro Stato al fine di chiedere protezione, costituirebbe un elemento controproducente e potenzialmente scardinante.

In questo contributo si andranno a studiare le interazioni tra questi due processi in Libia, verificando come le politiche di blocco abbiano inciso sulla contrazione del diritto di asilo, se a fronte di ciò siano stati individuati meccanismi di correzione e come questi abbiano influito sull’avanzamento dei processi di esternalizzazione del diritto di asilo e di valutazione extraterritoriale delle domande di protezione.

3. M. Giuffrè e V. Moreno-Lax, *The rise of consensual containment: from ‘contactless control’ to ‘contactless responsibility’ for forced migration flows*, in S.S. Juss (a cura di), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019.

4. Corte europea dei diritti dell’uomo [GC], *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/2009, 23 febbraio 2012. Disponibile su <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-109231%26filename%3D001-109231.pdf%20>.

5. Dichiarazioni e osservazioni del Consiglio europeo al termine del Vertice de La Valletta, 3 febbraio 2017. Disponibile su www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/.

6. Conclusioni del Consiglio europeo, 28 giugno 2018. Disponibile su www.consilium.europa.eu/media/35947/28-euco-final-conclusions-it.pdf.

7. Secondo l’Organizzazione internazionale per le migrazioni, nel 2017 sono state 20.335 le persone intercettate in mare e riportate sulla terraferma dalle autorità libiche (dati disponibili su www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/Libya_SR_20171129-20171229.pdf). A ciò ha corrisposto una forte diminuzione degli arrivi: se nella prima metà del 2017 un totale di 83.754 persone ha raggiunto l’Italia via mare, fra luglio e novembre dello stesso anno è arrivato in Italia un totale di 33.288 tra rifugiati e migranti. Il dato risulta eclatante se si considera che, nella seconda metà del 2016, il numero degli arrivi sulle coste italiane è stato di 111.214 persone (dati disponibili su www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/cruscotto_statistico_giornaliero_31_gennaio_2017_1.pdf).

8. G. Goodwin-Gill, *The Extraterritorial Processing of Claims to Asylum or Protection: The Legal Responsibilities of States and International Organizations*, in *UTS Law Review*, n. 9/2007, pp. 26-40.

9. *Ivi*.

10. Vedi anche C. Cecchini - G. Crescini - S. Fachile, *L’inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli “effetti collaterali” nell’ambito dell’esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2018. Disponibile su www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-2-2018-1/263-1-inefficacia-delle-politiche-umanitarie-di-rimozione-degli-effetti-collaterali-nell-ambito-dell-esternalizzazione-con-particolare-attenzione-al-resettlement-la-necessita-di-vie-legali-effettive-e-vincolanti/file.

2. Il meccanismo ETM e il *resettlement* dalla Libia come contrappeso alle politiche di esternalizzazione delle frontiere

A fronte di un blocco sempre più consistente del flusso di stranieri in fuga dalla Libia, l'Unione europea e gli Stati membri ponevano un accento sempre crescente su strumenti, già individuati nella cd. «Agenda europea sulla migrazione» del 2015¹¹, che potessero bilanciare le inevitabili restrizioni all'esercizio del diritto di asilo determinate dagli stringenti controlli frontaliere. La Commissione europea iniziava così a promuovere il reinsediamento, o «*resettlement*», dalla Libia quale via di ingresso sicuro in Europa per i rifugiati: attraverso tale strumento, 20.000 rifugiati avrebbero dovuto essere reinsediati in Europa entro il 2020¹².

A causa delle difficoltà nell'applicare le procedure di *resettlement* direttamente dai centri di detenzione libici, per via della situazione di grave instabilità e di costante violazione dei diritti umani in Libia, a partire dal 2017 tale strumento veniva poi integrato dall'«*Emergency Transit Mechanism*» (ETM), in base al quale i cittadini stranieri ritenuti potenziali rifugiati dall'Unhcr potevano essere evacuati dalla Libia e trasferiti in Niger, per poi eventualmente accedere al programma di *resettlement*¹³.

Pertanto, come confermato dagli aggiornamenti all'Agenda europea sulla migrazione del 2018¹⁴, l'ETM e il *resettlement* sarebbero dovuti diventare

meccanismi centrali nell'approccio integrato alla gestione dei flussi migratori, per garantire accesso alla protezione e al diritto di asilo ai rifugiati impossibilitati a fuggire dalla Libia per via del controllo «esternalizzato» delle frontiere.

3. Il funzionamento dell'*Emergency Transit Mechanism* dalla Libia e del successivo reinsediamento dal Niger

L'Unhcr descrive l'ETM come un programma inteso a «fornire assistenza salva-vita ai rifugiati in Libia, attraverso l'evacuazione in Niger, che ha temporaneamente esteso il proprio spazio di asilo»; l'obiettivo, secondo l'Unhcr, è «cercare soluzioni durature, incluso il reinsediamento»¹⁵.

I rifugiati e i richiedenti asilo trattenuti nei centri di detenzione in Libia entrano in contatto con l'Unhcr, che li identifica e registra come potenziali rifugiati per poi trasferirli in Niger¹⁶. L'accesso ai centri è regolamentato unicamente dalle autorità libiche, le quali possono facilitare o impedire l'ingresso del personale dell'Unhcr, nonché decidere quali detenuti possono incontrarne i funzionari¹⁷. Come già riportato da Asgi¹⁸, prima del trasferimento in Niger il richiedente asilo può essere sottoposto anche a ripetute audizioni con il personale dell'Unhcr.

Come si evince dal *memorandum* siglato tra l'Unhcr e il Governo del Niger¹⁹, il trasferimento in

11. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato europeo economico e sociale e al Comitato delle regioni. Agenda europea sulla migrazione, 13 maggio 2015. Disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN>.

12. Il *resettlement* diventa strumento centrale già a partire dal 2017: «the Union should offer at least 50 000 resettlement places to admit by 31 October 2019 persons in need of international protection from third countries [...] To support Member States in implementing this target EUR 500 million should be made available from the Union budget». Commissione europea, *Recommendation on enhancing legal pathways for persons in need of international protection*, 27 settembre 2017. Disponibile su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170927_recommendation_on_enhancing_legal_pathways_for_persons_in_need_of_international_protection_en.pdf.

13. Unhcr Niger, *Emergency Transit Mechanism (ETM)*, dicembre 2019. Disponibile su <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/73486.pdf>.

14. Commissione europea, *Agenda Europea sulla migrazione: la precarietà della situazione non permette di abbassare la guardia*, 16 maggio 2018. Disponibile su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_18_3743.

15. Unhcr Niger, *Country Operation Update*, marzo 2018. Disponibile su <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/69587>.

16. Spesso i richiedenti asilo venivano trasferiti nel *Gathering and Departure Facility* (GDF) gestito dall'Unhcr; il centro ad oggi risulta chiuso per ragioni di sicurezza (www.unhcr.org/news/press/2020/1/5e32c2c04/unhcr-suspend-operations-gdf-tripoli-amid-safety-concerns.html).

17. Sul funzionamento e la situazione dei centri di detenzione libici si veda: Missione di supporto dell'Onu in Libia (UNSMIL) e Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR), *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, dicembre 2018. Disponibile su <https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/libya-migration-report-18dec2018.pdf>.

18. Asgi, *Il programma Emergency Transit Mechanism e il reinsediamento dal Niger. Ricostruzione giuridica, criticità presenti e future*, 2018. Disponibile su www.asgi.it/33638-2/.

19. Il *Memorandum* tra l'Unhcr e la Repubblica del Niger, firmato a Niamey il 20 dicembre 2017, ha durata di due anni e ha ad oggetto: l'ingresso dei cittadini evacuati dalla Libia in Niger; il riconoscimento dell'asilo; il transito e l'accoglienza dei migranti in Niger; le eventuali soluzioni in caso di mancato riconoscimento dell'asilo o di mancato trasferimento in un Paese terzo. Il testo dell'accordo è disponibile su www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/05/memorandum_Niger_Unhcr.pdf.

Niger è su base esclusivamente volontaria ed è riservato alle persone che, dopo l'accertamento del loro *status* di richiedenti asilo in Libia, possono essere evacuate in Niger dove avranno accesso alla procedura di accertamento dello *status* di rifugiato da parte dell'Unhcr e all'eventuale *resettlement*. Non possono, viceversa, beneficiare dell'ETM né i cittadini nigerini né «coloro che possono accedere al programma di rimpatrio volontario dell'Organizzazione internazionale (Oim) dalla Libia»²⁰.

Anche i cittadini stranieri presenti in Niger possono accedere al programma di *resettlement* quando siano stati volontariamente riammessi dalla Libia e siano stati accolti nei centri di transito dell'Oim. In base a quanto previsto dalle «*Standard Operating Procedures*» concordate dalle due organizzazioni, è l'Oim a segnalare all'Unhcr le persone potenzialmente idonee ad accedere al *resettlement*²¹. Successivamente alla presa in carico da parte dell'Unhcr²², il cittadino straniero potrà accedere alla procedura di protezione internazionale davanti al Governo nigerino e ad un'apposita «Commissione nazionale di eleggibilità» (CNE)²³.

Sia che si tratti di richiedenti asilo evacuati dalla Libia tramite l'ETM, sia che si tratti di stranieri già presenti in Niger e segnalati dall'Oim, l'audizione personale sui bisogni di protezione internazionale è sempre svolta da personale dell'Unhcr, in base a quanto previsto dal già citato *Memorandum* da quest'ultima stipulato con il Governo nigerino. All'esito dell'audizione, l'Unhcr predispose una valutazione («*Refugee Status Determination Assessment*»)²⁴ che tuttavia

non è vincolante per la CNE nigerina, a cui spetta sempre la decisione finale in merito alla domanda di protezione. In caso di riconoscimento dello *status* da parte della CNE, il rifugiato potrà accedere al *resettlement*, a condizione che anche la valutazione dell'Unhcr sia positiva. In caso contrario, il Governo nigerino potrà comunque riconoscere l'asilo in Niger, sebbene questa sia una soluzione che il Governo ha esplicitamente qualificato nel *Memorandum* come praticabile per un numero limitato di persone evacuate tramite l'ETM e come ipotesi residuale, a cui fare ricorso dopo l'infruttuoso esperimento di altre possibili opzioni²⁵. Pertanto, è verosimile che in presenza di una valutazione positiva dell'Unhcr il Governo del Niger accolga la richiesta di asilo, per consentire l'accesso alle procedure di *resettlement* verso un Paese terzo.

In caso di rigetto della domanda di protezione da parte della CNE nigerina, il richiedente asilo può presentare ricorso a un organo di appello, il *Comité de recours*²⁶. In caso di diniego anche in appello, l'Unhcr può comunque riconoscere il richiedente come rifugiato sotto mandato²⁷.

Come si è detto, in caso di parere negativo dell'Unhcr il richiedente asilo non potrà lasciare il Niger, anche laddove il Governo nigerino dovesse comunque riconoscerlo come rifugiato. Diversamente dalla decisione della CNE nigerina, il parere negativo dell'Unhcr non è impugnabile, nonostante esso dispieghi effetti gravemente pregiudizievole per il richiedente, al quale è preclusa, a partire da tale momento, la possibilità di accedere al programma di *resettlement*.

20. Questa indicazione non è chiara nell'indicare i soggetti esclusi dall'ETM: in particolare, non si comprende se sarebbero esclusi solo coloro che hanno già acconsentito al rimpatrio volontario e sono in attesa del trasferimento nel Paese di origine, oppure se sarebbero esclusi anche coloro che, verosimilmente o potenzialmente, potrebbero accedere al rimpatrio volontario, senza tuttavia in questo caso specificare su quali basi si fonderebbe il giudizio prognostico.

21. Unhcr, *Procédures Opérationnelles Standard pour l'identification et le référencement des demandeurs d'asile entre L'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) et Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (Unhcr) au Niger*, 18 gennaio 2016. Disponibile su www.refworld.org/docid/57fde5cf4.html.

22. Dalla lettura del *Memorandum* tra Unhcr e Niger sembrerebbe che teoricamente i cittadini stranieri possano accedere alla richiesta di asilo anche senza il previo *referral* da parte dell'Unhcr. Inoltre, ai cittadini provenienti da specifici Paesi, ad esempio la zona del nord-est della Nigeria, è riconosciuta una protezione internazionale *prima facie*, con il conseguente rilascio di un titolo di soggiorno.

23. Il regolamento interno che disciplina il funzionamento della CNE nigerina, del 14 luglio 2000, è disponibile su www.refworld.org/pdfid/4a1ff7882.pdf.

24. Il *Refugee Status Determination Assessment* include: il riassunto della richiesta, una valutazione sulla credibilità del soggetto, la presentazione dei fatti, la loro analisi dal punto di vista legale e in particolare la possibilità di ravvisare in essi un fondato timore di persecuzione, la valutazione di possibili motivi di esclusione dallo *status* di rifugiato secondo quanto previsto dall'art. 1(F) della Convenzione di Ginevra, e infine una raccomandazione sul riconoscimento o meno della protezione internazionale in capo al richiedente.

25. Nel *Memorandum* si precisa la natura del Niger quale Paese di transito e non quale Paese di destinazione dei rifugiati o richiedenti asilo provenienti dalla Libia attraverso l'ETM e quindi l'eccezionalità del riconoscimento dello *status* di rifugiato per coloro che, evacuati dalla Libia, non ottengono parere positivo dall'Unhcr.

26. Unhcr, *Comment peut-on être reconnu comme réfugié au Niger?*, senza data. Disponibile su www.unhcr.org/fr/562e47496.pdf.

27. I rifugiati sotto mandato sono persone considerate rifugiate dall'Unhcr in base al mandato attribuitogli dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, sotto cui ricadono anche persone che si trovano in un Paese non membro della Convenzione di Ginevra del 1951. In questo caso, la determinazione dello *status* di rifugiato da parte dell'Unhcr non vincola il Paese a garantire il godimento da parte della persona di alcuni diritti previsti dalla Convenzione, come accesso a lavoro, istruzione o servizi sanitari.

4. Il ruolo dell'Unhcr nel meccanismo di *resettlement* dalla Libia

Il rifugiato, evacuato dalla Libia, riconosciuto dalla Commissione per l'asilo nigerina come rifugiato e in merito al cui *status* l'Unhcr abbia espresso parere positivo, potrà infine accedere al procedimento di *resettlement*.

Secondo quanto afferma l'Unhcr nel suo *Manuale sul reinsediamento*²⁸, il *resettlement* è uno strumento di protezione, nonché una delle tre "soluzioni durevoli" per i rifugiati, accanto a rimpatrio volontario e integrazione locale²⁹. Il reinsediamento, secondo la definizione dello stesso Unhcr, «attiene alla selezione e al trasferimento di rifugiati da uno Stato nel quale essi hanno cercato protezione a uno Stato terzo che ha acconsentito ad ammetterli – in quanto rifugiati – con uno *status* di residenza permanente»³⁰.

È importante sottolineare che l'Unhcr non qualifica il *resettlement* come un diritto del rifugiato. Ne discende che non è configurabile un obbligo per uno Stato terzo di accogliere un rifugiato sul proprio territorio attraverso il reinsediamento³¹. Compete esclusivamente all'Unhcr individuare i rifugiati per i quali presentare una richiesta di *resettlement*, attraverso un processo di scelta inevitabilmente discrezionale e insindacabile. Esistono linee guida interne all'Organizzazione, secondo le quali il reinsediamento viene proposto laddove il bisogno di protezione non sia meramente temporaneo e il rifugiato appartenga a una delle seguenti categorie: persone bisognose di protezione fisica o legale, sopravvissuti a tortura e/o violenza, soggetti bisognosi di cure mediche, donne e ragazze a rischio, soggetti per cui è possibile procedere a riunificazione familiare, bambini e adolescenti a rischio, o comunque persone per le quali non ci siano altre soluzioni alternative durature³².

In ogni caso, agli interessati non viene rilasciata alcuna formale comunicazione in merito all'esito della valutazione della sussistenza o meno dei requisiti

per accedere al programma di *resettlement*, quindi ai motivi del parere negativo. Anche la scelta dei Paesi di destinazione ai quali inviare la richiesta di reinsediamento è lasciata alla discrezione dell'Unhcr, che la effettua tenendo in considerazione i rapporti familiari, la priorità della richiesta, il numero di quote annuali, la disponibilità del Paese destinatario a eventuali trattamenti medici, le conoscenze linguistiche, gli aspetti culturali, la nazionalità, la configurazione della famiglia e, se possibile, la preferenza espressa dal rifugiato³³.

Per quanto riguarda il *resettlement* dal Niger, la discrezionalità dell'Unhcr nella scelta dei beneficiari appare almeno in parte mitigata, in quanto tutti i rifugiati evacuati dalla Libia e che soddisfano gli ulteriori criteri già ricordati in precedenza (tra cui, si badi, il parere dello stesso Unhcr in merito allo *status* di rifugiato) sono automaticamente inclusi nel programma. Per ciascuno di essi, l'Unhcr trasmette una richiesta di accoglienza a un Paese europeo o extra europeo che ha dato la sua disponibilità. La richiesta è corredata di una serie di precise informazioni relative alla persona ai suoi bisogni di protezione. Ogni richiesta deve includere un «*Resettlement Registration Form*» con il quale l'Unhcr presenta i bisogni di ciascun rifugiato al Paese di destinazione, con una serie di precise informazioni relative alla sua domanda di protezione, alla valutazione della stessa da parte dell'Agenzia delle Nazioni Unite, al grado di priorità e alle esigenze connesse alla richiesta di *resettlement*.

A seguito della richiesta, si instaura una fase istruttoria tra l'Unhcr e il Paese di possibile destinazione, il quale può chiedere informazioni aggiuntive³⁴; alcuni Stati, tra cui la Francia, svolgono spesso nuovi colloqui con i potenziali beneficiari nel corso di missioni *ad hoc* a cui partecipano membri del Ministero dell'Interno. Altri Paesi invece, tra cui l'Italia, trasmettono all'Unhcr un questionario contenente domande specifiche³⁵. Con rare eccezioni, tutti i Paesi di possibile destinazione chiedono di raccogliere le impronte

28. Unhcr, *Resettlement handbook*, 2011. Disponibile su www.unhcr.org/46f7c0ee2.pdf.

29. Unhcr, *Solutions for refugees*, senza data. Disponibile su www.unhcr.org/50a4c17f9.pdf.

30. «Resettlement involves the selection and transfer of refugees from a State in which they have sought protection to a third State which has agreed to admit them – as refugees – with permanent residence status». Unhcr, *Evaluation of Emergency Transit Centres in Romania and the Slovak Republic*, 2016. Disponibile su www.unhcr.org/575935d17.pdf

31. Unhcr, *Resettlement handbook*, *op. cit.*, p. 36.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. Il riferimento è, ad esempio, a quelle relative al servizio militare o all'attività politica, informazioni su livello di istruzione, occupazione, lingue parlate etc. Infine, il documento, prima della sua approvazione, è firmato dal rifugiato che autorizza la trasmissione delle informazioni al Paese di destinazione e autorizza l'Unhcr a ricevere per suo conto le comunicazioni da parte di quest'ultimo.

35. Un'eccezione a questo riguardo pare essere la Finlandia, il cui *assessment* è basato esclusivamente sul *dossier* preparato dall'Unhcr. Cfr. European Migration Network, *Resettlement and Humanitarian Admission Programmes in Europe. What works?*, 2016. Disponibile su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn-studies-oo_resettlement_synthesis_report_final_en.pdf.

digitali. La richiesta di *resettlement* viene fatta per un Paese alla volta e, laddove uno Stato rigetti l'istanza, l'Unhcr può decidere di ripresentare la richiesta a un altro Stato.

Il rifugiato non è parte del procedimento, che coinvolge solo l'Unhcr e il possibile Stato ospitante. Le richieste, gli eventuali rigetti e i relativi motivi non sono mai comunicati in forma scritta al rifugiato, il quale rimane in attesa che il procedimento si concluda senza poter introdurre nuovi elementi a sostegno della richiesta o a contestazione di quanto opposto dallo Stato di possibile destinazione.

Come già ricordato, non sussistendo un obbligo per lo Stato ospitante di accettare un rifugiato sul proprio territorio attraverso il *resettlement*, il rifugiato non dispone di alcun mezzo di impugnazione per opporsi nel merito alla decisione che lo riguarda o per far valere eventuali omissioni, vizi o errori del procedimento.

5. La natura giuridica dell'ETM e del *resettlement* dalla Libia

Alla luce di quanto precede, si deve pertanto concludere che sia l'ETM sia il *resettlement* consistano in istituti di natura umanitaria, discrezionale e concessoria.

Anzitutto, con riferimento al contesto libico, l'accesso a tali meccanismi non è libero, dal momento che i beneficiari sono persone che si trovano in situazioni di detenzione in condizioni spesso inumane, alla mercé di carcerieri che inevitabilmente dispongono del potere di decidere, in maniera di fatto incontrollabile, chi può avere contatti con l'Unhcr e quindi potenzialmente accedere o meno al programma di ETM e al successivo *resettlement* dal Niger. La reale possibilità di beneficiare dell'evacuazione dipende, inoltre, da fattori di natura pratica e organizzativa, quali la disponibilità di quote in Niger o di posti sui voli umanitari.

La stessa discrezionalità è propria della fase successiva legata alla valutazione della richiesta di protezione e all'individuazione del Paese ospitante. Tutte le decisioni dell'Unhcr, nonostante le loro evidenti ripercussioni sulla sfera dei diritti fondamentali del rifugia-

to, sono discrezionali e inappellabili. Inoltre, come si è detto, il rifugiato non riceve mai provvedimenti scritti in una lingua a lui comprensibile e non ha la possibilità di interloquire con l'Unhcr in merito alle scelte da quest'ultimo compiute sulla scelta del Paese a cui presentare la richiesta o sulla decisione se presentare una nuova richiesta a seguito di un eventuale rifiuto.

La natura concessoria di questo procedimento rende gli strumenti di ETM e *resettlement* un percorso senza garanzie, comprimendo lo spettro di contestazione e rivendicazione giuridica da parte della persona interessata, in ciò segnando una profonda differenza con il diritto di asilo che, com'è noto, costituisce un diritto soggettivo suscettibile di riconoscimento anche in via giudiziale in un contesto interno come quello italiano, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza della Suprema corte³⁶.

Del resto, come già ricordato, lo stesso Unhcr esclude esplicitamente che il *resettlement* possa essere considerato come un diritto del rifugiato, né ha mai sostenuto che tale meccanismo potesse costituire un surrogato del diritto di asilo o un'adeguata compensazione della sua assenza laddove l'accesso all'asilo sia negato, come attualmente lo è nel contesto libico.

6. Il dialogo tra Unione europea e organizzazioni internazionali nella progressiva esternalizzazione della valutazione delle domande di asilo

L'idea di esternalizzare in Paesi terzi il procedimento di valutazione della domanda di asilo, anche attraverso l'istituzione di centri a ciò dedicati all'interno dei quali trattenere i richiedenti, si sviluppa parallelamente alle politiche di esternalizzazione dei confini, a partire da ben prima dei già ricordati sviluppi del 2017. Limitando la presente analisi al contesto europeo³⁷, uno dei primi Paesi che ha suggerito di istituire centri fuori dal territorio dell'Unione al fine esaminare le domande di asilo è stata la Danimarca in una proposta, poi non recepita, presentata all'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1986³⁸.

36. Cfr. per tutti Corte di cassazione, sez. unite, sentenza n. 29460/2019.

37. Senza qui approfondire ulteriormente, merita un cenno il caso dell'Australia che, tramite l'utilizzo del territorio di Nauru e della Papua Guinea dopo l'incidente di Tampa nel 2001, ha per prima utilizzato strumenti di delocalizzazione ed esternalizzazione della domanda di asilo. Recentemente proprio l'esperienza australiana è stata richiamata quale precedente per verificare la fattibilità di una simile soluzione anche per i richiedenti asilo che vogliono entrare in Europa. Su questo punto, si vedano M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Hart, Oxford, 2012; J. McAdam, *Extraterritorial processing in Europe: is 'regional protection' the answer, and if not, what is?*, Andrew & Renata Kaldor Centre for International Refugee Law, maggio 2015. Disponibile su www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/default/files/Kaldor%20Centre_Policy%20Brief%201_2015_McAdam_Extraterritorial%20processing_o.pdf.

38. Cfr. il rapporto di G. Noll e J. Fagerlund per Unhcr e Danish Centre for Human Rights, *Safe Avenues to Asylum. The Actual and Potential Role of EU Diplomatic representations in processing Asylum Requests*, aprile 2002, p. 17. Disponibile su www.unhcr.org/3c-d000a52.pdf

Fin dai primi anni 2000, organizzazioni internazionali come l'Oim e l'Unhcr entravano a far parte del panorama di soggetti coinvolti, a vario titolo, nel processo politico destinato a teorizzare e poi attuare la progressiva esternalizzazione del diritto di asilo attraverso la creazione di centri extra-Ue ove valutare le richieste di protezione.

Nel 2003 l'allora Primo ministro britannico Tony Blair presentava all'Ue una «*New Vision for Refugees*»³⁹ in cui proponeva di istituire centri per richiedenti asilo al di fuori del territorio della Ue: le «*Regional Protection Zones*», da collocare nelle regioni di origine dei rifugiati, e i «*Transit Processing Centres*», ubicati a ridosso dei confini esterni dell'Unione. I centri, che secondo il progetto sarebbero stati gestiti dall'Oim e finanziati dai Paesi membri, avrebbero avuto il duplice scopo di processare le domande di asilo e rappresentare un deterrente per i migranti «*indesiderati*»⁴⁰.

In risposta al progetto, l'Unhcr proponeva un modello «*tripartito*»⁴¹, fondato sullo sviluppo di soluzioni regionali, di procedure di asilo nazionali e sulla creazione di centri chiusi all'interno del territorio dell'Unione per processare esclusivamente le domande di asilo manifestamente infondate⁴². La proposta veniva poi modificata eliminando il riferimento ai centri chiusi⁴³, ma la Commissione europea, con la comunicazione del 2003 al Consiglio e al Parlamento europei, intitolata «*Verso regimi di asilo più accessibili,*

equi e meglio gestiti»⁴⁴, recepisce l'idea di creare centri chiusi ai confini della Ue e rilancia l'idea del *resettlement* da Paesi terzi come la procedura privilegiata per l'accesso dei rifugiati al territorio dell'Unione.

Il dibattito sul punto prendeva nuova vita alcuni anni dopo, quando nel suo «Programma di Stoccolma» del 2009 il Consiglio europeo chiedeva da un lato all'Unione di rafforzare il sostegno all'Unhcr, dall'altro alla Commissione di studiare nuove modalità di accesso all'asilo, tra cui programmi volti alla valutazione delle domande di asilo sul territorio di Paesi terzi di transito, programmi a cui gli Stati membri avrebbero potuto partecipare su base volontaria⁴⁵.

Nello stesso periodo, l'allora commissario europeo per la giustizia e gli affari interni Jacques Barrot rilasciava un'intervista⁴⁶ in cui proponeva l'apertura di «*reception points*» in Libia per i richiedenti asilo presenti sul suo territorio. Nello stesso anno, la Francia proponeva al Consiglio dell'Unione europea un partenariato con i Paesi di origine e di transito dei migranti con lo scopo di trovare soluzioni innovative per l'accesso alla procedura di asilo, in particolare «negoziati trilaterali con l'Unhcr, la Libia e l'Oim per valutare la possibilità di istituire un programma di protezione *ad hoc* in tale Paese per le persone intercettate in mare e successivamente rimpatriate»⁴⁷. La proposta riceveva a stretto giro il supporto dell'Italia e del Consiglio dell'Unione europea nell'ottobre 2009⁴⁸, nonché quello dei ministri

39. La proposta, del 10 marzo 2003, è pubblicata su www.statewatch.org/news/2003/apr/blair-simitis-asile.pdf. Cfr. G. Noll, *Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, n. 3/2003, pp. 303-341. Disponibile su <https://doi.org/10.1163/157181603322599260>.

40. Germania e Francia si sono opposte alla proposta inglese, ritenendo di difficile realizzazione un centro di transito per processare le domande di asilo. Cfr. *EU divided over African asylum camps*, in *Euractiv*, 5 ottobre 2004 (www.euractiv.com/section/security/news/eu-divided-over-african-asylum-camps/814195/).

41. Unhcr, *Working Paper on Unhcr's Three-Pronged Proposal*, 26 giugno 2003. Disponibile su www.refworld.org/docid/3efc4b834.html. Cfr. al riguardo A. Betts, *The International Relations of the 'New' Extraterritorial Approaches to Refugee Protection: Explaining the Policy Initiatives of the UK Government and Unhcr*, in *Canada's Journal on Refugees*, n. 1/2004, pp. 58-70.

42. Per una valutazione critica, cfr. A. Liguori, *The Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, Jean Monnet Centre of Excellence on Migrants' Rights in the Mediterranean, Napoli, 2015 (www.jmceimmigrants.eu/jmce/wp-content/uploads/2015/07/The-Extraterritorial-Processing-of-Asylum-Claims-LIGUORI.pdf).

43. *Ivi*, p. 9.

44. Commissione europea, *Verso regimi di asilo più accessibili, equi e meglio gestiti*, comunicazione al Consiglio e al Parlamento europei, 3 giugno 2003. Disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52003DC0315>.

45. Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma. Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, 2010/C 115/01, 4 maggio 2010, p. 27. Disponibile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)&from=IT).

46. Barrot wants 'reception points' in Libya for asylum seekers, *Agence Europe*, 14 luglio 2009, <https://agenceurope.eu/en/bulletin/article/9941/27>.

47. Consiglio dell'Unione europea, *Migration situation in the Mediterranean: establishing a partnership with migrants' countries of origin and of transit, enhancing Member States' joint maritime operations and finding innovative solutions for access to asylum procedures*, doc. n. 13205/09, 11 settembre 2009. Disponibile su <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13205-2009-INIT/en/pdf>.

48. Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 29 e 30 ottobre 2009, doc. n. 15265/09, p. 40. Disponibile su https://europa.eu/rapid/press-release_DOC-09-5_en.htm?locale=en.

dell'interno dell'Unione riunitisi nel febbraio 2010⁴⁹, nonostante molti osservatori internazionali avessero fatto presente la sistematica esposizione di rifugiati e richiedenti asilo a gravi violazioni dei diritti umani in Libia⁵⁰.

Nel marzo 2014, con la comunicazione «Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla», la Commissione europea conferiva nuovo slancio alla possibilità di valutare le domande di asilo fuori dal territorio dell'Unione⁵¹. Nel giro di pochi mesi, alcuni Paesi membri, tra i quali l'Italia con l'allora *premier* Renzi, riproponevano l'idea di istituire centri per migranti a gestione Onu sulle coste libiche⁵².

Allo stesso modo, i Paesi partecipanti al cd. «processo di Khartoum», avviato il 28 novembre 2014, convenivano circa la possibilità di assistere i Paesi della regione del Corno d'Africa a «istituire e gestire centri di accoglienza» e «garantire accesso alla procedura di asilo» in modo da «scrutinare i flussi migratori misti»⁵³.

A seguito del tragico naufragio al largo delle coste della Libia del 18 aprile 2015, nel quale perdevano la vita molte centinaia di migranti, la Commissione europea adottava l'«Agenda europea sulla migrazione»⁵⁴, in cui proponeva misure concrete per prevenire viaggi pericolosi, tra cui la creazione di «un centro pilota multifunzionale» in Niger. Secondo tale

documento, «In collaborazione con l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (Oim), l'Unhcr e le autorità del Niger, il centro offrirà informazioni, protezione locale e opportunità di reinsediamento alle persone in stato di necessità», ma anche prospetterà opzioni di rimpatrio volontario assistito ai migranti irregolari⁵⁵.

Come è stato osservato⁵⁶, questa proposta ha rappresentato un importante passaggio intermedio verso lo stabilimento di un vero e proprio centro di transito dove valutare le domande di asilo al di fuori del territorio Ue. Con un *policy paper* pubblicato nel 2010, l'Unhcr aveva già marcato una netta discontinuità rispetto alle proprie precedenti posizioni in merito alla valutazione di domande di asilo fuori dal territorio dell'Unione⁵⁷, non solo ammettendo la legittimità della valutazione «extraterritoriale» di domande presentate da richiedenti asilo intercettati in mare, ma aprendo anche alla possibilità di un contributo diretto dell'Unhcr nel processo⁵⁸. Nel maggio del 2016, l'Unhcr arrivava a dare un sostanziale assenso a una proposta dell'allora ministro dell'interno Alfano, ripresa anche dalla presidenza di turno dell'Ue⁵⁹, di istituire al largo della Libia degli «hotspot galleggianti» a bordo di navi o piattaforme marittime, dove processare le domande di asilo⁶⁰. L'Alto commissario Onu Filippo Grandi sosteneva al riguardo l'esistenza

49. Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea, *Council conclusions on 29 measures for reinforcing the protection of the external borders and combating illegal Immigration*, Bruxelles, 25-26 febbraio 2010. Disponibile su www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/113065.pdf.

50. Cfr. Human Rights Watch, *Stemming the Flow: Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees*, 2006. Disponibile su www.hrw.org/reports/2006/libya0906/libya0906web.pdf; Amnesty International, *Libya of tomorrow. What hopes for Human Rights?*, giugno 2010. Disponibile su www.meltingpot.org/IMG/pdf/Libya_of_tomorrow_What_hope_for_human_rights.pdf.

51. *Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla*, comunicazione della Commissione Ue al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, 11 marzo 2014, p. 8. Disponibile su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/basic-documents/docs/an_open_and_secure_europe_-_making_it_happen_it.pdf.

52. *Renzi: Onu faccia campi profughi su coste della Libia*, Ansa, 24 maggio 2014. Disponibile su www.ansa.it/sito/notizie/speciali/elezioni/2014/05/20/renzi-onu-faccia-campi-profughi-su-coste-della-libia_ecd8b1ed-e0aa-4236-969e-302c1e89a506.html.

53. Dichiarazione della Conferenza ministeriale del processo di Karthoum, 28 novembre 2014. Disponibile su <http://italia2014.eu/media/3785/declaration-of-the-ministerial-conference-of-the-khartoum-process.pdf>.

54. *Agenda europea sulla migrazione*, comunicazione della Commissione Ue al Parlamento, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, 13 maggio 2015. Disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN>.

55. *Ivi*, p. 6.

56. A. Liguori, *The Extraterritorial Processing*, op. cit.

57. Riguardo a tali prese di posizione, vds. A. Liguori, *Some Observations on the Legal Responsibility of States and International Organizations in the Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, n. 1/2016, pp. 135-158.

58. Unhcr, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, novembre 2010, p. 16. Disponibile su www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html.

59. *EU plans floating migrant centers off Libya*, *The Telegraph*, 12 maggio 2016. Disponibile su www.telegraph.co.uk/news/2016/05/12/eu-plans-floating-migrant-centres-off-libya/.

60. *Migranti, Alfano rilancia gli hotspot galleggianti nel Mediterraneo, con l'assist dell'Ue. E anche Unhcr apre*, *The Huffington Post*, 18 maggio 2016. Disponibile su www.huffingtonpost.it/2016/05/18/migranti-alfano-rilancia-gli-hotspot-galleggianti-nel-mediterranea_n_10026226.html.

di «ragioni molto convincenti che militano in favore di questa soluzione», aggiungendo che «[l]a questione non è dal punto di vista dei principi, ma dal punto di vista pratico: se si può fare o no»⁶¹. Del resto, nel *policy paper* del 2010, l'Unhcr prospettava la possibilità di una valutazione preliminare della domanda di asilo direttamente a bordo di una nave che avesse effettuato un'intercettazione in mare, aprendo però anche alla possibilità di una valutazione completa di alcune domande, come quelle manifestamente infondate o manifestamente fondate⁶².

La proposta degli "hotspot galleggianti" non trovava concreta attuazione negli anni successivi, mentre a risultati molto più tangibili portava l'idea, formulata da Ue e Stati membri, e avallata dall'Unhcr, di creare centri per la valutazione delle domande di asilo in Paesi terzi e di transito. Nel marzo 2015, in una proposta su come affrontare l'arrivo di richiedenti asilo, rifugiati e migranti sul territorio dell'Ue, l'Unhcr apriva alla possibilità di processare le domande di asilo in Paesi terzi di transito «in Africa e in Medio Oriente», incoraggiando la partecipazione di Easo, e dicendosi disponibile ad assistere le istituzioni europee nel valutare le condizioni per attuare un programma di reinsediamento di rifugiati «da un centro pilota in Africa settentrionale o orientale»⁶³.

Nel corso del 2017 riprendeva vigore l'iniziativa degli Stati membri di stabilire dei centri per processare le domande di asilo direttamente nei Paesi di transito dei migranti, con la collaborazione delle stesse autorità locali. In occasione di una riunione dell'allora ministro dell'interno Minniti con i suoi omologhi di Ciad, Libia, Mali e Niger, tenutasi nell'agosto del 2017, si concordava la nascita di una *task force* ad alto livello delle forze di sicurezza al fine di

assicurare maggiore controllo dei confini marittimi e terrestri, allo stesso tempo ribadendo la «necessità di un maggiore coinvolgimento dell'Oim e dell'Unhcr per realizzare in Niger e Ciad (e migliorare in Libia) i centri di accoglienza per migranti irregolari»⁶⁴. Sull'esempio dell'iniziativa italiana, a margine di un vertice tenutosi il 29 e 30 novembre 2017 ad Abidjan, l'Unione europea, l'Unione africana e l'Onu convenivano di istituire una *task force* congiunta sulla migrazione, in particolare per fare fronte alla situazione in Libia, con la finalità di accelerare i rimpatri volontari e il reinsediamento delle persone bisognose di protezione internazionale, «continuando ad assicurare che attraverso le organizzazioni internazionali il reinsediamento volontario sia accessibile per i bisognosi, sia verso i Paesi di origine sia verso Paesi terzi»⁶⁵. A tale iniziativa se ne aggiungeva una parallela patrocinata dall'Italia, e cioè l'accordo tra l'Unhcr e il Governo libico volto a creare a Tripoli una «struttura di transito e partenza»⁶⁶ per accelerare rimpatri volontari e reinsediamenti. Sempre nel novembre 2017, il reinsediamento e la valutazione *offshore* delle domande di protezione di stranieri presenti in Libia venivano integrati dal già ricordato meccanismo di ETM, attraverso il quale l'Unhcr iniziava a valutare in Niger le domande dei richiedenti evacuati dalla Libia.

Il 2018 registrava ulteriori passi in avanti sulla strada dell'esternalizzazione della valutazione delle domande di asilo. Il 28 giugno, raccogliendo una proposta congiunta dell'Unhcr e dell'Oim⁶⁷, il Consiglio europeo invitava il Consiglio e la Commissione Ue a elaborare, «in stretta cooperazione con i Paesi terzi interessati e con l'Unhcr e l'Oim», una proposta di gestione dei flussi migratori attraverso l'istituzione di

61. Hotspot galleggianti? L'Unhcr: «Positivi, se rispettano il diritto di asilo», *Redattore sociale*, 19 maggio 2016. Disponibile su www.redattoresociale.it/articolo/notiziario/hotspot_galleggianti_l_unhcr_positivi_se_rispettano_il_diritto_di_asilo; *Alfano si inventa hotspot galleggianti: così non scappano*, *Globalist*, 18 maggio 2016. Disponibile su www.globalist.it/news/2016/05/18/alfano-si-inventa-hotspot-galleggianti-cosi-non-scappano-200946.html.

62. Unhcr, *Protection Policy Paper*, op. cit., p. 15. Disponibile su <https://www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html>.

63. Unhcr, *Unhcr proposals to address current and future arrivals of asylum-seekers, refugees and migrants by sea to Europe*, marzo 2015, p. 5. Disponibile su www.refworld.org/docid/55016ba14.html.

64. Ministero dell'interno, *Immigrazione, riunione al Viminale della "Cabina di regia" tra Ciad, Italia, Libia, Mali e Niger*, comunicato stampa, 28 agosto 2017. Disponibile su www.interno.gov.it/it/notizie/immigrazione-riunione-viminale-cabina-regia-ciad-italia-libia-mali-e-niger.

65. *Joint Statement on the Migrant Situation in Libya*, Summit Ua - Ue, 29-30 novembre 2017. Disponibile su www.consilium.europa.eu/media/31871/33437-pr-libya20statement20283020nov2010.pdf

66. *Avvenire, Migranti. Ue e Africa unite per i profughi. Una task force con l'Onu*, *Avvenire*, 30 novembre 2017. Disponibile su www.avvenire.it/mondo/pagine/ue-onu-africa-task-force-per-i-migranti

67. *Proposal for a regional cooperative arrangement ensuring predictable disembarkation and subsequent processing of persons rescued-at-sea*, Unhcr - Oim, 29 giugno 2018. Disponibile su www.unhcr.org/partners/eu/5b35e60f4/proposal-regional-cooperative-arrangement-ensuring-predictable-disembarkation.html.

«piattaforme regionali di sbarco» da stabilirsi fuori dal territorio Ue⁶⁸. Poco dopo, a luglio 2018, la Commissione presentava un *non-paper*⁶⁹ che, pur facendo riferimento a tutti i Paesi del Mediterraneo, alludeva chiaramente all'istituzione di piattaforme di sbarco in Paesi del Nord-Africa, dietro la negoziazione di «pacchetti *ad hoc* e personalizzati» con i Paesi terzi interessati⁷⁰. Il *non-paper* delineava le «piattaforme» come meccanismi deputati non solo allo sbarco di migranti soccorsi in acque internazionali o in acque territoriali di Paesi terzi da parte di imbarcazioni battenti bandiere di un Paese membro o di Paesi terzi, ma anche alla valutazione della loro domanda di asilo al di fuori del territorio Ue⁷¹. Anche nelle piattaforme di sbarco, per i cittadini stranieri riconosciuti come bisognosi di protezione internazionale, si aprirebbero le porte del *resettlement* o di altre opzioni come l'integrazione locale, mentre gli altri sarebbero avviati al rimpatrio («preferibilmente volontario») nei propri Paesi di origine. Anche in questa occasione, la Commissione richiama esplicitamente l'importanza della «cooperazione con Unhcr e Oim, al fine di offrire [ai migranti] soluzioni differenziate e ridurre il rischio di un loro ulteriore spostamento ed evitare al contempo di creare fattori di attrazione»⁷². All'idea di istituire piattaforme di sbarco non è stato finora dato seguito, in quanto nessun Paese terzo ha per il momento accettato di ospitarne una; la stessa Unione africana ha espressamente rigettato l'idea, pur non nascondendo la propria preoccupazione che alcuni Stati africani possano accettare, allettati dalla

prospettiva di ottenere in cambio incentivi o risorse economiche⁷³.

Nelle conclusioni del 28 giugno 2018, il Consiglio europeo proponeva altresì l'istituzione di «*centri controllati*» sul territorio degli Stati membri, al fine di creare infrastrutture centralizzate di accoglienza dove le autorità di confine dell'Unione europea e le agenzie Onu possano velocemente distinguere tra i migranti bisognosi di protezione e quelli da rimpatriare⁷⁴. Anche questa proposta, ad oggi, risulta inattuata.

Nel suo più recente *progress report* del 2019 sull'attuazione dell'Agenda europea sulla migrazione, la Commissione europea qualificava l'operazione dell'Unhcr di evacuazione verso il Niger come «di vitale importanza»⁷⁵. Nel settembre 2019, l'Unhcr dava avvio a un ulteriore programma di ETM, finanziato anche dal Governo italiano, finalizzato all'evacuazione di rifugiati e richiedenti asilo dalla Libia verso il Ruanda.

L'ultimo e più recente sviluppo in questa materia si registra con le dichiarazioni dell'attuale ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale Luigi Di Maio, il quale, in occasione di un'audizione parlamentare tenutasi l'11 dicembre 2019⁷⁶, ha reso noto di aver chiesto e ricevuto una proposta di piano da parte dell'Unhcr e dell'Oim per gestire i centri di detenzione in Libia. La richiesta di accesso civico avanzata da Asgi per ottenere copia dei documenti in questione, al fine di conoscere il contenuto della proposta⁷⁷, è stata respinta dal Ministero.

68. Conclusioni del Consiglio europeo, 28 June 2018. Disponibile su www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/pdf.

69. *Non-paper on regional disembarkation arrangements*, 2018. Disponibile su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180724_non-paper-regional-disembarkation-arrangements_en.pdf.

70. *Ivi*, p. 2.

71. Cfr. Consiglio europeo per i rifugiati e gli esiliati, *European Council: regional disembarkation platforms a key objective*, 2 giugno 2018. Disponibile su www.ecre.org/european-council-regional-disembarkation-platforms-a-key-objective/; F. Maiani, 'Regional Disembarkation Platforms' and 'Controlled Centres': *Lifting The Drawbridge, Reaching out Across The Mediterranean, or Going Nowhere?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 18 settembre 2018. Disponibile su <https://eumigrationlawblog.eu/regional-disembarkation-platforms-and-controlled-centres-lifting-the-drawbridge-reaching-out-across-the-mediterranean-or-going-nowhere/>.

72. Vds. *Non-paper on regional disembarkation arrangements*, *op. cit.*, p. 1. Disponibile su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180724_non-paper-regional-disembarkation-arrangements_en.pdf.

73. *Migrazioni, l'Unione Africana all'UE: "I vostri centri di detenzione in Africa violano il diritto internazionale e creano un mercato degli schiavi"*, *La Repubblica*, 4 marzo 2019. Disponibile su www.repubblica.it/solidarieta/immigrazione/2019/03/04/news/migrazioni_l_unione_africana_all_ue_i_vostri_centri_di_detenzione_in_africa_violano_il_diritto_internazionale_e_creano_u-220695042/.

74. *Non-paper on "controlled centres" in the EU. Interim framework*. Disponibile su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180724_non-paper-controlled-centres-eu-member-states_en.pdf.

75. *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, 16 ottobre 2019. Disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2019:0481:FIN:IT:PDF>.

76. Audizione dinanzi al Comitato parlamentare di controllo su Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol e in materia di immigrazione, 11 dicembre 2019. La registrazione è disponibile su www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=10032.

77. Asgi, *Piano di azione per migranti in Libia, preoccupanti dichiarazioni del ministro degli Esteri*, 9 gennaio 2020. Disponibile su

7. Conclusioni

I meccanismi di ETM e *resettlement* applicati in Libia, pur introdotti con finalità umanitarie per far fronte alle esigenze di protezione di migranti, richiedenti asilo e rifugiati, non rappresentano oggi strumenti che possano sostituire in alcun modo il mancato accesso alla protezione internazionale o anche solo mitigare gli effetti della progressiva negazione del diritto di asilo per le migliaia di cittadini stranieri che si trovano in Libia. Come si è visto, ETM e *resettlement* costituiscono infatti strumenti di natura concessoria, applicati con amplissimi margini di discrezionalità e non soggetti ad alcun tipo di controllo giurisdizionale. È evidente l'assoluta estraneità dei due strumenti rispetto al diritto di asilo così come previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla Costituzione Italiana: un diritto soggettivo pieno e perfetto, il riconoscimento del quale può essere rivendicato da chiunque senza ulteriori condizioni o distinzioni, tantomeno di natura discriminatoria come, ad esempio, nazionalità o modalità di ingresso sul territorio. Da un punto di vista giuridico, pertanto, ETM e *resettlement* non possono essere considerati come strumenti che di per sé legittimano la logica del processo di esternalizzazione del diritto di asilo, in quanto in nessun modo possono esserne considerati sostituti o surrogati.

Allo stesso tempo, come si è visto nel paragrafo che precede, il ricorso crescente ai due meccanismi si inserisce nella più complessiva strategia di gestione (o, per meglio dire, di tentativo di blocco) dei flussi migratori provenienti dalla Libia da parte dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, divenendo così parte della retorica governativa che li vuole dipingere come contrappeso sufficiente per controbilanciare le politiche, altrimenti intollerabili e insostenibili anche dinanzi all'opinione pubblica, di serrato controllo dei confini, di respingimenti in mare anche per procura, e di permanenza forzata di richiedenti asilo e rifugiati in un Paese dilaniato da un devastante conflitto armato che si protrae da quasi dieci anni.

La sempre crescente difficoltà per i richiedenti asilo a lasciare il Paese nordafricano determina, infatti, una contrazione della libertà di movimento che ha dirette e inevitabili conseguenze proprio sul diritto a presentare domanda di protezione internazionale e accedere alla relativa procedura. La violazione determinata dalle condotte di Unione europea e Stati membri può essere rimediata esclusivamente consentendo l'esercizio di quel diritto, in precedenza

illegittimamente impedito attraverso respingimenti e altre restrizioni alla libertà di movimento, attraverso l'ingresso dello straniero sul territorio europeo e il successivo espletamento delle procedure volte all'accertamento del suo bisogno di protezione. Questa interpretazione è, peraltro, stata recentemente fatta propria dal Tribunale civile di Roma⁷⁸, il quale ha riconosciuto, per la prima volta, il diritto di fare ingresso in Italia a 14 cittadini eritrei che nel giugno del 2009, dopo essersi imbarcati dalle coste della Libia, erano stati soccorsi in mare dalla Marina italiana e poi riconsegnati alle autorità libiche. Il Tribunale ha così condannato la Pubblica amministrazione a consentire l'ingresso dei cittadini eritrei in Italia per formalizzare la propria domanda di protezione, quale unico meccanismo rimediabile della violazione del diritto di asilo derivante dal loro illegittimo respingimento da parte delle autorità italiane.

Se quindi ETM e *resettlement* non costituiscono in alcun modo attenuazioni, né tantomeno riparazioni, delle violazioni del diritto di asilo determinate dalle politiche di esternalizzazione, il reale impatto di tali due strumenti non può non essere letto nel contesto del più ampio percorso politico e giuridico che, da oltre 40 anni, tende all'esternalizzazione della domanda di asilo e della sua valutazione, anche attraverso la creazione in Paesi terzi di appositi centri a ciò preposti. In tale contesto, l'indubbio contributo dell'Unhcr a tale tipo di interventi in Libia e Niger, fortemente richiesto, sostenuto e finanziato dall'Ue e dagli Stati membri, nonostante la sua estraneità al diritto di asilo, rischia di essere utilizzato in maniera strumentale da costoro per sostenere la legittimità di politiche volte a negare l'accesso al territorio europeo al fine di presentare domanda di protezione internazionale.

Infatti, a seguito dell'introduzione, anche grazie al contributo dell'Unhcr, di un meccanismo di valutazione della domanda di asilo extraterritoriale e della conseguente possibilità di ingresso di un numero (pur esiguo) di rifugiati nell'Unione europea, gli Stati membri dell'Unione hanno potuto a più riprese richiamare il ruolo svolto dalle organizzazioni internazionali come garanzia di protezione nei confronti dei rifugiati presenti in Libia, mistificando pertanto la stessa portata dell'azione dell'Unhcr, impegnato in un delicato tentativo di tutelare la Convenzione di Ginevra anche in un contesto particolarmente precario e pericoloso, in cui la sua attività non può che essere limitata e parziale.

<https://sciabacaoruka.asgi.it/unhcr-oim-gestione-campi-di-migranti-in-libia/>.

78. Sentenza del 28 novembre 2019, n. 2297. Disponibile su <https://sciabacaoruka.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/sentenza-22917.pdf>.

Non si può quindi escludere *a priori* che l'operato di Unhcr abbia fornito in qualche misura legittimazione al processo di esternalizzazione della protezione internazionale in Libia, fortemente voluto dagli Stati europei. L'intervento umanitario dell'Unhcr attraverso ETM e *resettlement* sembra aver anzi influito sul quarantennale percorso intrapreso da Unione e Stati membri, nella misura in cui costoro hanno sostenuto e fatto proprio l'intervento dell'Unhcr come idoneo a garantire, almeno in una certa misura, il diritto di asilo, seppur al di fuori del territorio comunitario e in assenza delle garanzie sostanziali e procedurali previste dagli ordinamenti interni degli stessi Stati europei. In questo contesto, si è fatta poco a poco avanti l'idea che tale processo fosse non più solo immaginabile, ma concretamente possibile, così come confermano

le stesse proposte di gestione dei centri di detenzione in Libia inoltrate dall'Oim e dall'Unhcr al Ministero degli esteri italiano o la proposta di piattaforme di sbarco nei Paesi nordafricani.

Così facendo, l'Agenzia Onu per i rifugiati corre l'evidente rischio che i suoi interventi, pur messi in atto con finalità evidentemente umanitarie e nel disperato tentativo di salvaguardare i principi fondamentali della Convenzione di Ginevra anche in contesti estremi come la Libia odierna, finiscano per fornire legittimazione e sostegno alle proposte di valutazione extraterritoriale delle domande di protezione e vengano asserviti alla logica dell'esternalizzazione del diritto di asilo, così finendo per restringere, anziché ampliare, lo spazio di protezione per richiedenti asilo e rifugiati.

Esternalizzazione delle frontiere e *non-refoulement*: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*

di Mariagiulia Giuffré

Con la riflessione che segue si vuole approfondire come il *non-refoulement* si declini non solo nel principio di non-respingimento, ma anche nei termini di diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di valutare la fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o danni gravi nel Paese di origine o di transito e, pertanto, di essere ammesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale.

1. Introduzione / 2. Sentenza n. 22917/2019 / 3. *Non-refoulement* e diritto di accesso nel territorio e alla procedura di asilo: profili di diritto internazionale / 4. Articolo 10, comma 3, Costituzione: diritto di asilo costituzionale / 5. Visti per motivi umanitari: osservazioni conclusive

1. Introduzione

È il 27 giugno 2009 quando 89 persone (di cui 75 eritrei, 9 donne e 3 bambini) sono intercettate e soccorse in alto mare dalla Marina militare italiana, e quindi respinte collettivamente verso la Libia, Paese da cui erano partite con l'obiettivo di arrivare in Italia per chiedere protezione internazionale. Il respingimento avviene senza alcun atto formale e mediante l'uso della forza.

Il Tribunale di Roma, adito in merito da 14 cittadini eritrei, ha adottato una sentenza di grande rilievo con cui ha riconosciuto a ciascuno dei ricorrenti un risarcimento di 15.000 euro ed ha accertato il diritto

degli stessi (che da anni sono bloccati nel territorio di Israele) a fare ingresso in Italia al fine di formalizzare la propria domanda di asilo in diretta applicazione dell'articolo 10, comma 3, della Costituzione, in virtù del quale: «*Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*»¹.

Gli eventi oggetto della pronuncia succitata si collocano nel quadro delle prassi di respingimento in mare che sono state poste in essere dalle autorità italiane, a seguito della conclusione di una serie di accordi con la Libia². Sebbene tali prassi siano state

* Il presente contributo si inquadra all'interno di un progetto più ampio finanziato dal Global Challenges Research Fund.

1. Tribunale di Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917.

2. Tra gli accordi in vigore tra Italia e Libia nel 2009, si vedano in particolare: il Protocollo tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria araba libica popolare socialista (Tripoli, 29 dicembre 2007); il Protocollo tecnico-operativo aggiuntivo al Protocollo di cooperazione tra

dichiarate illegittime dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* nel 2012, molti richiedenti asilo sono rimasti in attesa del giusto risarcimento e di accedere a una forma di protezione³.

Il potenziale impatto della decisione del Tribunale di Roma va letto anche alla luce delle recenti politiche di esternalizzazione delle frontiere⁴, tra cui si inseriscono i cd. “respingimenti indiretti” (anche noti come “*push-backs by proxy*”, cioè respingimenti per delega)⁵ che l'Italia attua in collaborazione con le autorità libiche al fine di delegare a queste ultime l'intercettazione e/o il soccorso in mare e il rinvio nell'inferno delle carceri libiche dei migranti che attraversano in modo irregolare il Mediterraneo centrale, in rotta verso l'Europa⁶.

Le politiche di esternalizzazione, finalizzate a bloccare sul nascere i flussi migratori irregolari, si basano su una pletera di accordi con i Paesi di origine e di transito dei migranti volti a garantire la fornitura gratuita o contributi economici per l'acquisto di attrezzature per la sorveglianza dei confini, la formazione del personale addetto al controllo, così come supporto logistico e tecnico, finanziamenti per centri di detenzione fuori dai confini europei e quote fisse per l'ingresso dei cittadini di quegli Stati terzi che collaborano al controllo delle frontiere e alla riammissione⁷.

La rilevanza della decisione del Tribunale di Roma risiede, infine, anche nella sua potenziale ricaduta su tutti coloro che sono giornalmente soccorsi in mare e costretti ad attendere a bordo, per diversi giorni, in condizioni inumane e degradanti prima di ricevere un'autorizzazione allo sbarco, così come su tutti coloro che, intercettati alle frontiere marittime o terrestri e nelle zone di transito di porti e aeroporti,

sono respinti dalle autorità italiane senza poter formalizzare una domanda d'asilo.

2. Sentenza n. 22917/2019

In via preliminare, è d'uopo considerare brevemente il quadro fattuale da cui prende le mosse il giudizio all'esito del quale è stata adottata la sentenza in commento.

Insieme ad altre 75 persone, i ricorrenti venivano intercettati dalla Marina militare italiana in alto mare, a poche miglia da Lampedusa. I migranti soccorsi, che avevano manifestato la volontà di chiedere protezione, venivano assicurati sul fatto che l'imbarcazione della Marina militare su cui erano stati trasferiti era diretta verso l'Italia. Gli stessi, una volta compreso che sarebbero stati, invece, “consegnati” alle autorità libiche, ribadivano di aver bisogno di protezione e manifestavano la volontà di non essere riportati in Libia deducendo che lì erano stati torturati, incarcerati e perseguitati al pari di quanto era accaduto nei propri Paesi di origine. Nonostante ciò, venivano respinti collettivamente il 1° luglio 2009. A seguito del respingimento, venivano nuovamente detenuti in Libia. I ricorrenti provavano, successivamente, a raggiungere l'Europa via terra e nel 2010 venivano arrestati (e poi rilasciati) in Israele, dove avrebbero subito trattamenti inumani e degradanti e gravi violazioni dei propri diritti fondamentali, incluso il rischio di *refoulement*.

La parte attrice contesta, quindi, l'antigiuridicità della condotta delle autorità italiane – consistente nel salvataggio dei naufraghi e nel loro successivo respingimento verso un luogo non sicuro – in quanto

la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria araba popolare socialista, per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina (Tripoli, 29 dicembre 2007); il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione (Bengasi, 30 agosto 2008); e il Protocollo tecnico-operativo, concernente l'aggiunta di un articolo al Protocollo firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007, per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina (Tripoli, 4 febbraio 2009).

3. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012.

4. Per un'analisi delle politiche migratorie di esternalizzazione delle frontiere attuate dall'Italia con il supporto dell'Ue, si rimanda a G. Pascale, “*Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia*”, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. XIII, n. 2/2018, pp. 413-440; Asgi, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione europea ed effetti giuridici*, report, dicembre 2019, disponibile su: www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/2020_1_Documento-Asgi-esternalizzazione.pdf.

5. In merito ai *push-backs by proxy*, vds. M. Giuffré e V. Moreno-Lax, *The rise of consensual containment: from 'contactless control' to 'contactless responsibility' for forced migration flows*, in S.S. Juss (a cura di), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019.

6. Si veda il caso *S.S. e altri contro Italia* (ric. n. 21660/18), che riguarda la cooperazione dell'Italia con la Libia per consentire alla sua Guardia costiera di intercettare le persone in mare e riportarle in Libia violando così, presumibilmente, i propri obblighi ai sensi della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Il caso concerne gli abusi commessi da agenti libici contro i migranti durante le operazioni di soccorso in mare e di riconduzione in territorio libico nel mese di novembre del 2017.

7. Si veda, ad esempio, l'accordo Ue-Turchia del marzo 2016. Per ulteriori approfondimenti si rimanda, fra tutti, a C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, p. 405.

contraria al principio di *non-refoulement* e al diritto di accesso alla procedura per il riconoscimento della protezione internazionale.

Le amministrazioni convenute (Ministero dell'interno, Ministero della difesa, Ministero degli affari esteri e Presidenza del Consiglio dei ministri) hanno invece sostenuto che nessun migrante avrebbe manifestato l'intenzione di chiedere protezione internazionale e che la condotta è stata posta in essere in conformità a quanto previsto dall'art. 1, comma 4, dm 14 luglio 2003 e in esecuzione degli accordi tra Italia e Libia, tra cui in particolare il «Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione», firmato a Bengasi il 30 agosto 2008.

L'autorità giudiziaria che ha adottato il provvedimento è pervenuta alla conclusione dell'illiceità, dell'antigiuridicità e, conseguentemente, dell'illegittimità della condotta posta in essere dalle autorità italiane in contrasto con gli obblighi di diritto interno (di rango costituzionale) e internazionale gravanti sull'Italia.

In merito alle deduzioni dell'amministrazione resistente, la sentenza non si limita a confermare che il respingimento verso la Libia da parte delle autorità italiane di persone che intendono chiedere protezione internazionale non sia un dato in alcun modo desumibile dalla lettura del testo degli accordi bilaterali (che, infatti, non contiene alcun riferimento espresso alla possibilità di operare respingimenti), ma chiarisce anche che l'Italia non poteva ritenersi esente da responsabilità invocando degli obblighi eventualmente derivanti da accordi bilaterali stipulati con la Libia, in quanto questi sono da ritenersi recessivi rispetto alle fonti costituzionali e sovranazionali richiamate, primi tra tutte l'art. 10 della Costituzione e gli artt. 18 e 19 della Carta di Nizza⁸.

La pronuncia invoca, infatti, un'ampia gamma di norme nazionali e internazionali che vietano i respingimenti collettivi senza che venga disposta alcuna valutazione delle condizioni personali, circostanza che

inibisce di fatto l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale.

I riferimenti normativi di diritto internazionale ed europeo indicati sono, in particolare, l'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato (Convenzione di Ginevra)⁹, l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu)¹⁰, l'art. 4 del Protocollo n. 4 addizionale alla Cedu, l'art. 3 della Convenzione Onu contro la tortura¹¹, l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR)¹², la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare (UNCLOS)¹³ e l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁴.

Inoltre, la decisione richiama le interpretazioni e le opzioni ermeneutiche accolte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno portato alla sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, un caso che presenta convergenze fattuali con la vicenda che ha occasionato la pronuncia del Tribunale di Roma e che riconosce come il principio di *non-refoulement* debba essere rispettato non solo in caso di respingimento alla frontiera, ma anche in caso di respingimento in alto mare, dove gli Stati non possono essere considerati esenti dai propri obblighi giuridici, ivi compresi quelli derivanti dal diritto internazionale in materia di diritti umani e diritto dei rifugiati. Nel caso *Hirsi* la Corte stabilisce che gli Stati sono obbligati a informarsi sul trattamento al quale i soggetti respinti sarebbero esposti, anche in mancanza di una esplicita richiesta di asilo, soprattutto se le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani in un determinato Paese sono ben note grazie ai rapporti realizzati da accreditate organizzazioni internazionali al momento della commissione dei fatti contestati¹⁵.

La sentenza è, altresì, particolarmente rilevante laddove riconosce la stretta connessione tra il principio di non-respingimento e il diritto di asilo, come sancito a livello internazionale dall'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il quale

8. Vds. la sentenza n. 22917/2019, p. 10.

9. Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, conclusa a Ginevra il 28 agosto 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, 189 UNTS 150.

10. Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1950, 213 UNTS 221.

11. Convenzione contro la tortura, adottata a New York il 10 dicembre 1984, entrata in vigore 26 giugno 1987, 1465 UNTS 85.

12. Patto internazionale sui diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, 993 UNTS 171.

13. «United Nations Convention on the Law of the Sea» (UNCLOS), adottata il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994, 1833 UNTS 3.

14. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, OJ C 326, 26 ottobre 2012.

15. Come indicato anche in *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 42, tra tali rapporti figurano: (I) Human Rights Watch, *Stemming the Flow: Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees*, 13 Settembre 2006; (II) Comitato Onu per i diritti umani, *Concluding Observations. Libyan Arab Jamahiriya*, 15 Novembre 2007; (III) Amnesty International, *Libya – Report 2008*, 28 maggio 2008; (IV) Human Rights Watch, *Libya: Rights at Risk*, 2 Settembre 2008; (V) Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, *2010 Human Rights Report: Libya*, 8 aprile 2010.

prevede che ogni individuo abbia il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni. A tal proposito, viene rilevato che «tale situazione giuridica soggettiva è considerata rientrante nel diritto internazionale consuetudinario e come tale vincolante per tutti gli Stati»¹⁶.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, l'autorità giudiziaria ha quindi accertato che gli attori hanno diritto non solo al risarcimento del danno, ma soprattutto ad accedere nel territorio dello Stato italiano allo scopo di presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale secondo le forme che verranno individuate dalla competente autorità. Come si vedrà meglio nel paragrafo 4, la base normativa di tale diritto di ingresso è individuata nell'articolo 10, comma 3, della Costituzione.

3. *Non-refoulement* e diritto di accesso nel territorio e alla procedura di asilo: profili di diritto internazionale

La sentenza n. 22917/2019 corrobora l'interpretazione del *non-refoulement* come un principio che si sostanzia e realizza non solo nell'obbligo negativo di non-respingimento verso un territorio in cui la vita e la libertà di una persona possono essere minacciate, ma anche nell'obbligo positivo di assicurare accesso al territorio al fine di formulare una domanda di asilo. Tale diritto di ingresso deve essere riconosciuto sia a coloro che si trovano alla frontiera italiana, sia a tutti coloro che, sebbene intercettati in alto mare, rischiano un respingimento illegittimo verso un Paese non sicuro.

Nel ricostruire il *non-refoulement* come un principio che si declina anche nei termini di diritto di sbarco nel territorio, al fine di ricevere un esame della propria situazione personale, è opportuno considera-

re l'articolo 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra¹⁷ non in una dimensione atomistica, bensì procedendo a una ricostruzione sistematica del suo contenuto normativo con il combinato disposto di diversi regimi giuridici, che includa le varie convenzioni internazionali sui diritti umani, il diritto del mare (UNCLOS) e gli obblighi di ricerca e soccorso, in particolare la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare (SOLAS) e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimi (SAR) e i loro successivi emendamenti¹⁸. Si tratta di norme vincolanti per l'Italia, che ha ratificato tali convenzioni ed emendamenti nel rispetto di quanto stabilito dagli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione.

L'articolo 98 UNCLOS prevede che tutti gli Stati di bandiera hanno l'obbligo di imporre ai comandanti delle proprie imbarcazioni (che siano navi di Stato, navi commerciali o anche navi di ong) di prestare assistenza a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo¹⁹. Quindi, il comandante di una nave che presta soccorso a persone in pericolo in mare e indica il luogo di sbarco adempie a un preciso obbligo giuridico, anche qualora si ritenesse che lo *status* giuridico delle persone soccorse fosse quello di migranti "irregolari"²⁰. A fronte della sussistenza dell'obbligo consuetudinario di prestare soccorso in mare, simili obblighi di soccorso in capo ai comandanti di qualsiasi imbarcazione si rinvergono in modo molto chiaro nella Convenzione SOLAS, per cui ogni comandante che sia in grado di fornire assistenza, a seguito di segnalazione ricevuta da qualsivoglia fonte che vi sono delle persone in pericolo in mare, è tenuto a procedere a tutta velocità in loro soccorso²¹.

Preme sottolineare come, oltre all'obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare, la Convenzione SAR imponga il dovere di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro («*place of safety*»)²² e preveda,

16. Vds. la sentenza n. 22917/2019, p. 8.

17. L'articolo 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati stabilisce che «Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

18. «International Convention for the Safety of Life at Sea» (SOLAS), adottata il 10 novembre 1974 ed entrata in vigore il 25 maggio 1980, 1184 UNTS 278, come emendata; «International Convention on Maritime Search and Rescue» (SAR), adottata il 27 aprile 1979 ed entrata in vigore il 22 giugno 1985, 1405 UNTS 118, come emendata.

19. In base all'articolo 98 della Convenzione UNCLOS del 1982, «Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera (...) a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto (...) c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave (...) il porto più vicino presso cui farà scalo».

20. In tema, vds. F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2018, pp. 443-453.

21. Capitolo 5, regola 33.1, SOLAS. Vds. anche il capitolo 2.1.1 SAR.

22. Capitolo 1.3.2 SAR e capitolo 5, regola 33.4-1 SOLAS. Sulle problematiche connesse alla definizione di «*place of safety*» e allo sbarco di migranti in un luogo sicuro, si veda fra tutti, M. Ratcovich, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, tesi di dottorato, Università di Stoccolma, 2019, pp. 249-283 (<http://su.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1323140&dsid=4920>).

inoltre, che l'assistenza in mare debba essere garantita a ogni persona senza distinzioni relative alla nazionalità, allo *status* o alle circostanze in cui questa viene trovata²³. In base agli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR, adottati dagli Stati membri dell'IMO («International Maritime Organization») nel 2004, gli Stati parte devono coordinarsi e cooperare per far sì che i comandanti delle navi siano sollevati dagli obblighi di assistenza delle persone tratte in salvo, con una minima ulteriore deviazione, rispetto alla rotta prevista²⁴. Gli Stati devono altresì mantenere e promuovere l'istituzione e il mantenimento di adeguati ed effettivi servizi di ricerca e soccorso in mare²⁵.

Poiché le operazioni di soccorso in mare possono ritenersi concluse solo con lo sbarco dei naufraghi in un luogo sicuro²⁶, lo Stato responsabile per la zona SAR in cui è avvenuto il salvataggio ha la responsabilità primaria («*primary responsibility*») di assicurare tale coordinamento e di indicare nel più breve tempo possibile il luogo sicuro in cui procedere allo sbarco²⁷. Un'operazione di soccorso può considerarsi conclusa solo dopo lo sbarco in un porto sicuro, non quando i bisogni essenziali dei naufraghi vengono soddisfatti a bordo. Le Linee-guida per il soccorso in mare definiscono il «*place of safety*» come il luogo in cui si concludono le operazioni di soccorso e in cui la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non siano più minacciate, in cui le necessità umane primarie siano soddisfatte e da cui possa essere organizzato il loro trasporto nella destinazione vicina o finale. A tal proposito sono rilevanti i seguenti paragrafi delle Linee-guida che chiariscono gli obblighi derivanti dalle Convenzioni SAR e SOLAS:

«6.13 *An assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship (...) Even if the ship is capable of safely accommodating the survivors and may serve as a temporary place of safety, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made.*

6.14 *A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination.*

6.17 *The need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea».*

Le stesse Linee-guida impongono agli Stati costieri alcuni obblighi, fra cui quello di evitare che l'imbarcazione che ha effettuato il soccorso subisca ritardi, oneri finanziari o altre difficoltà a causa dell'attività svolta, sollevando il prima possibile l'imbarcazione dalle conseguenze del salvataggio. Quindi, ogni atto volto a impedire la conclusione (con lo sbarco in un luogo sicuro) di operazioni di soccorso effettuate in mare, a prescindere dallo Stato che avrebbe avuto la competenza per il coordinamento delle stesse, si pone necessariamente in contrasto con le norme richiamate che vincolano le autorità italiane.

Come già osservato, esiste un complesso di norme tanto interne quanto internazionali che impediscono l'allontanamento verso luoghi in cui le persone interessate rischierebbero di subire trattamenti inumani o degradanti, o vedrebbero messa a rischio la propria vita. Si applicano, in particolare, i principi stabiliti dall'art. 33 Convenzione di Ginevra, dall'art. 3 Cedu, dall'art. 3 Convenzione contro la tortura e dall'art. 7 ICCPR, dall'art. 2 Cedu e dall'art. 6 ICCPR, nonché dall'art. 4 Protocollo n. 4 alla Cedu, che vieta le espulsioni collettive.

Alla luce di quanto sinora detto, si ritiene che la giurisdizione dell'Italia si affermi ogni qual volta l'MRCC Italia («Maritime Rescue Coordination Centre») scelga di coinvolgere la Guardia costiera libica nelle operazioni di *search and rescue* in mare, inviando alla stessa informazioni strategiche e coordinando i soccorsi a distanza affinché i naufraghi possano essere sbarcati in Libia piuttosto che in Italia²⁸. Tali forme di «*contactless migration controls*»²⁹ (cioè sen-

23. Capitolo 2.1.10 SAR; regola 33.1 SOLAS.

24. Capitolo 3.1.9 SAR; si veda anche il capitolo 5, regola 33.1.1, SOLAS. Gli emendamenti sono stati accettati dall'Italia, ma non da Malta. Per una discussione sul tema, si rimanda a F. De Vittor e M. Starita, *Distributing Responsibility between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XXVIII, 2018, pp. 77-96.

25. Vds. Convenzione SAR, capitolo 3, par. 3.1.

26. Linee-guida per il soccorso in mare, Res. MSC.167(78), adottate il 20 maggio 2004, parr. 6.12 e 6.13.

27. Capitolo 3.1.9 SAR; vds. anche il capitolo 5, regola 33.1.1, SOLAS.

28. Vds., in merito, il caso *S.S. c. Italia*, pendente dinanzi alla Corte Edu (ric. n. 21660/18, depositato nel maggio 2018).

29. Per un approfondimento si rinvia a M. Giuffrè e V. Moreno-Lax, *The rise of consensual containment*, op. cit. (vds. supra, nota 5).

za contatto fisico tra le autorità italiane e i migranti soccorsi) rischiano, infatti, di tradursi in una forma di respingimento indiretto (*push-back by proxy*) nei confronti di persone vulnerabili e già sottoposte in Libia a tortura e condizioni inumane e degradanti.

Un respingimento indiretto che avviene senza che sia possibile effettuare una valutazione individuale sulle singole posizioni giuridiche delle persone soccorse e senza che venga garantita la possibilità di chiedere asilo, risulterebbe essere in palese violazione con le norme che l'Italia è chiamata a rispettare sulla base del diritto interno e internazionale in materia di tutela dei diritti fondamentali, incluso il diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali) e il diritto a chiedere asilo di cui all'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani³⁰. Nel quadro dei respingimenti del 2009 e dei più recenti respingimenti indiretti delegati alla sedicente "Guardia costiera libica", l'Italia ha pur sempre il dovere di verificare le condizioni nel Paese del rinvio. Sarà comunque la Corte Edu, nel caso *S.S. c. Italia* (ricorso depositato nel maggio 2018), a stabilire se l'aver ricevuto la *distress call* e l'aver coordinato i soccorsi sollecitando le autorità libiche a intervenire sul luogo dell'incidente (dove già era intervenuta la nave della Ong Sea Watch per il salvataggio dei migranti), accettando quindi che i naufraghi venissero riaccompagnati in un Paese non-sicuro come la Libia, sia sufficiente ad affermare la giurisdizione dell'Italia ex art. 1 della Cedu.

Come sottolinea la comunicazione del 15 maggio 2019 di sei *Special rapporteurs* delle Nazioni Unite, a seguito del ridotto impegno italiano nelle operazioni di *search and rescue* nel Mediterraneo, «l'Italia non può non assolvere il suo obbligo di rispettare e proteggere il diritto alla vita e quindi esacerbare e aggravare tale mancanza impedendo ad altri di intraprendere attività volte ad assolvere quell'obbligo così centrale, in particolare se le azioni od omissioni dello Stato sono guidate da intenti discriminatori o comunque causano una discriminazione»³¹. Come stabilito

dalla Corte di Strasburgo, l'articolo 2, comma 1 della Cedu incarna sia il dovere degli Stati di astenersi dal togliere la vita intenzionalmente, sia il dovere di agire attivamente adottando misure per proteggere la vita delle persone sotto la propria giurisdizione, in particolare laddove le autorità statali sapevano (come nei respingimenti del 2009) o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di una vera e propria minaccia per la vita e la sicurezza delle persone intercettate³².

Nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto l'applicazione extraterritoriale della Convenzione nei confronti dei migranti intercettati in alto mare. Un respingimento indiscriminato senza garanzia di accesso individuale alla procedura di asilo è stato considerato dalla Corte un'espulsione collettiva in palese violazione dell'art. 3 Cedu e dell'art. 4 del Protocollo addizionale n. 4, nonché dell'art. 13 Cedu in relazione ai due articoli appena menzionati. L'Italia non è, quindi, esonerata dall'adempimento degli obblighi previsti dalla Convenzione solo perché i ricorrenti non hanno chiesto asilo a bordo o non hanno descritto i pericoli derivanti dalla mancanza di un sistema di asilo in Libia. La Corte ribadisce infatti che le autorità italiane avrebbe dovuto accertare in che modo le autorità libiche fossero in grado di adempiere ai propri obblighi internazionali relativi alla protezione dei rifugiati³³.

La sentenza n. 22917/2019 è particolarmente importante laddove afferma un diritto d'ingresso qualora il richiedente protezione internazionale non possa presentare la relativa domanda in quanto non presente sul territorio italiano per circostanze allo stesso non imputabili e, anzi, riconducibili a un fatto illecito commesso dalle autorità italiane.

È innegabile che gli Stati abbiano il potere di controllare i propri confini e regolamentare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul proprio territorio, ma tale discrezionalità deve sempre essere esercitata conformemente agli obblighi internazionali sui diritti umani³⁴.

30. L'articolo 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani recita: «Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni». Si veda anche R. Russo, *Respingimenti illeciti e diritto d'asilo: è sufficiente il risarcimento in denaro? Nota a Trib. Roma, 28.11.2019 n. 22917*, in *Giustizia insieme*, 5 febbraio 2020, p. 17.

31. Onu, Alto commissariato per i diritti umani, comunicazione congiunta «of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; the Independent Expert on human rights and international solidarity; the Special Rapporteur on the human rights of migrants; the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; and the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children», AL 4 ITA/2019, 15 maggio 2019, p. 4 (disponibile su: www.avvenire.it/c/attualita/Documents/ONUdirittiViolati.pdf).

32. Vds., *mutatis mutandis*, il caso *Osman c. Regno Unito*, ric. n. 23452/94, 28 ottobre 1998, par. 116. Sull'obbligo di soccorso al fine di salvare vite in mare, si rinvia anche a I. Papanicopolulu, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

33. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 157.

34. Caso *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, 25 giugno 1996, par. 41.

È altresì vero che il principio di *non-refoulement* – esplicitamente o implicitamente riconosciuto nell’art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra del 1951, nell’art. 3 della Convenzione contro la tortura, nell’art. 7 del Patto sui diritti civili e politici e nell’art. 3 della Cedu – non prevede in alcun modo un diritto di asilo. Tuttavia, laddove il respingimento comportasse un “reale rischio” di esporre l’individuo a danno grave e a trattamenti proibiti dai trattati sui diritti umani, si creerebbe in capo allo Stato un obbligo positivo di valutare concretamente il pericolo prendendo preventivamente tutte le misure necessarie per evitare che ciò accada, e garantire quindi una «*thorough and individualised examination of the situation of the person concerned*»³⁵.

Sebbene la questione non possa essere affrontata approfonditamente in questo breve articolo, preme qui sottolineare come il diritto di accesso alla procedura di presentazione ed esame della domanda di asilo si configuri come corollario essenziale del *non-refoulement*³⁶. Non potendo le navi essere considerate luoghi idonei all’analisi dettagliata delle situazioni individuali al fine di valutare il rischio del richiedente in caso di respingimento, si crea per lo Stato l’obbligo di garantire l’ingresso sul proprio territorio al solo fine di esaminare la domanda di asilo. A tal proposito, già nel 1997, il Comitato esecutivo dell’Unhcr chiariva come vi fosse di fatto «*a need to admit refugees into the territories of States, which includes no rejection at frontiers without fair and effective procedures for determining status and protection needs*»³⁷.

Tale diritto di ingresso al fine di presentare una domanda di asilo assume ancora più rilevanza nel contesto delle recenti prassi del Governo italiano volte alla “chiusura dei porti” alle navi delle ong o della Guardia costiera italiana impegnate nel salvataggio di migranti nel Mediterraneo – una politica che ha aggravato le condizioni umanitarie di centinaia di per-

sone (in particolare i gruppi più vulnerabili) rimaste, per diversi giorni, a bordo di imbarcazioni strutturalmente non attrezzate per una lunga permanenza, prima che uno Stato europeo ne autorizzasse lo sbarco³⁸.

In un panorama internazionale caratterizzato da politiche sovraniste sempre più chiuse all’immigrazione, il diritto all’ingresso nel territorio dello Stato, come delineato nella sentenza n. 22917/2019, ha potenzialmente un’importanza fondamentale per tutti coloro che, pur essendo fuori dal territorio dello Stato di destinazione, si trovino comunque sotto la sua giurisdizione, e siano a rischio di *refoulement* verso il territorio di un Paese dove la propria vita e libertà siano minacciate.

4. Articolo 10, comma 3, Costituzione: diritto di asilo costituzionale

Come già accennato, Il Tribunale di Roma, nella sentenza n. 22917/2019, stante l’illegittimità della condotta perpetrata dalle autorità italiane, ha condannato la Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero della difesa al risarcimento del danno ed è, altresì, pervenuto ad accertare il diritto degli attori di accedere al territorio italiano al fine di presentare domanda di protezione internazionale sulla base dell’articolo 10, comma 3, della Costituzione.

L’operazione ermeneutica dell’organo giudicante parte dalla riqualificazione della domanda attorea di risarcimento in forma specifica ex art. 2058 cc in domanda di accertamento del diritto. Gli attori hanno, infatti, domandato, a titolo di risarcimento in forma specifica, la condanna delle amministrazioni convenute all’emanazione degli atti ritenuti necessari a consentire il loro ingresso nel territorio italiano, al fine di presentare istanza di protezione, individuando nell’art. 25, par. 1, lett. a) del regolamento (CE) n.

35. Caso *Tarakel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12, 4 novembre 2014, par. 104. Si vedano anche: *Sharifi c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, 21 ottobre 2014, parr. 234 e 242; *M.A. c. Lituania*, ric. n. 59793/17, 11 dicembre 2018, par. 115; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., parr. 185, 201-205.

36. Per maggiori approfondimenti, si vedano: M. Giuffré, *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*, Hart, Oxford, 2020; T. Kritzman-Amir e T. Spijkerboer, *On the Morality and Legality of Borders: Border Policies and Asylum Seekers*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, n. 1/2013 (<https://harvardhrj.com/wp-content/uploads/sites/14/2013/05/V26-Amir-Spijkerboer.pdf>). Sul diritto di asilo e accesso al territorio nel diritto Ue, si veda V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

37. Unhcr, Comitato esecutivo, *Safeguarding Asylum*, conclusione n. 82, 12 ottobre 1997, par. d(3). Vds. anche *Id.*, *Refugees Without an Asylum Country*, conclusione n. 15, 16 ottobre 1979, par. c. Vds. anche, E. Lauterpacht e D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in E. Feller - V Türk - F. Nicholson (a cura di), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 114.

38. Si vedano, ad esempio, i casi delle navi “Diciotti”, “Aquarius”, “Open Arms”, “Sea Watch” e “Sea Eye” (2018). Vds. E. Papastavridis, *The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?*, in *European Journal of International Law* (blog), 27 giugno 2018 (www.ejiltalk.org/the-aquarius-incident-and-the-law-of-the-sea-is-italy-in-violation-of-the-relevant-rules/).

810/2009 (cd. “codice visti”)³⁹ l’unico strumento idoneo a rimuovere gli effetti nocivi della condotta illecita subita e a consentir loro, pertanto, l’ingresso con un visto con validità territoriale limitata, richiesto per motivi umanitari.

Il Tribunale, considerato che il risarcimento in forma specifica si traduce in un rimedio consistente nella eliminazione materiale del danno mediante il ripristino della situazione anteriore all’illecito e che la domanda di condanna delle amministrazioni competenti all’adozione dei provvedimenti idonei a consentire l’accesso nel territorio dello Stato sia, piuttosto, una domanda di accertamento del diritto a inoltrare istanza di protezione internazionale, ha conseguentemente ritenuto di non applicare l’art. 25 del regolamento (CE) n. 810/2009 «*essendo inibita al giudice adito l’adozione di una pronuncia di condanna dell’amministrazione ad un facere, consistente nell’emissione degli atti necessari a consentire l’ingresso degli attori nel territorio italiano*»⁴⁰. Nella sentenza è specificato che la tale inibizione dipende dalla separazione dei poteri dello Stato e dal rispetto, da parte dell’autorità giudiziaria, delle prerogative dell’amministrazione nella valutazione dei presupposti per il rilascio di provvedimenti che legittimino l’accesso al territorio nazionale.

Pur condividendo tale impostazione nel merito, si ritiene che l’impossibilità di condannare ad un *facere*, nel caso di specie, derivi piuttosto dalla preliminarmente riqualificazione della domanda operata dal giudice di merito.

Ciò posto, il diritto fatto valere dagli attori di proporre domanda di riconoscimento della protezione

internazionale e di accedere, a tal fine, nel territorio nazionale, viene accertato dal Tribunale per il tramite dell’articolo 10, comma 3, Costituzione.

Il giudice di merito, con un’ apprezzabile e importante riflessione, opera un’interpretazione sistematica della norma. È da evidenziare innanzitutto che, nell’assenza di una disciplina che integri la riserva di legge contenuta nel summenzionato articolo, le vicende riguardanti il diritto di asilo costituzionale sono collocate tutte dentro il momento giurisprudenziale.

Secondo l’orientamento consolidato della Suprema corte di cassazione, si tratta di un diritto soggettivo perfetto⁴¹, appartenente al catalogo dei diritti umani e avente derivazione sia costituzionale che convenzionale, che trova attuazione e regolazione mediante la previsione dei tre istituti dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e del diritto al rilascio del permesso umanitario⁴² (forma di protezione abrogata con il dl n. 113/2018, convertito dalla l. n. 132/2018), e pertanto l’esaustività della normativa citata non lascerebbe un margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all’art. 10, comma 3, Costituzione⁴³.

Nella sentenza oggetto del presente contributo viene riconosciuta la completezza del contesto normativo citato, ma il giudice rileva in maniera puntuale che la normativa in materia di protezione è applicabile solo laddove ne siano attuabili ed effettivamente configurabili i presupposti. Se tali presupposti, quali la presenza sul territorio, vengono a mancare per ragioni non riconducibili alla sfera di dominio del richiedente, alla sua condotta o volontà e, anzi, imputabili a un

39. L’articolo 25 regolamento (CE) n. 810/09 prevede quanto segue:

«1. I visti con validità territoriale limitata sono rilasciati eccezionalmente nei seguenti casi:

a) quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato ritiene necessario;

I) derogare al principio dell’adempimento delle condizioni di ingresso di cui all’articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen;

II) rilasciare un visto nonostante l’opposizione al rilascio di un visto uniforme manifestata dallo Stato membro consultato a norma dell’articolo 22; oppure

III) rilasciare un visto per motivi di urgenza benché non abbia avuto luogo la consultazione preliminare a norma dell’articolo 22; ovvero

b) quando, per motivi ritenuti giustificati dal consolato, viene rilasciato un nuovo visto per un soggiorno durante un semestre nel corso del quale il richiedente ha già utilizzato un visto uniforme o un visto con validità territoriale limitata per un soggiorno di tre mesi».

40. Sul rilascio di un visto di ingresso in Italia per motivi umanitari – ai sensi dell’art. 25, regolamento (CE) n. 810/09 – si veda anche l’ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019, e la seguente nota a margine: C.L. Landri e C. Pretto, Quando il diritto è vita. Note a margine dell’ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019, in questa Rivista online, 8 luglio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-diritto-e-vita-note-a-margine-dell-ordinanza-del-tribunale-di-roma-del-21-febbraio-2019_08-07-2019.php.

41. Nella sentenza vengono richiamate a tal proposito, tra le altre: l’ordinanza Cass., n. 19393/2009 e le seguenti sentenze delle sez. unite: n. 5059/2017, n. 30658/2018, n. 32045/2018, n. 32177/2018.

42. Sulla non sovrapposibilità del diritto di asilo costituzionale rispetto alle altre forme di protezione politico-umanitaria attualmente vigenti, vds. M. Benvenuti, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in questa Rivista trimestrale, n. 2/2018, http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-2_03.pdf.

43. Il Tribunale di Roma richiama le seguenti pronunce: Cass. civ., sez. I, n. 28969/2019; Cass. civ., sez. I, n. 26720/2019; Cass. civ., sez. VI, n. 16362/2016; Cass. civ., sez. VI, n. 10686/2012.

illecito compiuto dall'autorità, la normativa non può trovare applicazione e rimangono pertanto irragionevolmente prive di tutela situazioni di diritto pieno e perfetto. Tale vuoto di tutela è inammissibile in un sistema che, a più livelli riconosce e garantisce il diritto di asilo nelle sue diverse declinazioni.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice perviene dunque alla conclusione che, nelle ipotesi in cui un richiedente protezione internazionale non possa presentare la relativa domanda in quanto non presente sul territorio italiano per circostanze allo stesso non imputabili ed, anzi, riconducibili a un fatto illecito – quale un respingimento collettivo – commesso dall'autorità italiana in violazione di principi costituzionali e della Carta dei diritti dell'uomo dell'Unione europea, possa espandersi il campo di applicazione della protezione internazionale mediante una diretta applicazione dell'articolo 10, comma 3, Costituzione. L'asilo costituzionale può essere, dunque, declinato nei termini di diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di essere ammessi alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale⁴⁴.

Questa lettura rappresenta un corollario necessario del principio di *non-refoulement*, disciplinato nell'ordinamento interno dall'art. 19 d.lgs n. 286/98. Il Tribunale di Roma individua nella disposizione costituzionale la base normativa dell'obbligo positivo di garantire l'accesso nel territorio nazionale al fine di presentare domanda di protezione, specularmente al divieto di respingimento.

Si ritiene che l'operazione ermeneutica condotta dal giudice di merito sia in linea con l'orientamento consolidato della Suprema corte e che, lungi dall'estendere le ipotesi di protezione previste e disciplinate nell'ordinamento interno (interpretazione che, viceversa, avrebbe comportato una impropria estensione delle fattispecie), offra un'importante copertura a situazioni in cui vengano meno proprio i presupposti fondamentali per l'applicazione della normativa in materia di protezione, in conseguenza di un comportamento illegittimo dell'autorità. La formulazione stessa del diritto di asilo costituzionale e la sua collocazione tra i principi fondamentali della Costituzione ben depongono a favore dell'interpretazione fornita dal giudice di merito.

5. Visti per motivi umanitari: osservazioni conclusive

Come precedentemente esposto, il Tribunale, una volta accertato il diritto degli attori di accedere nel territorio italiano allo scopo di presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale ovvero di protezione speciale, rimette alle autorità competenti le conseguenti determinazioni circa le modalità per consentire l'ingresso, rientrando tali determinazioni nella discrezionalità dell'amministrazione.

Tra gli strumenti considerati idonei a tutelare le ragioni degli attori, nella sentenza è espressamente fatto riferimento alla possibilità di concedere un visto con validità territoriale limitata richiesto per motivi umanitari, ex art. 25 del regolamento (CE) n. 810/2009, non essendo di ostacolo, nel caso di specie, la mancanza di documenti validi stante l'individuazione degli attori operata all'esito del giudizio di merito.

Il Tribunale, dunque, benché poi non disponga direttamente il rilascio di un visto per ragioni umanitarie, offre all'amministrazione competente una chiarissima traccia da seguire, considerato che le autorità conoscevano, all'epoca dei fatti, il rischio di trattamenti inumani e degradanti cui i ricorrenti sarebbero stati sottoposti in caso di respingimento, e che dunque hanno agito in violazione degli obblighi costituzionali e convenzionali.

Non sarà possibile in questa sede fornire un'analisi dettagliata della questione. Tuttavia, si evidenzia che, nonostante la giurisprudenza europea sia tendenzialmente orientata nel senso di escludere che gravi sugli Stati un obbligo positivo di concedere, in determinate circostanze, un visto umanitario in virtù delle obbligazioni di rispetto dei diritti umani discendenti dal diritto internazionale e dell'Unione europea (in questo senso va letta, ad esempio, la sentenza *X e X c. Belgio* della Cgue⁴⁵) e che il rilascio rimanga una mera facoltà per le autorità nazionali, non mancano aperture nel senso opposto: si pensi all'opinione dell'avvocato generale Paolo Mengozzi nel caso *X e X c. Belgio* e alla *concurring opinion* resa nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* dal giudice Pinto De Albuquerque⁴⁶.

44. Il Tribunale richiama anche la pronuncia della Cass. civ., sez. I, n. 25028/2005, che si era espressa nel senso di considerare l'asilo costituzionale anzitutto come il diritto dello straniero di accedere al territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico.

45. Con la nota sentenza del 7 marzo 2017, nel caso C-638/16, *X e X c. Belgio*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha escluso l'esistenza in capo agli Stati membri di un obbligo di rilascio di un visto per motivi umanitari allo scopo di consentire la presentazione di una domanda di protezione internazionale nel medesimo Paese, e dunque di soggiornare in tale Stato più di 90 giorni, ritenendo che tale richiesta «non rientra nell'ambito di applicazione del codice menzionato, bensì, allo stato attuale del diritto dell'Unione europea, unicamente in quello del diritto nazionale».

46. Caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., opinione concordante del giudice Pinto De Albuquerque.

Secondo De Albuquerque, la politica dei visti di uno Stato non può non essere soggetta agli obblighi internazionali di rispetto dei diritti umani, e il rilascio di un visto in favore di chi intenda richiedere asilo al fine di sottrarsi al rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti nel proprio Paese di origine non configura una concessione discrezionale dello Stato, posta in essere quale atto caritatevole o umanitario, ma integra un vero e proprio obbligo internazionale derivante dall'art. 3 della Cedu.

Ancora, la Corte di Strasburgo, nel caso *M.A. e altri c. Lituania*⁴⁷, apre maggiormente alla possibilità di configurare un obbligo in capo agli Stati di consentire l'accesso nel territorio nazionale al fine di avanzare richiesta di protezione. In tale pronuncia viene affermato che gli Stati hanno un obbligo di assicurare che i propri agenti abbiano un sufficiente livello di formazione e addestramento, in modo da consentire l'accesso alle procedure di asilo, anche nell'ipotesi in cui i richiedenti non siano nella posizione di comunicare chiaramente la loro intenzione (nel caso che ha originato la sentenza del Tribunale di Roma, addirittura la manifestazione di volontà era stata chiaramente espressa). Le autorità nazionali preposte al controllo delle frontiere sono, inoltre, tenute ad avere un approccio proattivo dovendosi, da un lato, attivare *motu proprio* per consentire ai potenziali richiedenti asilo di accedere alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale e, dall'altro, dovendo esaminare nel dettaglio i rischi di trattamento contrario all'articolo 3 Cedu cui i soggetti interessati sarebbero esposti in caso di loro respingimento⁴⁸.

Dalla *concurring opinion* del giudice De Albuquerque allegata alla summenzionata sentenza,

emerge un'interpretazione ancora più estensiva secondo cui qualsiasi forma di respingimento *ovunque* praticata nel contesto dell'esercizio della giurisdizione statale per finalità di controllo dell'immigrazione è soggetta agli obblighi di tutela dei diritti umani discendenti dalla Cedu⁴⁹.

Anche in vista di futuri casi in cui il richiedente si trovi fuori dal territorio nazionale e sia esposto a un rischio reale di *refoulement* (come nello scenario oggetto del ricorso *S.S. c. Italia*, di cui sopra), potrebbe essere, peraltro, determinante il ruolo della Corte di Strasburgo nell'assicurare l'accesso al territorio come elemento di protezione. È quindi auspicabile, ad esempio, che la Grande Camera possa riconoscere, nella causa *M.N. e altri c. Belgio* dinanzi ad essa attualmente pendente, una violazione dell'articolo 3 in merito al rifiuto, da parte delle autorità belghe, di rilasciare un visto per motivi umanitari ai membri di una famiglia siriana la cui vita è stata seriamente minacciata nel proprio Paese d'origine a causa della guerra⁵⁰. Di fatto, impedire l'accesso nel territorio di uno Stato europeo rifiutando il visto potrebbe pregiudicare l'articolo 3 della Cedu, in particolare se, in mancanza di un'alternativa legale per chiedere protezione internazionale, i richiedenti sono esposti a un prevedibile e reale rischio per la propria incolumità.

Si resta pertanto in attesa della pronuncia della Grande Camera e, sul piano nazionale, delle determinazioni dell'autorità a seguito della pronuncia qui in commento.

Troverà tutela effettiva il diritto accertato dal Tribunale di Roma? Rimane, per ora, aperto l'interrogativo.

47. Caso *M.A. e altri c. Lituania*, cit..

48. Vds. F.L. Gatta, *La saga dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2019, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/F.L.-Gatta-La-saga-dei-visti-umanitari-tra-le-Corti-di-Lussemburgo-e-Strasburgo.pdf>.

49. Caso *M.A. e altri c. Lituania*, cit., opinione concordante del giudice Pinto De Albuquerque.

50. Caso *M.N. e altri contro Belgio*, ric. n. 3599/18.

I ritorni di emergenza dalla Libia e dal Niger: una risposta centrata sulla protezione o una fonte di problematiche relative alla protezione?*

di Maybritt Jill Alpes

Basato su una ricerca sul campo di tre mesi in Nigeria, Niger e Mali, il saggio indaga in che misura i ritorni di migranti assistiti e gestiti dall'Oim – in particolare dalla Libia e dal Niger – nei Paesi di origine possano costituire, in termini di protezione, una risposta nel medio e lungo periodo o, invece, generare nuove criticità per le persone coinvolte, le comunità di appartenenza e il tessuto sociale di quei Paesi. Dopo un'analisi dei fattori determinanti l'accettazione del ritorno, la ricerca rivela la successiva persistenza di bisogni essenziali a un qualsiasi progetto di vita, nonché di un forte legame tra *empowerment* socio-economico e mobilità geografica.

1. Introduzione / 2. Il contesto politico: i ritorni come intervento politico sulla migrazione in Africa occidentale / 3. Concettualizzare la protezione prima, durante e dopo il ritorno / 4. Ritorni e cause profonde delle problematiche relative alla protezione dei migranti / 4.1. Cause delle problematiche relative alla protezione in Libia / 4.2. [segue] ... e in Niger / 5. Ritorni e nuove problematiche relative la protezione dopo l'arrivo / 6. Ritorni e meccanismi localmente validi ad assicurare protezione / 7. Conclusioni e implicazioni di policy

1. Introduzione

Quando, a fine novembre 2017, la CNN richiamò l'attenzione dell'opinione pubblica sul fatto che in Libia si riducevano in schiavitù le persone, il *focus* del Vertice di Abidjan tra Unione africana (Ua) e Unione europea si è spostato su quel fenomeno.

I governi africani non hanno proseguito oltre nel dibattito sulle problematiche modalità del supporto

europeo alla Guardia costiera libica, e hanno invece acconsentito al ritorno volontario dei propri cittadini presenti in Libia¹. Come deciso durante il Vertice, la *task force* formata da Ua, Ue e Nazioni Unite si è rivolta all'Organizzazione internazionale per le migrazioni (Oim) per aumentare la portata dei ritorni già in corso dalla Libia e da altri Paesi in forza di un'«Iniziativa congiunta» Ue-Oim finalizzata alla «protezione» e al «reinserimento» dei migranti².

* Il saggio è oggetto di prossima pubblicazione nella versione originale, in lingua inglese, con il seguente titolo: M.J. Alpes, *Emergency returns from Libya and Niger: A protection response or a source of protection concerns?*, Brot für die Welt/Medico International, Berlino, 2020. Traduzione di Mosè Carrara Sutour.

1. Per il commento del segretario generale dell'Association Mauritanienne des Droits de l'Homme (AMDH), Amadou M'Bow, sulla tempistica di uscita del video della CNN appena antecedente il Vertice di Abidjan, vds. www.medico.de/warum-europa-die-sklavereibilder-aus-libyen-gelegen-kamen-16986/.

2. Vds. inoltre gli impegni comuni assunti al Vertice Ua-Ue di Abidjan come quadro di riferimento operativo per l'Oim, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_5029.

Il ritorno è uno dei pilastri di questa iniziativa, con fondi destinati al «reinserimento», a «meccanismi di risposta e assistenza ai migranti», nonché a operazioni di soccorso nel deserto³. Se la dichiarazione congiunta Ua-Ue-Onu fa anche riferimento al reinsediamento e alle misure per combattere il traffico di esseri umani, essa ha tuttavia rafforzato la preesistente concezione delle operazioni di ritorno quali misure di protezione. Storie di schiavitù contemporanea e di sfruttamento in Libia fanno apparire le operazioni di ritorno una risposta protettiva necessaria a causa del contesto di emergenza in cui versa il Paese. Peraltro, nel mezzo dell'emergenza, è mancata una vera discussione sulle cause profonde delle sofferenze patite dai migranti in terra libica, nonché sulla misura in cui il ritorno e il successivo reinserimento possano rispondere ai loro bisogni e aspirazioni.

L'Oim è un'organizzazione intergovernativa. I suoi quattro tradizionali ambiti di intervento riguardano: la migrazione e lo sviluppo, la facilitazione della mobilità migratoria, la regolamentazione del fenomeno e il problema delle migrazioni forzate. Fondata nel 1951 come agenzia di supporto logistico e operativo, essa ha acquisito uno statuto permanente e l'attuale denominazione nel 1989, conoscendo da quel momento una rapida espansione: da 43 Stati membri e un budget di circa 300 milioni di dollari nel 1991, è passata a 172 Stati e 1,8 miliardi nel 2018⁴. Solo nel settembre 2016 è divenuta Agenzia collegata alle

Nazioni Unite. Il suo modello di finanziamento, fortemente vincolato a progetti specifici (cd. "progettizzazione"), la distingue dall'Unhcr e da altre organizzazioni internazionali⁵.

Dopo le critiche di Amnesty International⁶ e Human Rights Watch⁷ relative alla compatibilità di alcune sue operazioni con il rispetto dei diritti umani, la seconda versione del suo atto costitutivo afferma che, dal 2013, l'Organizzazione «si impegna a svolgere le proprie attività conformemente agli scopi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite e nel rispetto delle politiche dell'Onu atte a promuovere detti scopi e principi nonché di altri strumenti pertinenti in materia di migrazione internazionale, rifugiati e diritti umani»⁸.

I ritorni dalla Libia e dal Niger verso l'Africa occidentale subsahariana hanno assunto la forma di un intervento umanitario in Africa settentrionale e occidentale, dopo che le attività ufficiali di supporto alle operazioni di ricerca e soccorso (SAR) nel Mar Mediterraneo si sono progressivamente ridotte fino quasi ad arrestarsi⁹. Alla fine del 2016, i Paesi europei hanno smesso di impiegare le proprie imbarcazioni nell'area del Mediterraneo centrale, in prossimità delle acque territoriali libiche, concorrendo a una campagna lanciata contro le ong impegnate in attività SAR per impedire che continuassero a operare in quell'area¹⁰. Nella seconda metà del 2016, anche l'Unione europea ha iniziato a finanziare, formare ed equipaggiare la Guardia costiera libica¹¹.

3. Vds., per maggiori dettagli: <https://migrationjointinitiative.org>.

4. Migreurop, *L'OIM, une organisation au service des frontières... fermées*, in *Note de Migreurop*, n. 9/2019, www.migreurop.org/IMG/pdf/note_9_fr.pdf.

5. R. Patz e S. Thorvaldsdottir, *Drivers of Expenditure Allocation in the IOM: Refugees, Donors, and International Bureaucracy*, in M. Geiger e A. Pécod (a cura di), *The International Organization for Migration*, Palgrave Macmillan (International Political Economy Series), Cham (CH), 2020, pp. 75-98.

6. www.amnesty.org/en/documents/ior30/011/2003/en/.

7. www.hrw.org/news/2007/11/28/human-rights-watches-statement-iom-council.

8. <https://publications.iom.int/books/constitution-and-basic-texts-2nd-edition>

9. L'Italia ha cessato le proprie attività di ricerca e soccorso (SAR) nel dicembre 2014; la Germania e l'Irlanda hanno proceduto allo stesso modo per prendere parte all'operazione Eunavfor Med, rispettivamente, nel giugno 2015 e nell'ottobre 2017. L'attività di Eunavfor Med (operazione "Sophia") e Frontex consisteva più nel controllo e nella sicurezza dei confini che in vere e proprie operazioni di ricerca e soccorso. Vds. P. Cuttitta, *Pushing Migrants Back to Libya, Persecuting Rescue NGOs: The End of the Humanitarian Turn (Part I)*, in *Border Criminologies*, 18 aprile 2018, www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/pushing-migrants.

10. P. Cuttitta, *Pushing Migrants Back to Libya, Persecuting Rescue NGOs: The End of the Humanitarian Turn (Part II)*, 19 aprile 2018, www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/pushing-0.

11. Precedentemente rispetto all'Ue, l'Italia ha a lungo finanziato, equipaggiato e formato le autorità libiche, compresa la Guardia costiera, prima e dopo la caduta di Gheddafi. Vds. P. Cuttitta, *The Case of the Italian Southern Sea Borders: Cooperation across the Mediterranean?*, in G. Pinyol (a cura di), *Immigration flows and the management of the EU's southern maritime borders*, Cidob, Barcellona, 2008, pp. 45-62 (www.cidob.org/es/publicaciones/series_pasadas/documentos/migraciones/immigration_flows_and_the_management_of_the_eu_s_southern_maritim_borders).

Queste politiche sono tuttora in atto e mirano ad agevolare le azioni illegali condotte sui migranti in acque internazionali dalla Guardia libica, che arresta e detiene chi tenta la fuga via mare, talvolta da zone in cui è in corso un conflitto armato. Al principio delle cd. “operazioni di ritorno umanitario volontario” avviate dall’Oim a fine 2017, la maggior parte dei ritornati dalla Libia era stata arrestata e incarcerata dalle autorità libiche.

Quale conseguenza delle condizioni inumane e degradanti vissute all’interno dei centri di detenzione libici, i migranti hanno riferito – nell’ambito delle testimonianze raccolte dalla presente ricerca – di essersi sentiti obbligati ad accettare il ritorno¹².

Maurice Stierl e Sandro Mezzadra hanno definito tale arrangiamento un’«industria del *refoulement*», e gli operatori SAR parlano di una necessità di salvare due volte i migranti: dal naufragio e «dal rischio di essere nuovamente catturati e riportati indietro, per subire nuovamente torture e orrori dalle stesse persone da cui stavano fuggendo»¹³. Unendosi a proposte già da tempo formulate da organizzazioni per la tutela dei diritti umani¹⁴, anche l’Oim e l’Unhcr hanno recentemente affermato che le persone soccorse nel Mediterraneo non dovrebbero essere fatte sbarcare in Libia, e che il sostegno prestato alle autorità libiche va interrotto in assenza di garanzie relative al rispetto degli *standard* sui diritti umani¹⁵. Nel 2019, i ritorni che l’Oim ha effettuato dai centri di detenzione libici sono diminuiti del 25%, mentre la maggior parte di essi è avvenuta dalle aree urbane del Paese.

I confini esistenti tra “soccorso”, “protezione”, “deterrenza” e “controllo delle frontiere” sono sfumati¹⁶. Il presente contributo indaga in che misura i ritorni possano costituire una risposta in termini di protezione a medio e lungo termine, oltre alla questione se, eventualmente, possano produrre nuove criticità in tal senso o altri effetti negativi per gli abitanti dei Paesi di origine. Con riguardo alla protezione, ci si riferirà in senso ampio ai bisogni personali: sia rispetto

all’accesso immediato ai servizi di base, essenziali a garantire il diritto alla vita e un trattamento umano e dignitoso (ad esempio: cure mediche di emergenza, alimenti, uno spazio abitativo, sicurezza personale), sia considerando esigenze più a lungo termine di protezione sociale (accesso all’assistenza sanitaria, diritto all’istruzione). Ferma l’importanza delle questioni toccate dalla “protezione internazionale”, come definita dalla Convenzione di Ginevra, i luoghi del nostro *fieldwork* sono stati scelti con lo scopo di mettere in luce le dinamiche successive al ritorno, al di là delle questioni legate al non-respingimento.

Il contributo esplora le connessioni tra i ritorni e le problematiche relative alla protezione, facendo affidamento nell’analisi sui principi di protezione umanitaria concordati a livello internazionale¹⁷. Le risposte fornite nel rispetto di tali principi devono garantire, per esempio, che l’assistenza sia centrata sui bisogni e tenga conto delle vulnerabilità di ciascuno. Nella stessa linea, i protocolli Oim prevedono valutazioni di vulnerabilità riferite alle condizioni della mobilità – assicurandosi che un viaggio sia “sicuro” per una data persona – e la segnalazione di migranti “vulnerabili” ai quali deve essere prestata un’ulteriore assistenza nel corso del processo di ritorno e reinserimento. Tali misure mirano a riequilibrare le vulnerabilità esistenti.

Nondimeno, i principi di protezione umanitaria prevedono anche la necessità, per gli attori umanitari, di prevenire i danni, di sostenere lo sviluppo di capacità soggettive di auto-protezione, oltre a permettere alle persone di reclamare i propri diritti. In base a questi principi, ci si domanda se i ritorni affrontino a partire dalle sue cause la problematica della protezione dei migranti e se proprio la loro attuazione non crei nuove criticità. Più esplicitamente, di quale supporto necessitano le persone nei Paesi di origine per raggiungere, con percorsi propri, la protezione sociale e l’emancipazione socio-economica?

Nel quadro delle operazioni di ritorno dall’Africa settentrionale e occidentale, lo scritto si concentra su

12. L’Oim intende la “volontarietà” come la «capacità [di una persona] di rifiutare assistenza». Per un approfondimento sulla strutturazione dei ritorni volontari assistiti, vds. Oim (Migrant Protection and Assistance Division), *A framework for assisted voluntary return and reintegration*, 2018, www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/a_framework_for_avrr_online_pdf_optimized_20181112.pdf.

13. M. Stierl e S. Mezzadra, *The Mediterranean battlefield of migration*, in *Open Democracy*, 12 aprile 2019, <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/mediterranean-battlefield-migration/>.

14. www.amnesty.org/en/latest/news/2018/11/cruel-european-migration-policies-leave-refugees-trapped-in-libya-with-no-way-out/.

15. www.iom.int/news/international-approach-refugees-and-migrants-libya-must-change-iom-director-general-antonio.

16. N. Nyberg Sørensen e S. Plambech, *Global Perspectives on humanitarianism: When human welfare meets the political and security agendas*, Danish Institute for International Studies (DIIS) Report, maggio 2019; J. Brachet, *Policing the Desert: the IOM in Libya Beyond War and Peace*, in *Antipode*, vol. 48, n. 2/2016, pp. 272-292.

17. Aa.Vv., *The Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, Practical Action Publishing, Rugby (UK), 2018 (<https://doi.org/10.3362/9781908176707>).

quelle effettuate dalla Libia e dal Niger verso, rispettivamente, la Nigeria e il Mali.

L'Oim definisce le operazioni di ritorno dalla Libia «ritorni volontari umanitari» (VHR) e quelle avviate dal Niger «ritorni volontari assistiti» (AVR). I programmi di ritorno eseguiti in entrambi i Paesi variano in certa misura. In particolare, i rispettivi contesti geografici e politici creano sfide differenti per i migranti e impongono altrettante condizionalità per l'Oim e gli operatori umanitari. Contrariamente ai ritorni forzati e assistiti dai Paesi europei, i programmi VHR e AVR sono entrambi giustificati da un contesto emergenziale per i migranti in transito, e sono perciò implementati come “interventi di protezione”. Ai fini della nostra argomentazione, i programmi (VHR e AVR) di ritorno dalla Libia e dal Niger saranno riuniti sotto l'insieme unico dei cd. “ritorni di emergenza”.

Nello sforzo di porre in primo piano i vissuti dei migranti ritornati nel Paese di origine [da qui in avanti: “ritornati” (*ndr*)], delle loro famiglie e di altri cittadini, questo contributo si avvale di un periodo di dieci settimane di ricerca qualitativa a contatto con i testimoni intervistati e con il personale delle organizzazioni internazionali e delle agenzie territoriali incaricate di attuare i programmi in Mali, Niger e Nigeria tra gennaio e marzo 2019.

Metodologia di ricerca. I risultati si basano sull'analisi di interviste *open-ended* con 23 persone ritorniate dalla Libia¹⁸, 15 migranti in Niger e in Mali, colloqui formali con il personale dell'Oim (21), delle ong (11), delle istituzioni nazionali (10), nonché con rappresentanti dell'Ue, dell'Unhcr (2) e di agenzie europee per lo sviluppo (2).

Al fine di individuare le effettive dinamiche operanti sul campo, il *paper* si basa anche sull'osservazione reiterata dei voli e delle procedure di accoglienza destinati ai ritornati, su visite nei centri per il transito e l'assistenza temporanei, su discussioni di gruppo con migranti assistiti da ong e chiese. Completano l'oggetto della ricerca i *training* di formazione professionale inseriti nei programmi di reinserimento a favore dei ritornati.

La forza dei dati acquisiti dai ritornati risiede nella qualità dei colloqui, unita all'analisi situazionale basata sull'osservazione dei loro contesti di vita.

Contro il rischio di distorsioni, abbiamo deliberatamente evitato di rivolgerci all'Oim per contattare i ritornati, preferendo ricorrere alla mediazione di ricercatori universitari, membri delle chiese e *leader* delle comunità locali. Ciò ha fatto sì che i futuri intervistati non associassero gli autori della ricerca all'Oim e si sentissero più liberi di collaborare senza il pensiero di ripercussioni sul loro accesso all'assistenza per il reinserimento né paure (più o meno fondate) dovute all'eventuale divieto di intraprendere un nuovo viaggio. Pur strutturando le interviste secondo un certo *standard*, il ricercatore ha aperto e chiuso ciascun incontro lasciando ai protagonisti lo spazio per fare domande ed esprimere le proprie preoccupazioni. Raggiungendo le persone da intervistare attraverso la rete comunitaria e mediante un campionamento “a catena”, si sono così potuti ascoltare anche i migranti ritornati tramite l'Oim che, tuttavia, non hanno avuto accesso alle misure di reinserimento sociale. I dati sono circoscritti alle dinamiche e alle esperienze dei migranti ritornati in contesti urbani.

Lo scritto delinea, in primo luogo, il contesto delle politiche di ritorno dalla Libia e dal Niger verso la Nigeria e il Mali, per poi occuparsi dei diversi approcci concettuali ai bisogni personali prima, durante e dopo il ritorno. Nella sua trattazione empirica, si indagano le molteplici connessioni esistenti tra i ritorni e l'ambito della protezione sociale. In prima battuta si esaminano le cause inerenti alla questione nel momento anteriore al ritorno; in seconda battuta, si indaga se e come i ritorni, una volta effettuati, siano in grado di generare nuove criticità relativamente alla protezione. Infine, si intende far luce su come i ritornati e le loro famiglie concepiscano e costruiscano essi stessi i propri meccanismi di protezione.

2. Il contesto politico: i ritorni come intervento politico sulla migrazione in Africa occidentale

Con l'aumento, nel 2015, dei tassi di arrivo dei richiedenti asilo e di altri migranti¹⁹ in Europa, politici e decisori strategici hanno iniziato a richiedere politiche di ritorno più forti ed efficienti. Tale

18. Per motivi di neutralità, non abbiamo chiesto alle ong che si occupano del reinserimento di disporre per noi interviste su larga scala, ma abbiamo fatto ricorso a una pluralità di contatti e a tecniche di campionamento “a catena” per individuare le persone da intervistare. Di conseguenza, l'interscambio si è esteso a un più ampio insieme di ritornati rispetto ai soli beneficiari dei programmi di reinserimento.

19. J. Carling, *Refugees are Also Migrants. And All Migrants Matter*, in *Border Criminologies*, 3 settembre 2015, www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2015/09/refugees-are-also.

orientamento è andato a scapito di altre opzioni di *policy*, come la regolarizzazione e l'espansione di vie legali alla migrazione²⁰. In concreto, ai ritorni è corrisposto, quale effetto sulla gestione delle migrazioni, un investimento politico e finanziario per l'aumento del controllo alle frontiere nei Paesi europei, con l'istituzione della nuova Guardia costiera e di frontiera europea, oltre a un incremento degli accordi di riammissione e di altre forme di cooperazione bilaterale, come la “*Joint Way Forward*” tra Ue ed Afghanistan e la dichiarazione fra Ue e Turchia²¹. Considerato nel suo insieme, lo sviluppo di queste *policies* non ha comunque prodotto un significativo aumento dei ritorni dai Paesi di destinazione – a causa, fra l'altro, di difficoltà logistiche, di limiti intrinseci alle politiche di ritorno e di obblighi in materia di diritti umani²².

Gli Accordi di riammissione. In base al Quadro di partenariato sulla migrazione del 2016, l'Ue e i suoi Stati membri hanno negoziato una serie di accordi formali e informali con i Paesi terzi al fine di facilitare la riammissione dei migranti nei Paesi di origine e ridurre il numero di persone che raggiungono irregolarmente le frontiere con l'Europa. Per mezzo del Fondo fiduciario dell'Ue per l'Africa (EUTF), il Consiglio dell'Unione europea ha inoltre posto l'assegnazione di fondi per l'aiuto allo sviluppo e la risposta alle emergenze in linea con la sua agenda migratoria e le priorità del Consiglio “Giustizia e Affari interni” dell'Ue²³. Per esempio, in Etiopia, Niger, Gambia e Marocco, i progetti per lo sviluppo sono stati approvati parallelamente all'avanzamento della negoziazione degli accordi di ritorno e riammissione²⁴.

Rispetto alle espulsioni dall'Europa, le operazioni di ritorno dai cd. “Paesi di transito” avvengono su scala molto più larga. Tra marzo 2017 e novembre 2019, l'Oim ha effettuato il ritorno di 30.869 migranti dalla Libia, 29.337 dal Niger e 2.522 dal Mali²⁵. I Paesi di origine che hanno ricevuto il maggior numero di persone attraverso i flussi di ritorno in quel periodo erano rilevanti anche in rapporto ai flussi migratori verso l'Europa²⁶ – in particolare la Nigeria (15.707), il Mali (14.628) e la Guinea (13.084). Si potrebbe, così, sostenere che i ritorni dai Paesi di transito contribuiscono all'esternalizzazione delle funzioni di controllo dei confini.

Terminologia relativa ai ritorni. Esistono diverse posizioni relative al modo di intendere il lavoro dell'Oim in Libia e in Niger. I migranti intervistati in occasione di questa ricerca molto spesso si riferivano al loro ritorno come a un atto di “deportazione”. L'Oim e gli Stati membri dell'Ue parlano invece di “assistere i migranti che hanno necessità di fare ritorno nei Paesi di origine su loro richiesta”. In questo senso, le operazioni sono inquadrare come un'azione esclusivamente umanitaria, che non ha alcun legame con le più ampie logiche di gestione delle migrazioni adottate da chi provvede a finanziarle.

La terminologia qui impiegata per le operazioni Oim di trasporto di migranti dalla Libia e dal Niger nei Paesi di origine è descrittiva e neutrale – “ritorni”. Parlare di operazioni di “ritorno” riferendosi all'attività dell'Organizzazione non comporta una valutazione del grado in cui i migranti abbiano richiesto il – o acconsentito al – ritorno (in ragione, tra l'altro, delle terribili condizioni vissute in Libia o in Niger).

20. *Special rapporteur* delle Nazioni Unite per i diritti umani dei migranti, *Report for the 38th session of the Human Rights Council*, 4 maggio 2018, p. 4.

21. Vds. anche la comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Progress report on the implementation of the European Agenda on Migration*, Com (2019)481final, 16 ottobre 2019, pp. 15-18.

22. Ad esempio, nel 2017, gli Stati membri dell'Ue hanno imposto a 15.600 cittadini nigeriani e a 4700 cittadini maliani di lasciare il proprio territorio, ma – in base ai dati Eurostat – furono effettivamente espulsi dall'Unione solo 3700 nigeriani e 355 maliani.

23. Commissione europea e Alto rappresentante dell'Ue per gli affari esteri e la politica di sicurezza, *Taking forward the EU's Comprehensive Approach to external conflicts and crises – Action Plan 2016-17*, 18 luglio 2016, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11408-2016-INIT/en/pdf>.

24. T. Raty e R. Shilhav – Oxfam International, *The EU Trust Fund for Africa: Trapped between aid policy and migration politics*, 30 gennaio 2020, p. 3 (www.oxfam.org/en/research/eu-trust-fund-africa-trapped-between-aid-policy-and-migration-politics).

25. <https://migrationjointinitiative.org/>.

26. F. Natale - S. Migali - R. Münz – Joint Research Centre, *Many more to come? Migration from and within Africa*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2018, p. 12 (<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/many-more-come-migration-and-within-africa>); M. Tardi, *EU Partnerships with African Countries on Migration: A common issue with conflicting interests*, in *Notes de l'IFRI* (Institut français des relations internationales), 20 marzo 2018, p. 8 (www.ifri.org/en/publications/notes-de-lifri/european-union-partnerships-african-countries-migration-common-issue).

I ritorni volontari assistiti (AVR) hanno avuto origine come alternativa alle espulsioni dai Paesi di destinazione. Il concetto-chiave è nella qualità specifica dei ritorni: volontari, umani e dignitosi²⁷. Il supporto offerto dopo il ritorno dovrebbe rendere il reinserimento sostenibile, così che le persone non si sentano nuovamente costrette a emigrare²⁸. Nel 2008, l'Oim ha iniziato ad effettuare AVR anche dai Paesi di transito. L'idea era quella di «offrire alternative prima che la mancanza di alternative rendesse i migranti vulnerabili»²⁹.

Dopo il 2015, l'Ue ha aumentato gli investimenti allo scopo di ottimizzare la capacità operativa dell'Oim lungo le rotte del Mediterraneo centrale. Ciò ha portato, nel maggio 2017, al lancio dell'«Iniziativa congiunta» Ue - Oim per «la protezione e il reinserimento dei migranti» finanziate nel quadro dell'EU-TF e riguardante quasi tutti i Paesi del Nordafrica, il Sahel, la zona intorno al Lago Ciad e il Corno d'Africa. L'iniziativa prevede attività di *capacity building*, protezione e assistenza al ritorno volontario, sostegno al reinserimento, raccolta e analisi dei dati sulla migrazione, attività di informazione e di sensibilizzazione, attività funzionali alla «stabilizzazione delle comunità» svantaggiate³⁰.

L'EUTF. Nel novembre 2015 i capi di Stato e di governo europei e africani hanno creato il «Fondo fiduciario di emergenza dell'Ue per la stabilità e la lotta alle cause profonde della migrazione irregolare e del fenomeno degli sfollati in Africa». Mettendo in comune risorse provenienti dagli Stati membri dell'Ue, dal Fondo europeo di sviluppo e dal *budget* unionale³¹, l'EUTF rappresentava inizialmente uno strumento finanziario

per il piano d'azione basato sull'approccio condiviso alla migrazione concordato al Vertice di La Valletta (11-12 novembre 2015). Il piano di azione è stato definito per affrontare le cause profonde della migrazione irregolare e degli sfollamenti forzati, favorire la cooperazione finalizzata alla mobilità e alla migrazione legali, rafforzare la protezione dei migranti e dei richiedenti asilo, prevenire e combattere la migrazione irregolare, il traffico di migranti e la tratta di esseri umani, con una più stretta cooperazione in materia di ritorno, riammissione e reinserimento. Le ong umanitarie hanno contestato questo strumento finanziario per far dipendere l'aiuto ufficiale allo sviluppo dal desiderio europeo di fermare le migrazioni irregolari e raggiungere intese con i Paesi africani sul ritorno in patria dei propri concittadini³². Con ogni probabilità, e malgrado le critiche, tale modello di risposta alle crisi diventerà prevalente a livello politico tramite lo «Strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e sviluppo internazionale» (*«Neighbourhood, development and international cooperation instrument»*) con il prossimo bilancio a lungo termine – il quadro finanziario pluriennale 2021-2027 dell'Ue.

L'assistenza volontaria al ritorno e le attività di sostegno al reinserimento dell'iniziativa congiunta Ue-Oim offrono assistenza ai migranti bloccati nei Paesi che si trovano lungo la rotta per l'Europa, come Libia, Niger, Mali, ma anche Burkina Faso e Mauritania. Tuttavia, i cittadini africani si spostano anche verso Paesi del continente africano che non rappresentano Paesi di transito per i migranti diretti in Europa. Per fare un esempio, i maliani seguono

27. Per i sette principi-guida che assistono le procedure di ritorno volontario assistito, vds. Oim, *A Framework*, op. cit.

28. Più precisamente, l'Oim considera che il reinserimento possa ritenersi sostenibile quando i ritornati abbiano raggiunto livelli di autosufficienza economica, stabilità sociale all'interno delle loro comunità e un benessere psicologico tali da permettergli di far fronte lucidamente ai trasportatori in vista di una nuova emigrazione. Quale effetto del reinserimento sostenibile, si suppone che i ritornati siano in grado di rendere le loro ulteriori decisioni sulla migrazione più una questione di scelta che di necessità. Vds. Oim, *Towards an Integrated Approach to Reintegration in the Context of Return*, 2017, www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/Towards-an-Integrated-Approach-to-Reintegration.pdf.

29. Fonte: Oim, intervista del febbraio 2019.

30. <https://migrationjointinitiative.org/about-eu-iom-joint-initiative>.

31. Per una critica sulla mancanza di trasparenza nella gestione di questi fondi e su connesse potenziali violazioni della normativa in materia di appalti pubblici, vds. T. Spijkerboer e E. Steyger, *Does the EU violate public procurement law in its external migration policy?*, in *EU Migration Law* (blog), 28 novembre 2019, <http://eumigrationlawblog.eu/does-the-eu-violate-public-procurement-law-in-its-external-migration-policy/>, nonché M. Vermeulen e G. Zandonini, *The EU bypasses public tenders in Africa. This is what the EU's financial watchdog has to say*, in *The Correspondent*, 12 dicembre 2019, <https://thecorrespondent.com/172/the-eu-bypasses-public-tenders-in-africa-this-is-what-the-eus-financial-watchdog-has-to-say/22746696764-60a8bd44>.

32. T. Raty e R. Shilhav – Oxfam International, *The EU Trust Fund for Africa*, op. cit.; E. Kervyn e R. Shilhav – Oxfam International, *An Emergency for Whom? The EU Trust Fund for Africa*, 15 novembre 2017, www.oxfam.org/en/research/emergency-whom-eu-emergency-trust-fund-africa-migratory-routes-and-development-aid-africa.

da tempo rotte migratorie verso la Costa d'Avorio, il Ghana, la Guinea Equatoriale, l'Angola e il Sudafrica, e hanno sperimentato situazioni di grave difficoltà in Costa d'Avorio e Angola, nonché – in minor misura – in Liberia e nello Zambia³³. Il fatto che i maliani all'estero possano contare o meno sui programmi di ritorno e reinserimento dipenderà dalle priorità dei donatori. Ad esempio, i migranti maliani che si trovano nel bacino del Ciad, in Arabia Saudita, in Angola o in Mozambico non potranno beneficiare dell'assistenza dell'Oim. Pertanto, la scelta dei Paesi interessati dal suo intervento rivela la prospettiva eurocentrica nel cui ambito i donatori definiscono quelle stesse priorità³⁴.

Stando al piano originario dell'iniziativa congiunta Ue-Oim (del marzo 2017), 20.000 migranti avrebbero dovuto essere ritornati da Libia, Niger e Mali in 13 Paesi di origine nell'arco di un triennio. Dopo quanto rivelato dalla CNN a novembre 2017, la *task force* composta da Ua, Ue e Onu ha chiesto all'Oim un'accelerazione dei ritorni per un minimo di 15.000 persone dalla Libia in sei settimane³⁵. Diversi Stati africani, come il Niger, la Nigeria o la Repubblica Democratica del Congo, hanno collaborato al ritorno di circa 5000 loro rispettivi connazionali bloccati in Libia. Questo processo è stato agevolato dalla *task force* internazionale, con finanziamenti provenienti dall'EUTF³⁶.

Dopo questi ritorni di emergenza dalla Libia, l'Oim ha continuato a effettuare ritorni dall'Africa settentrionale e occidentale, principalmente da Libia e Niger, ma anche dal Mali in misura considerevole. Ad esempio, per limitarsi al Niger e alla Libia, nel periodo marzo 2017 - novembre 2019 l'Oim ha provveduto al ritorno di oltre 40.000 migranti in totale³⁷.

Questo "cambio di scala" nei ritorni ha avuto un impatto sulla capacità dell'Oim di implementare i

programmi di assistenza al reinserimento previsti in bilancio dall'iniziativa congiunta Ue-Oim. In Mali, l'Oim ha assistito 10.000 ritornati tra maggio 2017 e gennaio 2019, pur potendo – secondo le sue stime – offrire supporto solo a circa 1000 individui (il 10% dei ritornati)³⁸. A gennaio del 2019 si è pianificata un'assistenza supplementare per altre 2000 persone ritornate. Tuttavia, poiché l'Oim è stata in grado di contattare 4000 ritornati su 10.000, è improbabile che la percentuale di persone aventi accesso all'assistenza al reinserimento dopo il ritorno sia fortemente aumentata da allora³⁹. In Nigeria la percentuale risulta più alta, pur restando relativamente contenuta. Nel periodo intercorso tra maggio 2017 e febbraio 2019, l'Ufficio nigeriano dell'Oim ha dichiarato di avere accolto circa 12.000 persone dalla Libia (l'89%) e, in misura minore, da Mali, Marocco, Niger e Paesi europei (11% nell'insieme). Su 12.000 ritornati, 9000 erano raggiungibili dopo il ritorno, 5000 hanno beneficiato di una formazione professionale e 4300 hanno ricevuto un aiuto al reinserimento individuale o collettivo sotto forma di beni materiali destinati ad avviare un'attività d'impresa. Se nel "supporto" al reinserimento si include anche l'accesso ai servizi medico-sanitari, l'Ufficio nigeriano dell'Oim ha assistito 7000 ritornati dei 12.000 accolti (il 58%)⁴⁰.

3. Concettualizzare la protezione prima, durante e dopo il ritorno

Attualmente, le responsabilità connesse alla protezione successiva al ritorno sono filtrate attraverso la lente di una letteratura in tema di ritorno e reinserimento largamente sviluppata in relazione ai programmi operativi di ritorno volontario e nel contesto

33. Vds. D. Toukara, *La gestion des migrations de retour, un paramètre négligé de la grille d'analyse de la crise Malienne*, in *Politique africaine*, vol. 130, n. 2/2013, p. 53.

34. Attualmente l'Oim è impegnata nella creazione di un meccanismo di finanziamento globale degli AVR, che consentirebbe di implementare le operazioni di ritorno sulla base di una valutazione dei bisogni dei migranti. Il modello di finanziamento dell'Oim implica che le priorità del donatore possono avere un impatto importante sulla definizione dei gruppi *target* destinatari delle operazioni. Vds. anche R. Patz e S. Thorvaldsdottir, *Drivers of Expenditure Allocation in the IOM*, op. cit.

35. Oim, *Voluntary Humanitarian Returns from Libya Continue as Reintegration Efforts Step up*, 13 marzo 2018, www.iom.int/news/voluntary-humanitarian-returns-libya-continue-reintegration-efforts-step.

36. Sui donatori dell'EUTF, *cf.* il riquadro di testo relativo.

37. <https://migrationjointinitiative.org/>.

38. Il Ministero dei cittadini maliani all'estero della Repubblica del Mali afferma che l'Oim ha fornito sostegno al reinserimento di 700 persone su 10.000. Il "buco" numerico è imputabile al fatto che l'Oim include nel conteggio del sostegno al reinserimento anche il supporto psicologico e il pagamento delle tasse scolastiche per i più giovani.

39. Di fronte all'Ue, l'Oim motiva un indice così basso sostenendo che il progetto iniziale prevedeva il sostegno al reinserimento solo per 1900 ritornati nell'arco di un triennio.

40. Nella descrizione iniziale del progetto, era previsto che Oim Nigeria avrebbe fornito supporto al reinserimento di 3800 ritornati in tre anni. Se l'Ue ha promesso ulteriori fondi all'Oim, il fattore frenante è dato dalla limitata capacità istituzionale di quest'ultima.

sistemico della *development cooperation*. L'assunto di fondo è che i migranti ritornati contribuiranno allo sviluppo della loro comunità di origine mediante l'impiego del proprio capitale umano, finanziario e sociale⁴¹. Gli studi accademici hanno ampliato tale assunto, aggiungendo la variabile del tipo di traiettoria di ritorno. A seconda che i ritorni siano volontari o che avvengano nella riluttanza, o sotto pressione, obbligo o coazione⁴², i loro potenziali effetti sullo sviluppo varieranno⁴³. Il contributo dei ritornati sarà maggiore nel caso di una scelta volontaria, ad esempio per ragioni di anzianità e futuro pensionamento, o dettata da motivi familiari di varia natura, oppure perché gli obiettivi che hanno spinto a emigrare sono stati raggiunti. Inversamente, il contributo allo sviluppo sarà più debole laddove i migranti abbiano semplicemente visto scadere un permesso di soggiorno, siano spinti dal Paese di destinazione a partire o effettivamente forzati ricorrendo alla carcerazione o ad altri mezzi coercitivi⁴⁴.

Se gli studiosi hanno esaminato in questi termini il potenziale e i limiti del contributo allo sviluppo da parte dei ritornati in funzione dei loro percorsi di ritorno, questo tipo di analisi si è concentrato sui ritorni effettivi, escludendo coloro verso cui sono state emesse decisioni di ritorno o che si trovano altrimenti sotto pressione per fare ritorno nel proprio Paese. Come già rilevato, gli Stati membri dell'Ue emettono decisioni di ritorno in numero molto maggiore di quanto possano effettivamente realizzare. Pertanto, le politiche di ritorno producono conseguenze anche sui migranti, non solo sui ritornati⁴⁵. Per coglierne l'intera dimensione, sarebbe quindi importante far rientrare nell'analisi anche l'impatto delle minacce e delle pressioni esercitate per ottenere i ritorni. Nel caso di migranti provenienti dallo Sri Lanka, Michael Collyer è stato in grado di dimostrare che la pressione finaliz-

zata al ritorno agisce da fattore negativo in rapporto agli effetti prodotti dalla migrazione sullo sviluppo⁴⁶. Sempre più pressati e persino costretti a ritornare da vari strumenti di *policy*, i migranti diventano vulnerabili e hanno un margine minore di manovra nelle loro strategie di sussistenza. Ciò incide, fra l'altro, sulla capacità di inviare denaro alle famiglie nei Paesi di origine.

La saggistica sull'assistenza al reinserimento si è inoltre occupata dei ritorni dai Paesi di destinazione a quelli di origine. L'attualità dei ritorni dall'Africa settentrionale e occidentale offre, però, ulteriori sfide per una lettura dell'impatto che le dinamiche post-ritorno possono avere sullo sviluppo di un Paese. Le operazioni di ritorno in Libia (e, in minor misura, in Niger) sono effettuate in un contesto di emergenza. I migranti in Libia si decidono a ritornare⁴⁷ non perché abbiano conseguito i loro obiettivi o ritengano di poterlo fare meglio nel Paese di origine, ma per evitare detenzioni e situazioni di abuso e sfruttamento pericolose per la loro stessa vita⁴⁸. In Niger, i migranti intervistati hanno acconsentito al ritorno dopo aver subito gravi violazioni di diritti umani e deportazioni potenzialmente mortali attraverso il deserto da parte delle autorità algerine. Alla luce delle peculiarità dei ritorni dalla Libia e dal Niger, il presente contributo mette in discussione i limiti di un inquadramento dei bisogni delle persone come "vulnerabilità", quando queste si trovino fuori dal territorio dei Paesi di cittadinanza, e come "questioni legate allo sviluppo" quando invece risiedano entro i loro confini.

Il successivo paragrafo esplora in dettaglio il punto di vista dei diretti interessati sul *perché* e sul *come* siano pervenuti a rientrare dalla Libia e dal Niger nel proprio Paese di origine.

41. Per dar ragione della complessità delle connessioni tra ritorno e sviluppo, ora l'Oim cerca di affrontare quegli aspetti comunitari e strutturali che, nei Paesi di origine, potrebbero facilitare la sostenibilità dell'assistenza al reinserimento.

42. K. Newland e B. Salant, *Balancing Acts: Policy Frameworks for Migrant Return and Reintegration*, Migration Policy Institute, *Policy brief* n. 6, ottobre 2018, p. 4 (www.migrationpolicy.org/research/policy-frameworks-migrant-return-and-reintegration).

43. J.P. Cassarino, *Return migration and development: the significance of migration cycles*, in A. Triandafyllidou (a cura di), *The Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, Routledge, New York, 2016, p. 220.

44. Oim, *Implementing ACP-EU Cooperation on Migration and Development. A collection of good practices and lessons learned from the ACP-EU Migration Action*, 2019, https://acpeumigrationaction.iom.int/sites/default/files/acp_eu_migration_action_final_publication_web_small_final.pdf

45. N.P. De Genova, *Migrant "illegality" and deportability in everyday life*, in *Annual Review of Anthropology*, vol. 31, 2002, pp. 419-447.

46. M. Collyer, *Paying to Go: Deportability as Development*, in S. Khosravi (a cura di), *After Deportation: Ethnographic Perspectives*, Palgrave Macmillan, Londra, 2018, pp. 105-125.

47. L'Oim ha informato l'autore della ricerca che non solo i migranti hanno il diritto di rifiutare il ritorno, ma che l'hanno anche esercitato in diverse occasioni.

48. Vds. anche la definizione di «ritorni volontari» contenuta nel *Report* del 4 maggio 2018, citato alla nota 20.

4. Ritorni e cause profonde delle problematiche relative alla protezione dei migranti

Le interviste ai migranti ritornati nei Paesi di origine indicano che le operazioni di *pull-back* (“arretramento”) sulla costa libica, le pratiche di detenzione perpetrate in Libia una volta a terra e le espulsioni dall’Algeria verso il Niger giocano un ruolo-chiave nella produzione del contesto in cui i migranti giungono ad accettare il ritorno gestito dall’Oim. Le operazioni di ritorno offrono vie di fuga da situazioni di afflizione, ma non ne affrontano le cause. In base ai principi del diritto umanitario, ogni intervento umanitario deve rendere possibile per i migranti l’esercizio di una scelta significativa, implicando un accesso incondizionato all’assistenza umanitaria e un approccio alla mobilità fondato sui diritti delle persone, come l’agevolazione della libertà di movimento regionale.

4.1. Cause delle problematiche relative alla protezione in Libia

In Libia l’Oim facilita l’ottenimento dei titoli di viaggio necessari al ritorno di migranti che si trovino in strutture di detenzione o aree urbane. Per la documentazione destinata ai migranti provenienti da Sudan, Sud Sudan, Darfur, Somalia, Eritrea, Etiopia, Siria, Palestina, Yemen e Iraq, è competente l’Unhcr⁴⁹.

Nonostante la situazione di emergenza in Libia, i migranti si sono lamentati di non aver potuto scegliere liberamente il proprio ritorno. In una discussione di gruppo, un migrante, parlando della sua esperienza, ha riferito di essere finito in un centro di detenzione libico dove la scelta gli è stata preclusa: «La seconda volta siamo stati fermati in mare. L’Oim ci ha assistiti (...). Non ci è stato permesso di lasciare il centro. Quando arriva l’Oim, ti dicono che se non farai ritorno a casa non lasci il centro». Un altro migrante maliano ritornato si è espresso così in proposito: «Non abbiamo avuto una vera scelta tra accettare

o meno il ritorno (...). L’Oim ti minaccia se dici che vuoi rimanere»⁵⁰. Nonostante la logica umanitaria che assiste le operazioni di ritorno dalla Libia, i migranti vivono l’intervento dell’Oim come un controllo della loro sfera di mobilità che incide sulla libertà di scegliere⁵¹.

Anche se le operazioni di ritorno possono salvare delle vite, le narrazioni dei migranti indicano che l’intervento dell’Oim in Libia riduce anche la loro autonomia decisionale. Parlando delle ragioni e delle modalità di questi ritorni, i migranti hanno spesso messo a confronto il loro rispettivo margine di scelta in strutture di detenzione ufficiali gestite da agenti governativi libici o in luoghi di detenzione informali gestiti da milizie o bande armate. Un giovane nigeriano ha spiegato di aver provato a non tornare in un centro ufficiale di detenzione: «Non ho deciso io di tornare nel centro; non c’era contrattazione (...). Molti di noi hanno chiesto la liberazione dietro il pagamento di una somma, ma loro rifiutano. Dicono che su questo non c’è contrattazione. Chiunque finisca nel centro è sotto custodia dell’Oim e sarà fatto rientrare nel proprio Paese – non si fanno eccezioni. È così che siamo tornati a casa».

Al contrario, un migrante maliano di nome Philibert è stato in grado di riscattarsi dalla sua condizione di detenzione. Nel suo racconto, il denaro destinato al cugino sarebbe arrivato il giorno successivo, ma una persona che indossava una divisa dell’Oim è giunta sul posto, e il cugino di Philibert ha commentato: «L’Oim ha pagato per liberarci [da un centro di detenzione ufficialmente non riconosciuto] e ci ha trasferiti in un secondo centro di detenzione, dove siamo stati trattenuti un altro mese (...). Non ci hanno domandato se vogliamo rimanere o tornare a casa. L’uomo non ci ha parlato. Farà come vorrà». Stando alla *policy* dell’Oim, l’Organizzazione non ha responsabilità per (né effettua) i trasferimenti di persone in centri di detenzione. Tuttavia, in questa testimonianza, l’intervento dell’Oim non è percepito come migliorativo del personale percorso migratorio in Libia.

49. Per un confronto giornalistico sul lavoro dell’Unhcr in Libia, cfr. il seguente *link*: www.euronews.com/2019/10/02/unhcr-in-libya-part-1-from-standing-withrefugees-to-standing-withstates.

50. Dal punto di vista di un detenuto, effettuare e mantenere ferma la distinzione tra il personale dell’Oim e quello impiegato dalle autorità libiche può risultare difficile.

51. Senza specificare l’identità dei diversi tipi di attori in Libia, lo stesso migrante maliano ha aggiunto che «quando eravamo sulla strada verso l’aeroporto, ci hanno colpiti con le loro armi». La *policy* dell’Oim vieta al proprio personale il porto e l’utilizzo di armi, nonché l’uso della forza sui migranti nelle fasi di imbarco aereo. Altri migranti, dopo il ritorno, hanno detto di avere tentato senza successo la fuga dall’aeroporto – «Ci tenevano sotto stretto controllo».

All’interno dei centri di detenzione libici, è arduo per i migranti fare la differenza tra *staff* dell’Oim e pubblica autorità. Spesso i detenuti identificano organizzazioni e agenzie in base al *logo* stampato sull’uniforme del personale che lavora in un centro detentivo o che vi si trova in visita. Nel contesto libico non è difficile scambiare o acquistare le uniformi di agenzie od organizzazioni che non hanno mai assunto chi le indossa. Benché da questa intervista non sia possibile trarre conclusioni sulle pratiche effettivamente adottate sul campo, i dati della ricerca dimostrano come i migranti percepiscano e, di fatto, sperimentino una mancanza di scelta.

4.2. [segue] ... e in Niger

Molti dei migranti che accettano il ritorno dal Niger sono stati precedentemente espulsi dall'Algeria nella striscia desertica al confine con il Niger. Con la sua presenza ad Assamaka, l'insediamento più vicino al confine tra i due Stati, nel 2018 l'Oim è stata innanzitutto capace di fornire assistenza umanitaria a 11.606 migranti espulsi dall'Algeria⁵². I migranti camminano per 12 km verso il confine o sono soccorsi dall'Oim. A prescindere dalla nazionalità, tutti hanno accesso ad acqua e cibo una volta arrivati ad Assamaka. Sempre nello stesso anno, l'Oim ha prestato assistenza umanitaria a 1479 migranti in difficoltà su altre rotte o al confine con la Libia⁵³. Degli 11.606 migranti soccorsi dopo il pericoloso tragitto a piedi nel deserto algerino, 8832 hanno accettato la successiva trasferta da parte dell'Oim nei centri di transito presenti in Niger.

Le interviste ai ritornati mostrano come i rischi ai quali sono esposti i migranti nel corso delle espulsioni dall'Algeria al Niger occupino un posto centrale nell'accettazione, da parte loro, dell'assistenza fornita dall'Oim e del successivo ritorno dal Niger nei Paesi di origine. In Libia, Boubacar aveva scelto con piena consapevolezza di non voler optare per un ritorno gestito dall'Oim. Nel 2012, lasciato il Mali all'età di 18 anni, era finito in Libia a causa di un blocco stradale in Marocco. Là è stato sequestrato e ha potuto liberarsi grazie al denaro spedito da un compagno di viaggio che era riuscito ad attraversare il Mediterraneo. Dopo la liberazione, ha rifiutato il ritorno dalla Libia in quanto si sarebbe presentato ai familiari a mani vuote. È invece andato in Algeria, per cercare di guadagnare i soldi necessari a una traversata via mare, ma qui è stato espulso verso il Niger e ha dovuto camminare 15 km nel deserto prima di essere soccorso da operatori dell'Oim⁵⁴. Solo dopo aver rischiato la vita durante quest'ultimo episodio, ha accettato il ritorno in Mali.

Se l'Oim scorta ad Assamaka i migranti espulsi nel deserto, offrendo loro l'accesso a un ricovero e,

successivamente, un servizio di trasporto fino alla città di Arlit, ciò è previsto alla sola condizione che i migranti accettino il ritorno nel proprio Paese di provenienza. I programmi dell'Oim non sono quindi progettati allo scopo di fornire servizi di accoglienza a tutti i migranti presenti in Niger, ma solo a quelli che accettino di avvalersi dell'opzione di "ritorno volontario". Per chi è espulso dall'Algeria, è possibile firmare in anticipo per un AVR (ritorno volontario assistito), in modo da beneficiare del trasporto e dell'assistenza ad Arlit, Agadez o Niamey e, in un secondo tempo, rinunciare ai programmi di ritorno lasciando i centri di transito.

La presenza dell'Oim al confine tra Niger e Algeria traduce un delicato equilibrio tra diverse funzioni. Nell'avamposto di Assamaka, lo *staff* nigerino dell'Oim applica il modello umanitario fornendo accesso incondizionato a cibo, acqua e assistenza medico-sanitaria per una media di 24 ore dal soccorso. In questo lasso di tempo, l'Oim organizza il servizio di trasporto dal posto di confine ad Arlit, Agadez o Niamey. Per l'accesso al trasporto e agli spazi abitativi di permanenza, tuttavia, l'Oim segue logiche gestionali, in base alle quali solo i migranti che accettano il ritorno faranno parte del gruppo *target* cui è destinata l'attività umanitaria dell'Organizzazione.

Sebbene nella pratica possano esservi (e, di fatto, vi siano) delle eccezioni, in linea di principio l'Oim offre un servizio di trasporto da Assamaka ad Arlit solo a chi rientri in tale categoria⁵⁵. L'accesso a una sistemazione abitativa ad Arlit richiede, pertanto, il consenso dell'interessato a collaborare ai preparativi per il ritorno. Coloro che rifiutano potranno tentare un rientro in Algeria ricorrendo alla rete di trasportatori dei villaggi vicini⁵⁶. Altri viaggiano prima fino ad Arlit, dove possono ottenere trasferimenti in denaro da parte di familiari, per poi riprendere la strada per l'Algeria o per altra destinazione.

Dopo ogni nuova espulsione dall'Algeria, il personale di "Oim Niger" aumenta il livello di sensibilizzazione tra gli espulsi riguardo alla possibilità di registrarsi in vista di un ritorno volontario assistito. I

52. Nel 2018, nell'area di Assamaka, sono stati segnalati 15.663 migranti in situazione di difficoltà, 11.606 sono stati soccorsi e 11.061 hanno raggiunto il centro di transito dell'Oim (fonte: Oim Niger, «Search and Rescue Operations», dicembre 2018).

53. In Niger l'Oim effettua quelle che chiama operazioni di ricerca e soccorso "proattive" e "reattive". Le prime sono state contenute nel numero e riguardano principalmente migranti bloccati ad Agadez, Arlit e Dirkou. Le operazioni reattive si svolgono ad Assamaka, al confine con l'Algeria, e interessano essenzialmente i migranti che sono stati forzatamente deportati dalle autorità algerine nell'area desertica prossima al confine con il Niger.

54. In alcuni casi, anche i migranti che non si trovano in stato di detenzione si rivolgono direttamente all'Oim per poter accedere a un programma di ritorno.

55. Oim Niger, «Search and Rescue Operations», dicembre 2018.

56. Per una modifica della normativa intervenuta nel 2015, in Niger, al di fuori di una prospettiva di ritorno o di reinsediamento, le ong possono fornire ai migranti l'accesso a un ricovero in misura solo molto parziale.

programmi di ritorno non costituiscono, tuttavia, un appropriato strumento di *policy* per tutti gli espulsi.

In primo luogo, dal dicembre 2018, le autorità algerine hanno iniziato a espellere in Niger, in casi isolati e in numero ridotto, cittadini yemeniti, siriani, palestinesi, bengalesi e tibetani⁵⁷, alcuni dei quali in possesso di certificati di riconoscimento dello *status* di rifugiato (*refugee cards*) emessi dall'autorità algerina. Alcuni di questi rifugiati espulsi sono stati indirizzati all'Unhcr in Niger, mentre altri hanno pagato dei trafficanti per rientrare in Algeria.

In secondo luogo, i cittadini degli Stati membri dell'ECOWAS (Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale) hanno effettivamente diritto a circolare liberamente nei Paesi corrispondenti e possono quindi, nel caso degli espulsi presenti in territorio nigerino, esercitare tale diritto. Mentre l'Oim ha predisposto sistemi di rinvio che consentono ai migranti con speciali necessità di essere indirizzati ai soggetti competenti, come il Governo nigerino o le ong che collaborano con l'Unhcr⁵⁸, l'assistenza offerta nella zona di confine si concentra, peraltro, sui ritorni piuttosto che sui diritti delle persone. I migranti espulsi dall'Algeria non ricevono il supporto necessario a documentare le violazioni subite durante l'espulsione e a porvi rimedio. In concreto, i migranti che non intendono o non possono rientrare nel proprio Paese di origine ritornano in Algeria con i propri mezzi.

L'*advocacy* contro politiche e pratiche in grado di nuocere alle persone e lesive dei loro diritti è parte integrante delle responsabilità delle organizzazioni umanitarie. Secondo la logica umanitaria⁵⁹, le risorse destinate all'alloggio, al vitto e all'assistenza sanitaria dovrebbero essere impiegate a sostegno di chi ne ha più bisogno, non di chi accetta il ritorno. Quale attore di rilievo nella regione, il cui *budget* ha subito un rapido incremento nell'ultimo decennio, l'Oim ha una particolare responsabilità nel negoziare gli obiettivi dei programmi umanitari e la natura dei relativi gruppi *target* con i soggetti finanziatori in termini coerenti ai principi del diritto umanitario.

5. Ritorni e nuove problematiche relative alla protezione dopo l'arrivo

Dalle interviste ai migranti ritornati nel Paese di origine emerge come essi, anche a ritorno avvenuto, affrontino bisogni legati alla protezione. Il concetto

di "reinserimento" presuppone l'integrazione in un preesistente sistema sociale, politico ed economico. Dalla Libia e dal Niger, i migranti fanno ritorno in Paesi di origine che, nondimeno, sono strutturalmente deboli. Un approccio olistico alle dinamiche post-ritorno investe anche in sistemi educativi e formativi, in meccanismi di sicurezza sociale, presta attenzione ai diritti delle vittime di tratta o di tortura e al rischio che i ritornati si trasformino in sfollati interni.

Nella fase anteriore al volo di ritorno, l'Oim opera secondo protocolli *standard* convenuti per valutare la vulnerabilità di una persona anche in rapporto al suo arrivo nel Paese di origine. Tali protocolli sono applicati con modalità specifiche per ciò che riguarda i ritorni dalla Libia. Riconoscendo il limitato margine di autonomia per i migranti in Libia, l'Oim classifica i ritorni assistiti da quel Paese come «ritorni volontari umanitari» (VHR), effettuando nella fase pre-partenza valutazioni più concise in tema di vulnerabilità. In seguito al ritorno, l'Oim cerca di rispondere ai bisogni più urgenti con progetti mirati al sostentamento, secondo un «approccio integrato al reinserimento». La protezione offerta dall'Oim si focalizza su preesistenti vulnerabilità connesse a caratteristiche specifiche dei ritornati, come il bisogno di tutela dei minori, delle donne in stato di gravidanza, delle vittime di tratta o di chi necessita di assistenza medico-sanitaria.

In Nigeria, ad esempio, quando i *charter* arrivano dalla Libia, Port Health e l'Agenzia nazionale per la gestione delle emergenze impiegano personale sanitario e due ambulanze che lavorano a fianco del personale dell'Oim per rispondere alle potenziali necessità dei ritornati. Nelle settimane e nei mesi successivi al ritorno, tuttavia, i migranti si trovano confrontati a nuovi problemi di protezione sociale, come i costi dell'assistenza sanitaria, le tasse scolastiche da pagare o anche il ritrovarsi senza una casa.

Mentre le procedure valutative per identificare le vulnerabilità sono state integrate dall'Oim a livello di *policy*, l'accesso a un supporto addizionale per rispondere ad altri bisogni – tra cui, appunto, l'assistenza sanitaria o le tasse scolastiche – si è rivelato finora difficoltoso nella pratica. I ritornati che chiedono di accedere a un'assistenza supplementare in ragione di vulnerabilità emerse in seguito al loro rientro dovranno essere in grado di stabilire un contatto con il personale dell'Oim. A causa del carico ingente di casi che l'Oim si trova attualmente a gestire, i ritornati intervistati hanno avuto grandi difficoltà a

57. L'Oim non effettua ritorni volontari in Siria e nello Yemen.

58. L'Unhcr non è direttamente presente nell'insediamento di confine.

59. Cfr. Aa.Vv., *The Sphere Handbook*, op. cit.

contattare telefonicamente gli operatori dell'Organizzazione⁶⁰, riferendo di "viaggi" reiterati agli uffici dell'Oim, dove aspettavano per ore⁶¹. Inoltre, la situazione economica dei ritornati è così precaria che non possono permettersi di sostenere i costi di trasporto, perciò finiscono per rinunciare a chiedere il sostegno.

Il monitoraggio proattivo dei casi di reinserimento da parte del personale Oim potrebbe offrire il potenziale per identificare le vulnerabilità e le esigenze di un'ulteriore assistenza, ma ad oggi è stato implementato in maniera marginale⁶², in parte perché risulta molto difficile per lo *staff* dell'Organizzazione mantenere un contatto stabile con i ritornati⁶³.

I ritorni possono alimentare criticità legate alla protezione nei Paesi di ritorno anche in altri modi.

In prima battuta, come sopra accennato, gli investimenti finanziari in aiuti al ritorno e al reinserimento sono stati decisi a scapito di altre opzioni politiche, come la creazione di rotte migratorie legali (a livello regionale) e sicure o i più tradizionali aiuti strutturali allo sviluppo. In assenza di solidi sistemi di sicurezza sociale previsti dagli Stati, ci si rivolge ai familiari che vivono all'estero per coprire i costi dell'assistenza sanitaria o il pagamento delle tasse e dei libri scolastici. Per fare un esempio, durante l'attesa del suo ritorno assistito dal Mali, una donna camerunese intervistata si preoccupava per i suoi figli e nipoti, che non potevano più andare a scuola da quando, dopo essere stata espulsa dall'Algeria, aveva smesso di inviare denaro alla famiglia.

Una *policy* capace di rispondere complessivamente alla mobilità in Africa settentrionale e occidentale necessita, pertanto, di considerare non solo i bisogni di protezione individuale dei ritornati, ma anche quelli

dei loro familiari che, nei Paesi di origine, potrebbero dipendere dal migrare dei primi e dalle rimesse connesse alla propria protezione sociale⁶⁴. Ciò implica che i decisori politici si impegnino a fondo sulla questione di quali siano gli effetti sullo sviluppo prodotti dalle rimesse al confronto di quelli derivanti dall'assistenza al reinserimento. La questione è cruciale, dato che l'iniziativa congiunta Ue-Oim è finanziata con i fondi allo sviluppo dell'EUTF⁶⁵. Pertanto, se l'assistenza al reinserimento non produce effetti positivi per lo sviluppo dei Paesi di origine, non dovrebbe essere finanziata attraverso l'aiuto pubblico allo sviluppo. Approcci alternativi al ritorno e al reinserimento "assistiti" sarebbero la creazione di rotte migratorie sicure e legali e programmi volti a regolamentare la migrazione da lavoro.

Le rimesse. Rappresentano il denaro o altri beni che i migranti inviano a familiari e amici nei Paesi di origine. Esse contribuiscono alla crescita economica e al miglioramento della qualità della vita nei Paesi in via di sviluppo, spesso in misura maggiore rispetto agli aiuti ufficiali allo sviluppo. Avendo la possibilità di accedere a percorsi di migrazione legali, i migranti potranno effettuare le rimesse più facilmente.

In secondo luogo, al loro arrivo i ritornati possono trovarsi con una rete di supporto sociale più debole di quella anteriore al loro iniziale progetto migratorio. Nell'assenza di un sistema di *welfare* strutturato, le reti familiari e sociali in genere costituiscono meccanismi informali essenziali per la protezione sociale.

60. Dall'inizio delle operazioni allo stadio attuale, la capacità di progettazione dell'Oim si è evoluta. Per esempio, l'Organizzazione ha iniziato ad assegnare telefoni cellulari e carte SIM all'arrivo, così da permettere al proprio *staff* di stabilire in modo proattivo un contatto con i ritornati. Quanto sopra riportato in dettaglio si riferisce alle esperienze dei ritornati all'inizio del 2019.

61. Oim Nigeria ha assunto iniziative per risolvere il problema, ad esempio offrendo una consulenza e una gestione dei casi a distanza, e accettando che i ritornati inviino la documentazione necessaria alla convalida del loro reinserimento via email. Nella nostra ricerca sul campo, non abbiamo incontrato ritornati che fossero a conoscenza o usufruissero di tali opportunità.

62. In coordinamento con il quartier generale dell'Oim a Ginevra, tra il 2017 e il 2018 sono stati sviluppati cinque tipi di sondaggi: monitoraggio del programma AVR e valutazione della soddisfazione dei suoi destinatari (0-1 mesi dall'arrivo); monitoraggio del programma di assistenza al reinserimento e soddisfazione degli assistiti (6-12 mesi dopo il ritorno); sostenibilità (12-18 mesi dopo il ritorno). Le valutazioni relative al sostegno al reinserimento sono attualmente in corso come attività interna a Oim Nigeria. Avrà importanza, allora, indicare se i risultati della valutazione saranno riferiti, per distinte coorti: a persone ritornate, a chi abbia ricevuto l'assistenza al reinserimento o alle persone con cui il personale dell'Oim è ancora in grado di stabilire un contatto. Il divario tra queste diverse coorti può essere rilevante.

63. La difficoltà per l'Oim a mantenere il contatto con i ritornati può essere illustrata dall'esempio che segue. Data una coorte di 12.000 ritornati, nel marzo 2019 Oim Nigeria è stata in grado di effettuare – impiegando tre membri del personale specializzato in attività di monitoraggio e valutazione (M&E) – il sondaggio relativo agli AVR su 228 persone ritornate. In una coorte di 1289 individui (su 12.000) nei confronti dei quali era stata completata l'assistenza al reinserimento, Oim Nigeria ha condotto sondaggi relativi a tale assistenza su 136 ritornati e sondaggi relativi alla sostenibilità su 19 ritornati.

64. Vds. S. Van Walsum e M.J. Alpes, *Transnational Households: Migrants and Care, at Home and Abroad*, in B. Anderson e I. Shutes (a cura di), *Migration and Care Labour: Theory, Policy and Politics*, Palgrave Macmillan, Londra, 2014, pp. 151-169.

65. Vds. T. Raty e R. Shilhav – Oxfam International, *The EU Trust Fund for Africa*, op. cit.; E. Kervyn e R. Shilhav – Oxfam International, *An Emergency for Whom?*, op. cit.

Nei Paesi di origine, le famiglie spesso vedono il ritorno come un progetto migratorio fallito, del quale i migranti sono comunque individualmente responsabili.

Per esempio, lo zio di Martha, cittadina nigeriana, non ha accettato il suo ritorno dalla Libia e le ha domandato in tono accusatorio: «Tua sorella è in Francia... Perché ti hanno espulsa [dalla Libia]?». La vergogna di avere lavorato nell'ambiente della prostituzione crea un ulteriore pregiudizio, che spinge le donne ritorniate a cercare residenza in altre città e luoghi per non subire lo stigma sociale, talvolta continuando a prostituirsi. Come Martha ha chiarito nella sua intervista, «In qualità di donna ritornata dalla Libia, se incontro un uomo non dovrei dirgli di essere stata in quel Paese, perché penserebbe che vi abbia esercitato la prostituzione».

L'Oim ha riconosciuto l'esistenza di tali dinamiche, iniziando a rispondere a livello progettuale e programmatico con attività di sensibilizzazione, ma i limiti strutturali dell'assistenza al reinserimento non hanno ricevuto la dovuta attenzione a livello di *policy*. Una risposta esauriente in termini di *policy* dovrà considerare che il "reinserimento" sarà, in molti casi, più difficile degli iniziali tentativi fatti per realizzare un progetto di vita nei Paesi di origine, rendendo le persone più inclini – anziché restie – a viaggiare fuori dal Paese dopo il ritorno.

In terzo luogo, i ritorni possono alimentare cicli di spostamento se le condizioni di sicurezza nei luoghi (o nelle regioni) di origine non sono favorevoli al ritorno. Nel quadro degli AVR, l'Oim prevede che i migranti siano indirizzati all'Unhcr se un Paese di origine non è considerato sicuro. Tale approccio denota solo il rispetto del principio di non-respingimento, lasciando a margine i diritti essenziali di natura sociale ed economica dei migranti⁶⁶. Esso, inoltre, si riferisce alla "sicurezza" su scala nazionale, tralasciando l'importanza delle variazioni possibili all'interno dei rispettivi Stati. In alcuni casi, i ritornati sono ex-sfollati interni (nel momento anteriore alla loro traiettoria migratoria), oppure rischiano di diventare tali dopo il ritorno. I nigeriani provenienti dal bacino del lago Ciad o i maliani delle regioni centrali e settentrionali, ad esempio, non saranno in grado di fare ritorno ai loro villaggi e città di origine se tuttora temono per la propria sicurezza.

Una risposta politica globale alla mobilità in Africa settentrionale e occidentale deve perciò affrontare l'esame di potenziali criticità inerenti alla protezione non solo in rapporto agli Stati, ma anche alle regioni e ai luoghi di origine.

6. Ritorni e meccanismi localmente validi ad assicurare protezione

Il presente paragrafo mostra le strategie adottate dagli stessi ritornati per soddisfare le proprie esigenze e aspirazioni. Scopo dell'analisi non è valutare progetti o programmi dell'Oim, ma ricondurre le pratiche e le esperienze dei migranti entro un più ampio contesto politico. Il raffronto tra l'utilizzo delle rimesse dei migranti e l'assistenza al reinserimento amplia il campo di analisi delle operazioni di ritorno come risposta funzionale alla protezione e sottolinea il bisogno di adottare approcci alla mobilità maggiormente centrati sui diritti. Nei prossimi studi dedicati al tema, sarebbe interessante capire non soltanto se i ritornati considerano e percepiscono positivamente l'assistenza al reinserimento, ma anche in che modo essi comparano e integrano tale supporto con le rimesse che i migranti inviano dai Paesi dell'Europa, dell'Africa o di altri continenti.

Per prima cosa, come emerge dalle loro narrazioni, le rimesse inviate dai familiari che vivono in Europa possono comunque formare la base della protezione sociale delle famiglie anche quando i ritornati riescano, al loro ritorno, a ottenere l'accesso a un'assistenza reintegrativa.

Così, benché l'Oim avesse equipaggiato Seydou con una motocicletta, le entrate giornaliere di cui disponeva non erano sufficienti a pagare la sua sistemazione (per non parlare di mantenere la sua famiglia nel villaggio di origine, con i relativi bisogni di assistenza sanitaria, le tasse scolastiche, etc.). Pur beneficiando dell'assistenza dell'Oim, Seydou ha continuato a domandare al fratello, residente in Francia, di pagare un intermediario per ottenere un visto per quel Paese. Mentre il fratello ha rifiutato di portarlo con sé, dopo una disputa ha accettato di inviare denaro a Seydou, in modo che potesse far fronte ai problemi familiari nel villaggio e così adempiere i suoi doveri di adulto responsabile. Le rimesse dalla Francia hanno permesso a Seydou di mantenere l'onore e la funzione sociale di "maschio adulto responsabile" sia nel luogo di residenza che nel villaggio di origine. Pertanto, e nonostante la motocicletta fornita dall'Oim, la migrazione transcontinentale è rimasta un fattore cruciale nella vita di Seydou.

I ritornati intervistati in questo studio erano, poi, più resilienti al rientro perché già abili ad acquistare appezzamenti di terreno, costruire abitazioni e sostenere i propri familiari con le rimesse effettuate

66. M.J. Alpes e I. Majcher, *Who can and cannot be sustainably reintegrated after return? Using post-return monitoring for protection and human right guarantees*, in *UNU-CRIS Policy brief Series* (Institute of Comparative Regional Integration Studies – Università delle Nazioni Unite), 2020, di prossima pubblicazione.

nel corso delle loro traiettorie migratorie, spesso in diversi Paesi dell’Africa occidentale. Contrariamente alle logiche di assistenza al reinserimento – tradottasi finora in corsi di formazione per acquisire competenza imprenditoriale o nell’apertura di piccoli esercizi commerciali – i migranti (principalmente in Algeria) hanno scelto di investire le loro rimesse anzitutto e principalmente nell’acquisto di un lotto di terreno nel Paese di origine, per potervi costruire una casa.

In soli sei mesi all’estero (nel caso specifico, in Algeria), Martha, cittadina camerunese – che abbiamo già citato –, è stata in grado di risparmiare abbastanza da permettere al fratello di acquistare un appezzamento di terra e edificare una casa per lei e per i suoi figli. In attesa del suo ritorno in Camerun, ha spiegato: «Posso ritornare in Camerun. Non sono in affitto, ho una casa. Posso sopravvivere (...). In sei mesi all’estero sono riuscita a realizzare una casa. Usciamo dal nostro Paese perché fuori siamo pagati meglio».

Sebbene l’assistenza sia sempre più orientata a provvedere a bisogni anche di tipo comunitario, un approccio al reinserimento basato su progetti non può ovviare alle disparità di reddito presenti nei Paesi di origine, di transito e di destinazione. Questi *gap*, nondimeno, sono una delle molteplici e complesse ragioni per cui la gente lascia il suo Paese per lavorare all’estero. Pertanto, l’uso dei fondi di aiuto allo sviluppo per l’assistenza al ritorno e al reinserimento deve essere esaminato e confrontato con i benefici che sullo sviluppo producono le rimesse.

Ancora, i migranti intervistati, se accettano i ritorni dalla Libia e dal Niger, lo fanno a causa delle inerenti situazioni di emergenza, ma continuano comunque a considerare la mobilità geografica come la chiave della loro mobilità sociale. La determinazione a non rinunciare alle aspirazioni correlate alla migrazione dopo il ritorno è emersa dal materiale delle interviste, ma è evidente nel numero degli intervistati che, in realtà, erano già ritornati e ri-emigrati varie volte in precedenza. Inoltre, è noto che ivoiriani e camerunensi sono soliti dichiararsi maliani per potersi sottrarre allo stato di detenzione in Libia. Ciò è dovuto a una più solida presenza, rispetto ad altre, dell’ambasciata del Mali, maggiormente capace di fornire documenti di viaggio ai detenuti. Il semplice trasferimento in un Paese di transito consente loro di evitare la vergogna e l’umiliazione davanti ai propri familiari nelle località di provenienza. Inoltre, ciò permette loro di emigrare nuovamente verso nord a un costo inferiore, perché non dovrebbero effettuare un ritorno completo a sud, negli effettivi Paesi di origine.

Nelle esperienze dei migranti ritornati, mobilità geografica e mobilità sociale continuano a essere connesse l’una all’altra. Una risposta che intenda ri-

spettare meccanismi di resilienza validi a livello locale dovrà, allora, lavorare per l’apertura di canali di mobilità sicuri e legali a livello regionale e non solo. Creando condizioni possibili per percorsi migratori (regionali) economicamente validi e fisicamente sicuri, mobilità e vulnerabilità potranno così affrancarsi l’una dall’altra.

7. Conclusioni e implicazioni di policy

Considerati isolatamente, i ritorni di emergenza rispondono a una preoccupazione di protezione individuale immediata. In Libia, accettare il ritorno consente ai migranti di abbandonare luoghi di detenzione orrendi e condizioni di elevato sfruttamento; in Niger, ciò permette l’accesso a un rifugio, al vitto, all’assistenza sanitaria, spesso dopo espulsioni illegali che mettono a repentaglio la vita umana.

Tuttavia, in un quadro più ampio e più a lungo termine, le politiche di ritorno non affrontano le cause profonde delle vulnerabilità sofferte dagli stessi migranti. Le interviste alle persone ritornate mostrano che le operazioni di *pull-back* sulla costa libica e le pratiche espulsive degli agenti algerini verso il Niger sono elementi-chiave per la creazione del contesto che vede i migranti spinti ad accettare i ritorni dell’Oim nei Paesi di origine.

Dopo il rientro, i ritornati continuano a fronteggiare esigenze di protezione, in particolare per quanto riguarda l’accesso ai servizi medico-sanitari o le spese per i servizi scolastici. Di fronte a sistemi di protezione assenti o comunque carenti, l’assistenza al reinserimento individuale potrà affrontare queste esigenze solo parzialmente. Come si evince dalle interviste, l’emancipazione socio-economica rimane fortemente legata alla mobilità geografica, anche dopo i primi ritorni. Di conseguenza, i ritornati seguono a nutrire ambizioni di mobilità e di protezione sociale mediante ripetuti tentativi di viaggio.

Le raccomandazioni di *policy* che seguono collegano gli approfondimenti appena svolti ai principi di protezione umanitaria: *i)* non nuocere (evitare e prevenire il danno alle persone); *ii)* rafforzare la capacità delle persone di rivendicare i propri diritti; *iii)* sostenere lo sviluppo di capacità di auto-protezione; *iv)* provvedere un’assistenza fondata sui bisogni.

1) Le problematiche inerenti alla protezione dei migranti in Africa settentrionale e occidentale non sono inevitabili, ma sono la conseguenza attiva di politiche specifiche.

- Le organizzazioni internazionali, l’Ue e il Governo del Niger dovrebbero ufficialmente assumere una posizione ferma contro le espulsioni dei cittadini

subsahariani dall'Algeria verso il Niger. Queste deportazioni costituiscono una violazione manifesta del diritto internazionale e rendono i migranti estremamente vulnerabili.

- L'Ue e i suoi Stati membri dovrebbero: interrompere il finanziamento della Guardia costiera libica e garantire invece operazioni proattive di ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale; stabilire meccanismi idonei a prevedere sbarchi e ricollocazioni; proteggere i diritti di migranti e rifugiati nella cooperazione in materia di migrazione con la Libia; impegnarsi in una globale condivisione delle responsabilità e nel facilitare la definizione di percorsi migratori regolari.

2) Alle problematiche che coinvolgono la protezione dei migranti in Africa settentrionale e occidentale si può far fronte rafforzando la capacità dei migranti di rivendicare i propri diritti.

- I programmi di ritorno dovrebbero prestare maggiore attenzione ai diritti degli sfollati interni, così come di chi ha subito la tratta o la tortura prima o durante i percorsi di migrazione. Le vittime di tratta o di tortura dovrebbero avere un significativo accesso a una procedura di asilo o a un meccanismo di ricollocazione in un Paese terzo quale alternativa al ritorno nel Paese di origine.

- Poiché il potenziale della migrazione in termini di sviluppo può essere ottimizzato legalizzando e rendendo sicure le rotte migratorie, gli Stati africani, e in particolare i membri dell'ECOWAS, dovrebbero difendere e sostenere lo sviluppo regionale e la libertà di movimento, in linea con l'Agenda 2063 e il Protocollo ECOWAS sulla «Libera circolazione delle persone, il diritto alla residenza e allo stabilimento» del 1979.

3) I migranti in Africa settentrionale e occidentale e i cittadini nei Paesi di origine hanno i propri meccanismi di auto-protezione.

- I ritornati intervistati hanno faticato ad avviare progetti di vita sostenibili, pur avendo avuto accesso all'assistenza finalizzata al reinserimento, a causa dei costi sostenuti per le spese mediche e di istruzione nei Paesi di origine. Anziché investire su progetti imprenditoriali a base individuale o collettiva, o in campagne di sensibilizzazione sui rischi insiti nell'atto di emigrare, le risorse dell'EUTF potrebbero essere più fruttuosamente indirizzate verso un aiuto strutturale allo sviluppo che investa in sistemi di istruzione e di sicurezza sociale nei Paesi di origine.

- I ritornati intervistati erano più resilienti dopo il ritorno nei casi in cui fossero in grado di acquistare una porzione di terreno, costruirsi una casa o sostenere le famiglie con le rimesse provenienti dalla loro traiettoria migratoria. Pertanto, la loro capacità di avviare con successo nuovi progetti di vita nei Paesi di origine trae un beneficio dall'esistenza di vie libere e sicure per la migrazione regionale e internazionale.

4) È necessario che i finanziamenti destinati ai ritorni e all'assistenza al reinserimento siano basati sui bisogni delle persone e su prove empiriche.

- Gli attori umanitari (e i loro finanziatori) dovrebbero individuare i beneficiari dei loro programmi di intervento sulla base esclusiva dei bisogni umanitari riscontrati, evitando di adottare in materia di migrazione logiche gestionali. Solo una frazione minoritaria delle migrazioni africane ha come destinazione l'Europa e il contributo allo sviluppo da parte dei ritornati è più forte quando essi decidono volontariamente di fare ritorno in patria.

- I fondi destinati allo sviluppo dovrebbero essere utilizzati nei programmi di ritorno e reinserimento solo se è possibile stabilire un collegamento positivo e certo con lo sviluppo di un Paese o di una sua regione. Gli effetti sullo sviluppo prodotti dall'assistenza al reinserimento sociale devono essere comparati con l'impatto e i benefici prodotti dalle rimesse dei migranti.

Attori e sfide intorno all'asilo in Niger*

di Florence Boyer e Harouna Mounkaila

Il saggio ripercorre le tappe principali che hanno concorso a rendere il Niger un Paese-chiave nell'attuazione della politica europea di controllo delle frontiere e per la creazione di uno spazio di asilo a sud del Mediterraneo. Nel caso di Agadez, storico crocevia di migrazioni e *fieldwork* della ricerca, il ruolo assunto dalle organizzazioni internazionali si confronta, non senza tensioni, con le istanze della comunità e degli attori politici locali. L'asilo legale e l'accoglienza umanitaria destinati alle persone provenienti dalla Libia e dall'Algeria diventano, così, l'oggetto specifico di una negoziazione a cui i diretti interessati non prendono parte.

1. Introduzione / 2. Quattro episodi convergenti verso una politica dell'asilo in Niger? / 3. Tensioni intorno all'accoglienza dei richiedenti asilo: il caso di Agadez / 4. Conclusioni

1. Introduzione

Al centro di un'area saheliana segnata dai conflitti, il Niger è diventato in qualche anno un luogo di accoglienza (e di partenza) per diverse migliaia di rifugiati e di sfollati interni. A febbraio 2020, secondo l'Unhcr, il Paese accoglie sul suo territorio 221.671 rifugiati, 196.717 sfollati interni, 29.882 rimpatriati¹ e 2680 richiedenti asilo². Questi ultimi sono stati ripartiti tra la capitale Niamey, la città di Agadez e la regione di Diffa, che accoglie soprattutto richiedenti ciadiani e camerunesi in fuga da Boko Haram ai quali, a differenza di chi proviene dalla Nigeria, non è riconosciuto *prima facie* lo status di rifugiato.

Il ruolo di luogo di accoglienza e asilo – che si consolida dal 2012 con l'inizio del conflitto in Mali e l'intensificarsi di quello intorno al Lago Ciad – si

sovrappone, nel caso del Niger, a quello di “Stato di transito” assunto a partire dagli anni novanta. Più specificamente, per meglio comprendere la politica in materia di asilo e il posto occupato dai richiedenti nel contesto nigerino, non si può prescindere dalla sua funzione di principale “canale” di passaggio per le migrazioni trans-mediterranee che originano dal Sahara centrale a partire dagli anni 2012-2013³.

Nel contesto della “crisi migratoria” in Europa e con la ridefinizione, dal 2015, del partenariato euro-africano, tale funzione ha contribuito a fare del Niger un collaboratore indispensabile nell'attuazione delle diverse politiche, sia migratorie che di asilo. Da questo punto di vista, occorrerà tener conto di due fasi distinte. La prima ha inizio nel 2015-2016 (all'indomani del Vertice di La Valletta) e contempla, da un lato, l'istituzione dell'EUTF⁴ – di cui il Niger è il

* Traduzione di Mosè Carrara Sutour.

1. Categoria adottata dall'Unhcr, il termine “rimpatriato” è qui riferito ai migranti nigerini insediati – alcuni di loro da lunga data – in Nigeria i quali, in fuga da Boko Haram, hanno fatto ritorno in Niger.

2. Vds. <https://data2.unhcr.org/fr/country/ner>.

3. J. Brachet, *Migrations transsahariennes. Vers un désert cosmopolite et morcelé (Niger)*, Éditions du Croquant, Parigi, 2009.

4. «Fondo fiduciario di emergenza dell'Ue per la stabilità e la lotta contro le cause profonde della migrazione irregolare e del fenomeno degli sfollati in Africa».

principale beneficiario – e, dall’altro, l’approvazione e applicazione della legge 2015-36 sul traffico illecito di migranti⁵. I diversi dispositivi e azioni previsti mirano ad aumentare il controllo delle frontiere, a criminalizzare il trasporto e l’alloggio prestati ai migranti che intendano oltrepassare in modo irregolare il confine settentrionale del Niger, il potenziamento dei «rimpatri volontari assistiti» promossi dall’Oim. Lo Stato nigerino, così come i suoi *partner* europei, si pone in una logica di blocco dei flussi migratori che attraversano il Paese in direzione della Libia e dell’Algeria. Se l’EUTF comprende un capitolo in materia di protezione, questo riguarda i progetti di assistenza umanitaria prestata ai rifugiati e agli sfollati interni nelle regioni di Tillabéri e Diffa.

La questione della protezione e dell’asilo in rapporto al fenomeno migratorio emerge, in territorio nigerino, nel settembre 2017. Da questo momento – che segna l’inizio della seconda fase –, i dispositivi di protezione internazionale non interessano più soltanto gli spazi di conflitto frontalieri, ma si estendono alla “popolazione migrante”, in base alla constatazione che una sua componente ricade nell’ambito della protezione internazionale e chi la rappresenta può acquisire lo *status* di rifugiato. L’estensione al Niger della politica dell’asilo è stata agevolata anche dal fatto che il Paese dispone, dal 1997, di una legge nazionale sul riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ancorché poco applicati dal momento della loro adozione⁶, si tratta di strumenti giuridici che offrono un supporto effettivo alla realizzazione di un’alternativa – qual è, appunto, la protezione internazionale – alla traversata del deserto e del Mediterraneo.

Quattro eventi in particolare hanno contribuito all’emergere di una politica dell’asilo rivolta ai migranti internazionali. Essi presentano diverse dimensioni: europea (apertura ai programmi di reinsediamento), internazionale (nuovi orientamenti della politica dell’Unhcr in Niger e Libia), relativa ai governi nazionali e alle opinioni pubbliche interne (ruolo dei *media* nella divulgazione delle condizioni di vita in Libia). Benché al principio relativamente indipendenti, i loro vari sviluppi sono confluiti, a un dato momento dell’autunno 2017, a corroborare l’esigenza di attuazione di quella politica in Niger, ampliandone l’entità funzionale di spazio di accoglienza.

Nostro obiettivo sarà, allora, mostrare come questo particolare spazio di accoglienza che tali eventi hanno contribuito a creare sia interrelato al fenomeno migratorio tanto sul piano dei dispositivi e delle politiche adottati quanto su quello dei percorsi individuali. A tal fine, ci si interrogherà su come la politica di asilo sia stata definita e messa in pratica dall’autunno 2017; in seguito, volgendo l’analisi a una situazione locale particolare (la città carovaniere di Agadez), mostreremo come il Niger si costruisca progressivamente come spazio di accoglienza possibile per persone richiedenti la protezione, colpite sia dalle politiche migratorie sia dall’insicurezza e dalle violenze subite nei Paesi di origine e/o in quelli di residenza in un momento anteriore al loro arrivo in Niger.

2. Quattro episodi convergenti verso una politica dell’asilo in Niger?

Nell’autunno 2017, quattro eventi contribuiscono alla definizione e alla costruzione di uno spazio di asilo rivolto ai migranti internazionali. In parte indipendenti, essi si sono – come già accennato – coniugati per rafforzare la posizione di ciascuno degli attori in gioco rispetto alla questione della protezione internazionale.

A fine agosto 2017, il Presidente francese annuncia l’apertura di 3.000 posti destinati al reinsediamento, 1500 per il Niger e 1500 per il Ciad:

«Innanzitutto, abbiamo messo agli atti (...) la possibilità di ottenere un trattamento umanitario all’altezza delle nostre esigenze e di identificare, nelle zone del Niger e del Ciad riconosciute come pienamente sicure e sotto la supervisione dell’Unhcr, coloro che hanno diritto all’asilo secondo le normative vigenti, così da garantire condizioni di sicurezza nel minor tempo possibile e riconoscere loro quel diritto avviando la procedura dal territorio africano. È un aspetto importante, perché evita a donne e uomini di correre rischi sconsiderati in zone di estremo pericolo quali sono, attualmente, una parte del deserto e il Mediterraneo (...). L’identificazione sarà effettuata sulla base delle liste fornite dall’Unhcr e delle cd. “liste chiuse”, vale a dire formate dai migranti fin d’ora identificati dall’Unhcr e che si trovano in queste due zone di passaggio»⁷.

5. Vds. F. Boyer e H. Mounkaila, *Européanisation des politiques migratoires au Sahel : le Niger dans l’imbroglio sécuritaire*, in E. Grégoire - J.-F. Kobiané - M.-F. Lange (a cura di), *L’État réhabilité en Afrique. Réinventer les politiques publiques à l’ère néolibérale*, Karthala, Parigi, 2018; F. Boyer, *Sécurité, développement, protection. Le triptyque de l’externalisation des politiques migratoires au Niger*, in *Hérodote*, vol. 172, n. 1/2019, pp. 169-189.

6. Con l’eccezione dell’accoglienza dei rifugiati ciadiani negli anni novanta.

7. Dichiarazione di Emmanuel Macron durante il mini-vertice euro-africano con i Capi di Stato e di governo, Parigi, 28 agosto 2017, www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-778-fr.pdf.

Pronunciate in occasione di un vertice euro-africano “ristretto”⁸ sulla crisi migratoria, le dichiarazioni di Macron si pongono in linea di continuità con diversi ambiti politici e operativi. Mentre, a fronte del rifiuto opposto dagli Stati, fallisce progressivamente la volontà dell’Ue di costituire degli *hotspot* nei Paesi di transito, questo discorso individua un’alternativa direttamente supportata dall’attività dell’Unhcr (comprese le “liste chiuse”), affidando contemporaneamente all’Ofpra («Ufficio francese per la protezione dei rifugiati e degli apolidi») il compito di identificare le persone provviste dei requisiti idonei a integrare tale *status* che si trovino in Niger o in Ciad. Un altro ambito riguarda il ruolo conferito al Niger di barriera alla rotta migratoria verso il Mediterraneo: come nel caso dell’EUTF, la stabilità del Paese è posta in primo piano per giustificare e legittimare l’identificazione dei richiedenti asilo. Infine, il carattere umanitario di questo tipo di procedura è invocato nella misura in cui permetterebbe alle persone di evitare i rischi insiti nell’atto di attraversare il deserto, la Libia e il Mediterraneo.

È quest’ultimo argomento a rappresentare il filo conduttore seguito dal programma dell’Unhcr sui cd. “flussi migratori misti”, definito nel marzo 2017 con la firma di un *Memorandum* di intesa tra l’Unhcr, l’Oim e il Governo nigerino. Mentre fino a quel momento si era concentrato sull’assistenza ai rifugiati e agli sfollati interni dalle aree di conflitto presenti ai confini del Niger, l’Unhcr estende ora il suo raggio di azione ai flussi migratori con l’apertura di un ufficio nella principale città di transito a nord del Paese, Agadez. Il *Memorandum* prevede un meccanismo di *referral* all’Unhcr delle persone che abbiano fatto richiesta di protezione, azionato sia dall’Oim (che gestisce centri di accoglienza ad Arlit, Dirkou, Agadez e Niamey) sia dalle autorità locali. In particolare, per quanto attiene alla formazione dei *dossier*, l’Unhcr si impegna ad assistere la «Commissione nazionale di eleggibilità» (CNE), che ha la piena responsabilità nella determinazione dello *status* di rifugiato. Pur se affrontata, la questione del reinsediamento resta una mera eventualità per i richiedenti asilo e i rifugiati, i quali di norma rimangono in territorio nigerino.

In continuità con i contenuti del *Memorandum*, nel maggio 2017 l’Unhcr apre l’ufficio di Agadez, che ha il compito di identificare, all’interno del flusso di migranti, i richiedenti la protezione internazionale e di supportare la loro domanda di asilo⁹. Durante il suo

atelier di pianificazione pluriennale tenutosi l’ottobre successivo a Niamey, l’Unhcr ha ribadito la necessità di identificare già in Niger i richiedenti protezione; vengono qui forniti dei dati numerici, mettendo in relazione le nazionalità che transitano per il Niger con quelle che ottengono l’asilo dopo l’arrivo in Europa. Inoltre, i posti garantiti dal Presidente francese per il reinsediamento sono richiamati sia a sostegno del tentativo di ottenere nuovi posti in altri Paesi, sia per sostenere la necessità del programma sui flussi migratori misti presso le autorità centrali e locali nigerine (in particolare nella regione di Agadez).

A novembre 2017, un fatto importante contribuisce tuttavia all’evoluzione di tale programma: la diffusione da parte della CNN di un video che mostra dei migranti ridotti in schiavitù e “venduti” in Libia¹⁰ suscita una forte reazione emotiva in Africa come in Europa. Benché le condizioni di vita e i trattamenti subiti in quel Paese siano tristemente noti e oggetto di denunce da parte di diverse organizzazioni, il filmato costituisce una svolta importante in Africa occidentale, in particolare a livello di opinione pubblica. Vengono organizzate manifestazioni davanti alle sedi delle ambasciate libiche di numerosi Paesi e sono avanzate richieste di rimpatrio dei propri cittadini fuoriusciti. Gli Stati che hanno ancora una sede diplomatica a Tripoli domandano ai loro connazionali di identificarsi e organizzano trasferimenti via aerea, con l’aiuto dell’Oim.

L’ultimo episodio corrisponde al Vertice di Abidjan tra Unione africana e Unione europea (29-30 novembre 2017). In via preliminare, il Presidente del Niger è fra i primi capi di Stato a condannare la «pratica ignobile» della vendita dei migranti come schiavi in Libia. È anche il primo ad appellarsi alla Corte penale internazionale perché si occupi di questo caso, chiedendo che il tema sia iscritto all’ordine del giorno dello stesso Vertice¹¹. Nonostante il comunicato finale del Vertice non comporti la minima modifica del partenariato euro-africano definito a La Valletta, quell’appuntamento ha costituito l’occasione per porre all’attenzione dell’opinione pubblica il problema del trattamento dei migranti in Libia, portando a una specifica dichiarazione sul punto. Questa, peraltro, ha un contenuto modesto, limitandosi a richiamare la necessità di una collaborazione con le autorità libiche nella lotta contro il traffico e la tratta di migranti, e semplicemente ricordando il dovere di assicurare il ritorno volontario dei migranti, di trovare soluzioni

8. Il vertice ha riunito i Presidenti di Ciad, Niger e Francia, i Capi di governo di Italia, Spagna e Germania, il Capo del Governo libico di unità nazionale e l’Alto rappresentante per gli affari esteri dell’Ue.

9. Cfr. <https://unhcrniger.tumblr.com/post/160297475724/le-hcr-ouvre-un-bureau-a-agadez-sur-la-route-des>.

10. Disponibile online: www.youtube.com/watch?v=z08zUFaF740.

11. Cfr. <https://nigerdiaspora.net/index.php/politique-niger/2668-le-president-du-niger-en-appelle-a-la-cpi-sur-les-migrants-reduits-a-l-esclavage-en-libye>.

durature per i rifugiati e di garantire l'accesso delle organizzazioni internazionali e dei consolati alle persone presenti sul territorio¹².

Se questi diversi momenti si collocano in successione cronologica (pur avendo l'Unhcr avviato il suo programma sui flussi misti e aperto la sede di Agadez dal mese di maggio), il loro reciproco articolarsi ha consentito un ampliamento della portata dei temi dell'asilo e della protezione nell'ambito della questione migratoria in Niger. Allo stesso tempo, richiamando con maggior forza le questioni legate al trattamento dei migranti in Libia e al reinsediamento, gli eventi di fine 2017 hanno aperto la strada al programma ETM (*Emergency Transit Mechanism*)¹³ di evacuazione verso il Niger delle persone bisognose di protezione internazionale che si trovano nelle carceri libiche, prima del loro reinsediamento in un Paese terzo. Parallelamente, il Governo nigerino, in accordo con l'Oim, ha avviato l'evacuazione dei propri cittadini dalla Libia su base volontaria: l'operazione ha coinvolto, all'inizio del 2018, quasi 4000 persone e i trasferimenti aerei sono avvenuti con una certa regolarità, a seconda delle richieste e dell'intensità dei combattimenti in Libia¹⁴.

In questa prospettiva, non solo il *Memorandum* firmato a marzo del 2017 – e rinnovato nel 2020 – trova piena applicazione, ma la questione dell'accoglienza e dell'asilo irrompe nel dibattito pubblico: mentre emerge un discorso nazionale sul Niger come spazio di accoglienza (ripreso da alcune organizzazioni internazionali, tra cui l'Unhcr), a livello locale le reazioni delle autorità e degli abitanti sono tra le più diverse, dipendendo altresì dal modo in cui i richiedenti asilo sono arrivati e dalla loro visibilità nello spazio pubblico.

3. Tensioni intorno all'accoglienza dei richiedenti asilo: il caso di Agadez

Come principale città di transito sulla rotta fra il Niger e la Libia, Agadez è stata oggetto di un'attenzione particolare durante l'avviamento del citato programma sulla migrazione "mista" da parte dell'Unhcr. Abbiamo scelto allora di concentrare l'attenzione sulle dinamiche che, in quel contesto specifico, ruotano intorno all'accoglienza dei richiedenti asilo.

Per diverse decadi, fino all'effettiva applicazione della legge 2015-36 relativa al traffico illecito di migranti a partire da fine settembre 2016, Agadez ha rappresentato un importante snodo migratorio per i cittadini dell'Africa centrale e occidentale che volessero raggiungere la Libia, l'Algeria e (alcuni di loro) l'Europa. Questo transito ha prodotto un'importante economia, sia per quanto riguarda i servizi di trasporto che la ricezione abitativa, o i settori informali come quello della vendita di alimenti, di occhiali, di recipienti – tutti beni indispensabili a una traversata del deserto¹⁵. Oltre ad aver portato all'arresto di un centinaio di persone e al sequestro di altrettanti veicoli, la legge 2015-36 e i relativi dispositivi di controllo hanno pesantemente colpito l'economia cittadina. Benché sia difficile misurare il calo dei flussi, diversi migranti continuano a passare per Agadez e a farvi sosta, ma nuove rotte e nuove modalità organizzate di trasporto hanno contribuito a rendere invisibile il transito, ormai illegale. Così, le difficoltà economiche che hanno coinvolto diversi attori (diretti e indiretti) della migrazione dalla fine del 2016 hanno provocato tensioni importanti, che i progetti di reinserimento non sono riusciti a sciogliere. La specifica vicenda di Agadez è significativa per comprendere la genesi localizzata delle problematiche inerenti alla protezione e all'asilo e il modo in cui gli attori hanno reagito all'arrivo di alcune migliaia di richiedenti protezione al volgere del 2017 e per tutto l'anno successivo.

Mentre si andava riducendo il suo tradizionale ruolo di crocevia, la contemporanea recrudescenza dei combattimenti nel sud della Libia e l'intensificarsi delle espulsioni dall'Algeria hanno contribuito a rendere Agadez un luogo di accoglienza per popolazioni migranti cacciate dai loro luoghi di insediamento o di transito. Se gran parte degli espulsi dall'Algeria riceve assistenza al centro di accoglienza e di transito dell'Oim per essere destinata al "*rimpatrio volontario assistito*" nel proprio Paese di origine, altri sono indirizzati all'Unhcr come soggetti bisognosi di protezione. Si tratta essenzialmente di persone provenienti dall'Africa centrale e occidentale, alcune delle quali sono già passate per la città nel viaggio di andata. Coloro che arrivano dalla Libia presentano un profilo originale nel contesto di Agadez. In effetti,

12. «They stressed the imperative need to improve the conditions of migrants and refugees in Libya and to undertake all necessary action to provide them with the appropriate assistance and to facilitate their voluntary repatriation to their countries of origin as well as durable solutions for refugees. In this regard, they stressed the need for all Libyan stakeholders to facilitate access by international organisations and by consular officials of countries of origin» (www.consilium.europa.eu/media/31871/33437-pr-libya20statement20283020nov2010.pdf).

13. Per un approfondimento sul programma ETM, cfr.: <https://unhcniger.tumblr.com>; www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/07/ASGI-Resettlement-ETM-FRANCAIS-.pdf; <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/74110.pdf>.

14. Cfr. <https://refugeesmigrants.un.org/fr/avec-laide-de-loim-le-niger-rapatrie-par-avion-ses-migrants-de-libye>.

15. H. Mounkaila, *Le passage des migrants à Niamey et à Agadez : une source d'économie informelle diversifiée entre conjonctures et permanences*, in A. Boureima e D. Lawali (a cura di), *Sahel entre crises et espoirs*, L'Harmattan, Parigi, 2014, pp. 321 ss.

all'inizio del 2018, più di 2000 persone in gran parte di nazionalità sudanese, ma anche etiopi ed eritrei, raggiungono la capitale regionale in fuga dal sud libico, informati sia dell'apertura di un ufficio dell'Unhcr in Niger che di una possibilità di ottenere asilo in quel Paese. A fine anno, Agadez conta 1647 richiedenti asilo, 163 dei quali sono minori non accompagnati.

L'arrivo di queste persone in un arco di tempo così ridotto obbliga le organizzazioni umanitarie, Unhcr in testa, a modificare la loro strategia, mentre al contempo prendono accordi con le autorità locali. Le abitazioni già affittate per alloggiare i richiedenti inviati dall'Oim o identificati nelle autostazioni si riempiono rapidamente, e i "sudanese"¹⁶ – come ormai vengono chiamati – si ritrovano in un primo tempo a dormire in strada, di fronte alla «Direction Régionale de l'État civil», l'ufficio pubblico incaricato del servizio di registrazione delle domande di asilo. In seguito è allestito un centro di prima accoglienza formato da grandi *hangar*, che permettono la separazione tra famiglie, uomini soli e minori non accompagnati. Ciononostante, molti di loro dormono ancora all'aperto di fronte al centro di accoglienza, e ricevono assistenza umanitaria (medico-sanitaria, vitto).

Le tensioni scaturite dall'arrivo dei richiedenti e l'accoglienza loro prestata sono rivelatrici di nodi irrisolti, sia nazionali che locali, legati alla questione dell'asilo e, più in generale, alla gestione delle migrazioni. A livello locale, le organizzazioni umanitarie si trovano a doversi confrontare con lamentele e solleciti relativi alla permanenza di queste persone e alle loro condizioni di vita. Diversi problemi si cristallizzano attorno alla presenza dei "sudanese": richieste di sanificazione per il raggruppamento di centinaia di individui, accuse di furto, di piccola delinquenza... In tale situazione, l'Unhcr e il Consiglio regionale di Agadez organizzano, nel luglio 2018, un «Forum regionale sullo spazio dell'asilo nel contesto della migrazione mista», con l'obiettivo di «sostenere la regione di Agadez allo scopo di trovare soluzioni durevoli ai problemi legati alla presenza di fuoriusciti sudanese e di altre nazionalità per rafforzare la coesistenza pacifica con la popolazione ospite»¹⁷.

Nell'introduzione al comunicato si riaffermano non soltanto il ruolo di Agadez quale crocevia di migrazioni e le perdite economiche connesse agli

eventi recenti, ma anche il rispetto dei principi della protezione e dell'asilo, con particolare riferimento alle condizioni di insicurezza vissute in Libia. Le raccomandazioni obbediscono alla stessa logica, oscillando tra aspetti strettamente legati al controllo migratorio e all'applicazione della legge 2015-36, e aspetti inerenti ai principi dell'asilo. Ad esempio, si chiede allo Stato nigerino di accelerare le procedure per la domanda di asilo, di rendere più efficiente la Commissione nazionale di eleggibilità così come di «adottare misure di clemenza nei confronti degli ex-prestatori di servizi atti a facilitare la migrazione irregolare attualmente in stato di detenzione e prevedere agili procedure per il recupero dei beni loro confiscati»¹⁸, o di impegnarsi a favorire la messa a disposizione dei «mezzi appropriati alla gestione della problematica della migrazione mista»¹⁹. Infine, tra le varie raccomandazioni formulate, troviamo anche l'auspicata delocalizzazione dei centri di accoglienza per i richiedenti protezione fuori dal perimetro urbano, in una struttura a ciò predisposta. Attivato nel settembre 2018 in una zona altamente periferica (a 15 km circa da Agadez), l'accampamento dà rifugio ai richiedenti "sudanese"; i cittadini di altra nazionalità e le persone in condizione di grave vulnerabilità restano alloggiati in centro città, nelle strutture abitative affittate dall'Unhcr.

Questa differenza di trattamento tra le nazionalità dei richiedenti asilo – per ragioni di coesistenza inter-comunitaria – è motivo di forti tensioni tra l'Unhcr, lo Stato nigerino e le collettività territoriali. Come si diceva, queste ultime hanno fatto pressione sulle autorità statali perché fossero accelerate le procedure di asilo. Ora, oltre alla scarsità del personale destinato all'attività di centralizzazione a Niamey di tali procedure (tramite la CNE)²⁰, lo Stato è reticente a consentire l'accesso al sistema di asilo ai cd. "sudanese". La principale ragione è l'addotto timore che fra loro vi siano ex-combattenti e/o persone che avrebbero intrapreso il viaggio esclusivamente per cercare l'oro nei pozzi illegali situati nel nord del Paese. Questa situazione perdura fino a metà del 2019, quando sono attivati i controlli di sicurezza, e viene consentito il deposito progressivo delle domande di asilo e l'accesso allo *status* di rifugiato per diverse centinaia di persone a partire dal gennaio 2020.

16. Il termine è qui posto fra virgolette in quanto designa i richiedenti asilo provenienti dalla Libia originari del Sudan, dell'Eritrea e dell'Etiopia. Ad Agadez, "sudanese" è una categoria genericamente estesa a tutti questi soggetti.

17. Comunicato finale del «Forum regionale sullo spazio dell'asilo nel contesto della migrazione mista», Agadez, 4 luglio 2018.

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. Fino al 2018, le domande di asilo si potevano presentare soltanto a Niamey. Il programma relativo ai flussi misti e l'arrivo dei "sudanese" ad Agadez hanno fatto sì che il deposito delle domande e la costituzione dei fascicoli – successivamente riuniti a Niamey – venissero effettuati localmente. Nel corso del 2019, una delle varie sessioni decentrate della CNE si è tenuta ad Agadez.

Un altro motivo di attrito è l'aumento del flusso migratorio in seguito sia alla posizione assunta dallo Stato nigerino dopo la diffusione del video della CNN e in occasione del Vertice di Abidjan, sia all'apertura di un ufficio dell'Unhcr ad Agadez. Se – fin dal settembre 2017 – un simile effetto era stato anticipato dall'Unhcr, esso è nuovamente sottolineato dal Consiglio regionale di Agadez: «Abbiamo un altro fenomeno, l'effetto “di attrazione” (*appel d'air*) provocato dallo Stato del Niger in concomitanza con le violazioni dei diritti umani in Libia. Il Niger ha accettato di accogliere tutti gli africani di ritorno, ed ecco che ci siamo trovati nel mezzo di quest'onda, con più di 2000 richiedenti – 1800 dei quali sudanesi – che si trovano nell'area di Agadez»²¹. Tali affermazioni possono leggersi sotto due diversi angoli di lettura: da un lato, i rappresentanti locali mettono in primo piano le scelte adottate dallo Stato centrale senza previa concertazione, pur essendo i primi interessati a quelle decisioni; dall'altro, l'espressione «tutti gli africani» può rinviare al fatto che la città ha visto arrivare non già una molteplicità di nazionalità, quanto piuttosto alcune nazionalità – sudanesi, etiopi, etc. – alle quali non era finora abituata, poiché il transito per Agadez riguardava per lo più cittadini dell'Africa occidentale, del Camerun, del Congo, del Centrafrica, e gli espulsi dall'Algeria.

È possibile, a questo punto, mettere in rapporto l'argomento del fattore di attrazione con quanto affermano in proposito gli stessi richiedenti e con i loro percorsi di arrivo. Le interviste realizzate nel luglio 2018 e nell'aprile 2019 con 22 richiedenti asilo provenienti dalla Libia fanno luce su diversi aspetti. Da una parte, la scelta di andare in Niger è avvenuta per costrizione, direttamente imputabile all'intensità degli scontri (a Sebha in particolare) o dovuta a forme di violenza più specifiche, come le prese in ostaggio o il lavoro forzato. D'altra parte, l'accesso all'informazione varia da persona a persona, a seconda delle condizioni di vita sperimentate in Libia e del proprio *entourage*. Alcuni sono stati informati attraverso i *media* abituali, in particolare la televisione, interpretando il programma di evacuazione ETM come l'avvio di un meccanismo di reinsediamento a partire dal Niger; altri sono stati consigliati dal loro *entourage* o, semplicemente, è giunta loro voce che – secondo i punti di vista: l'Unhcr o il Governo nigerino – stessero creando uno spazio di asilo in Niger. Infine, altri ancora sono arrivati semplicemente perché il Niger è il Paese più prossimo al sud della Libia, ritenendolo più stabile e sicuro del vicino Ciad. Così, benché l'informazione circolante sulle possibilità di asilo in

Niger, sulla presenza dell'Unhcr o sulle prospettive di reinsediamento abbia giocato un ruolo nel loro arrivo, resta difficile parlare di “fattore di attrazione”. In effetti, anche se a metà 2018 il numero dei richiedenti sudanesi ha superato le 2000 unità, si tratta di una cifra estremamente limitata se confrontata all'importanza di quella comunità in Libia²². D'altra parte, le difficoltà incontrate nel corso della procedura di richiesta di asilo, così come quelle relative alle condizioni di vita, hanno spinto un certo numero di loro a lasciare Agadez, essenzialmente per ripartire verso la Libia: se erano circa 2200 a metà 2018, oggi sono meno di 1500 a vivere nel capoluogo regionale.

L'analisi di queste partenze permette di portare la riflessione sull'accoglienza *dal punto di vista dei richiedenti asilo* e, eventualmente, su come essi riescano o meno a immaginare il loro futuro in Niger.

Senza ripercorrere in dettaglio gli *iter* migratori, occorre rilevare che molti di loro, all'inizio, si sono ritrovati in un campo per sfollati interni in Darfur o per rifugiati in Ciad. Si tratta di un aspetto rilevante nella misura in cui la partenza dai campi, dal punto di vista individuale o familiare, rimanda a una ricerca di autonomia e indipendenza – uscire dalla condizione di “umanitariamente assistito” – e/o di maggiore sicurezza. I più anziani, giunti in Libia prima della caduta di Gheddafi, hanno potuto acquisire quell'autonomia e vivere stabilmente nel Paese, fintanto che il conflitto non è esploso nel 2011. Quanto ai più giovani, sono partiti verso la Libia con l'intenzione di seguire le tracce dei primi, oppure con l'intento di raggiungere l'Europa attraversando il Mediterraneo. A prescindere da quando si sono stanziati e dalla durata della loro permanenza in terra libica, il tratto che li accomuna è l'essersi trovati ad affrontare molteplici forme di violenza nel corso degli ultimi anni: la stragrande maggioranza dei richiedenti incontrati è stata presa in ostaggio o ha conosciuto le carceri libiche e i lavori forzati, il che significa – in tutti i casi – avere subito torture fisiche e psicologiche. In un quadro simile, la partenza per il Niger è essenzialmente motivata dalla volontà di sottrarsi a queste violenze multiformi, oltre che dalla consapevolezza di poter ottenere la protezione internazionale e/o l'assistenza umanitaria. Nondimeno, arrivare e fermarsi ad Agadez per un tempo indefinito poiché legato all'incertezza dell'accesso allo *status* di rifugiato, e soprattutto vivere in un accampamento (il centro umanitario di accoglienza) situato all'esterno della città rappresenta, in qualche modo, una forma di ritorno al punto di partenza: dagli accampamenti in Darfur o in Ciad a quello di Agadez...

21. Colloquio presso il Consiglio regionale di Agadez, 18 aprile 2019.

22. O. Pliez (a cura di), *La nouvelle Libye. Sociétés, espaces et géopolitique au lendemain de l'embargo*, Karthala, Parigi, 2004, pp. 139-155.

“Ritornare in un campo” vuol dire ricadere nella logica dell’attesa e dell’incertezza: attesa dello *status* di rifugiato e di migliori condizioni di vita rispetto a una quotidianità che si costruisce all’insegna della dipendenza dall’aiuto umanitario. In questa prospettiva, l’Unhcr resta un attore centrale per i richiedenti, che nella sua operatività nutrono migliori aspettative rispetto alla capacità di intervento dello Stato nigerino, come mostra il resoconto di seguito riportato:

«Bachir è arrivato ad Agadez il 31 gennaio 2018. Da quando è qui, le cose vanno meglio. È sollevato, non è come a Tripoli. Qui non si sentono le armi. È sempre in pensiero per suo fratello maggiore e si prende cura della famiglia di lui. È stato ferito e porta i segni delle torture subite. Ora è nelle mani dell’APBE, dell’Unhcr e del COOPI²³. Non sa per quanti anni ci resterà, saranno loro a valutare e a decidere per lui e per la famiglia del fratello. Ha in mente di portare qui la sua compagna [che si trova in Darfur] non appena potrà abitarvi stabilmente (...). Se lo Stato del Niger rifiuterà di attribuirgli lo status di rifugiato, non vuole fare ritorno in Libia né in Sudan. La sola soluzione è l’Unhcr: accordandosi con loro, troverà un rimedio» (Bachir, nota di diario, Agadez, luglio 2018).

«Da quando è arrivato qui sono ben accolti, e perciò ringrazia le autorità, gli abitanti e il popolo nigerino per aiutarli nelle necessità della vita. Certo, giovane com’è, vuole continuare gli studi e lavorare, perché ha i genitori a cui pensare. Vuole andare avanti nella vita. Per parte sua, in Niger ha trovato pace e stabilità, che in Sudan e in Libia non ha mai conosciuto. Se istruzione e occupazione si trovano qui riunite come condizioni possibili, perché non rimanere? Ma tutto questo è nelle mani dell’APBE e dell’Unhcr. Se, per il rifiuto opposto dallo Stato che lo accoglie, non otterrà l’asilo, la questione torna nelle mani dell’Unhcr» (Hamani, nota di diario, Agadez, luglio 2018).

Questa posizione di attesa – portatrice di tensioni – verso lo *status* di rifugiato si accompagna a un’aspettativa nei confronti dell’Unhcr come soggetto capace di provvedere soluzioni umanitarie e di protezione, anche qualora lo Stato opponga il rifiuto alla domanda di asilo. I termini adottati dai richiedenti per designare l’Unhcr sono particolarmente indicativi: essi ripongono il proprio futuro «nelle mani dell’Unhcr», e molti di loro fanno uso dell’espressione «l’Unhcr è mio padre e mia madre», vale a dire: “colui/colei che deciderà del mio avvenire”. Il frequente ricorso alle figure genitoriali in riferimento all’Unhcr

traduce, da parte loro, una forma di dipendenza accettata all’interno di un sistema di relazioni dotato di una sua logica, in un tempo e un luogo particolari (Agadez). Tuttavia, ciò non significa che siano bendisposti verso qualunque decisione assunta nei loro confronti dall’Unhcr o dallo Stato nigerino. Come dimostrano i successivi ritorni in Libia o i tentativi di lavorare senza licenza nei pozzi auriferi, se si presenta l’opportunità o se la realtà quotidiana di Agadez non offre risposte soddisfacenti, è possibile optare per una nuova partenza. Parallelamente, se alcuni ambiscono a stabilirsi ad Agadez in maniera duratura, ciò non potrà avvenire che a una condizione: oltre all’accesso a una lingua che favorisca l’inter-comprensione, l’inserimento è legato alla possibilità di realizzare aspirazioni individuali, riprendere gli studi, avere un lavoro e migliorare il proprio tenore di vita. Altri, infine, aspirano al reinsediamento in un Paese terzo, un argomento che genera attriti con l’Unhcr: benché alcuni tra loro abbiano beneficiato di voli umanitari, questi richiedenti asilo non rientrano pienamente nella logica programmatica del reinsediamento, se non in casi speciali di particolare vulnerabilità (ad esempio, se si tratta di minori non accompagnati).

Pertanto, le questioni sorte dall’articolarsi non lineare tra logiche e dispositivi istituzionali ed aspirazioni individuali restano aperte, il che non sorprende troppo se si considera che sono i vari livelli politico-istituzionali (organizzazioni internazionali, Stati, collettività territoriali) a trovarsi in reciproca tensione. Per fare un esempio, alla fine del 2019 ad Agadez, dopo un mese di occupazione dello spazio antistante gli uffici dell’Unhcr da parte dei richiedenti asilo alloggiati nel centro di accoglienza, la polizia è intervenuta su sollecito delle autorità locali per ricondurre i manifestanti in quella struttura. Sono seguiti scontri e al campo è divampato il fuoco. 336 richiedenti, alcuni dei quali liberati in breve tempo, sono stati arrestati; 121 sono stati deferiti al Tribunale di Agadez e 111 condannati a pene detentive di una durata compresa tra 6 e 12 mesi, con sospensione condizionale della pena, per il fatto di essersi riuniti (senza armi) nella pubblica via e aver turbato l’ordine pubblico²⁴. L’episodio, una volta di più rivelatore di come le questioni dell’accoglienza e dell’attesa siano in grado di fomentare discordie, ha richiamato al dibattito pubblico la presenza dei “sudanesi” in Niger, contribuendo ad accelerare il deposito e l’esame delle domande di asilo.

23. APBE, «Action Pour le Bien-Être» (<https://apbe.org/qui-sommes-nous/>), è l’ong nigerina incaricata della gestione del Centro umanitario di Agadez; COOPI, «Cooperazione Internazionale» (www.coopi.org/it/cosa-facciamo.html), è una ong italiana attiva ad Agadez, responsabile per la destinazione delle abitazioni in affitto ai richiedenti asilo più vulnerabili e della realizzazione di attività di sostegno psico-sociale presso il Centro umanitario.

24. Cfr. www.alternativeniger.net/nigerjugement-des-demandeurs-dasile-a-agadez/.

Contrariamente a quanto avviene a Niamey, dove un *sit-in* di richiedenti asilo di fronte alla sede dell'Unhcr è in corso da diversi mesi, l'occupazione di Agadez ha suscitato forti contrasti, fino a sollecitare l'intervento della polizia. Queste reazioni ci dicono che l'accoglienza dei richiedenti, ancorché dichiarata e garantita dalle autorità locali e nazionali, dovrà però svolgersi in un quadro prestabilito: quello di un accampamento, anzitutto, e a distanza dal resto della popolazione. Tra le prerogative dello Stato, che detiene il potere di riconoscere il diritto di asilo, e l'assistenza umanitaria degli stessi richiedenti prestata dalle organizzazioni internazionali si crea una tensione significativa, in quanto scaturita da un contesto in cui la popolazione ospite rimane molto povera e dipende essa stessa da politiche di assistenza. Le aspettative dei richiedenti asilo si inseriscono nel mezzo di questi attriti, prendendo corpo in una dimensione quotidiana che ha nelle organizzazioni internazionali i loro principali interlocutori.

Se al 31 dicembre 2019 risultavano depositati 335 fascicoli, con un indice di accettazione dell'87%, l'accesso allo *status* di rifugiato non risolve comunque le situazioni personali e l'applicazione da parte dell'Unhcr di un approccio basato sul "caso per caso" (in funzione delle situazioni individuali) soggiace alla molteplicità delle variabili locali.

4. Conclusioni

Dalla macro-scala delle conferenze internazionali e delle dichiarazioni politiche a quella locale dell'effettiva accoglienza dei richiedenti asilo, i ruoli giocati dai diversi attori si costruiscono in funzione delle conflittualità legate alla negoziazione dell'ambito ope-

rativo di ciascuno. Mentre il clamore internazionale e nazionale hanno permesso di rafforzare il programma dell'Unhcr sui flussi di migrazione "mista" in Niger, la rotta migratoria che attraversa questo Paese si è progressivamente esaurita o ha preso strade e forme differenti. Il contesto dei Paesi limitrofi (Libia e Algeria), che ha provocato una mobilità in senso "discendente", ha portato ad ampliare la portata di questo programma, in particolare nella città di Agadez. L'accoglienza di oltre 1500 richiedenti asilo non solo ha contribuito a creare una forte pressione sul sistema di asilo nascente – nonostante la normativa datata –, ma ha fatto emergere la questione dell'accoglienza in un capoluogo regionale nel quale anche i servizi di base sono carenti.

A livello locale, si intrecciano le tensioni tra le aspirazioni dei richiedenti, le logiche umanitarie delle organizzazioni internazionali e, per le autorità politiche, il modo di guardare all'accoglienza, che diviene oggetto di "trattativa" con la popolazione che rappresentano. L'esempio dei "sudanesi" di Agadez è istruttivo al riguardo, nella misura in cui porta sia le autorità che le organizzazioni umanitarie a negoziare uno spazio di accoglienza in grado di soddisfare tutti, eccetto forse i richiedenti asilo. Di fatto, la costruzione di un accampamento alla periferia della città configura una messa a distanza e un'accoglienza necessariamente sottoposta a una condizione di invisibilità.

Malgrado queste tensioni a livello locale, il Niger è stato tuttavia capace di imporsi come spazio di accoglienza possibile, almeno sul piano internazionale, ancorché le condizioni di tale accoglienza si inscrivano in quell'orizzonte a breve termine che è proprio dell'ambito umanitario.

La frontiera marocchina: uno spazio-tempo liminale che si cristallizza*

di *Anaik Pian*

Alle frontiere dell'Europa esiste una vera e propria organizzazione sociale *ad hoc*: ne sono protagonisti i migranti subsahariani che, in Marocco, tentano con ogni mezzo di raggiungere la Spagna passando per le Canarie o le *enclave* di Ceuta e Melilla. Mentre l'esternalizzazione del controllo si inasprisce, le rotte migratorie si fanno via via più complesse e le connessioni più codificate. Il percorso di Cheikh è, al riguardo, emblematico.

Cheikh è arrivato in Marocco nei primi anni 2000. In Senegal viveva in una *banlieue* popolare di Dakar. Ogni giorno si recava in centro città, dove lavorava in un negozio di artigianato destinato a una clientela in prevalenza turistica. Sposato, era padre di una bambina di quattro anni quando ha preso la strada per la Libia. Allora i suoi piani erano piuttosto vaghi: partiva "all'avventura", come usano dire molti senegalesi¹, includendo nell'atto di migrare o, più esattamente, di partire per "*tentare altrove la fortuna*", una dimensione esistenziale assistita da aspettative di realizzazione personale ed emancipazione sociale che, pur non riducendosi a un progetto di natura economica, tuttavia non se ne affrancano interamente². Per raggiungere la Libia, Cheikh ha attraversato il Mali e il Burkina Faso, sostando a Bamako e, in seguito, a Ouagadougou, per poi arrivare in Niger. Dopo una sosta nella capitale Niamey, ha soggiornato diverse settimane ad Agadez, trovando

una sistemazione provvisoria presso la *dahira mouride*³ della città per il tempo necessario all'acquisto di un titolo di trasporto presso un'agenzia viaggi informale, che noleggia camion sovraccarichi specializzati nella traversata del deserto libico. È importante qui un richiamo alla legge nigerina promulgata sotto pressione europea una quindicina di anni più tardi (legge 26 maggio 2015, n. 36): relativa al «traffico illecito di migranti», prevede una condanna fino a 30 anni di reclusione per le attività di trasporto associate a qualunque ingresso o uscita illegale dal territorio dello Stato. Al Niger – che occupa un posto strategico nella lotta contro l'immigrazione illegale sostenuta dai Paesi europei – è stata attribuita, nell'estate 2018, una dotazione di 21 milioni di euro, anticipati e seguiti da altri aiuti finanziari sulla base di diversi accordi e "partenariati" aventi in comune il medesimo obiettivo: un maggiore controllo dei flussi migratori⁴.

* Traduzione di Mosè Carrara Sutour.

1. Come altri migranti dell'Africa occidentale, sovente si auto-definiscono "avventurieri", termine che ha un impiego durevole nelle migrazioni africane, peraltro variabile a seconda dei contesti e dei locutori.

2. In proposito, cfr. A. Pian, *Migrations internationales au prisme des rapports familiaux. Les familles sénégalaises à l'épreuve des refluxes des îles Canaries*, in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 27, n. 2/2011, pp. 77-100.

3. Il "muridismo" designa l'appartenenza alla confraternita musulmana dei Muridi – dall'arabo "*murīd*", "colui che aspira (alla conoscenza di Dio)" –, fondata alla fine del XIX secolo da Cheikh Amadou Bamba (noto anche come Serigne Touba), mentre il Senegal è soggetto al dominio coloniale. "*Dahira*", in estrema sintesi, indica un'associazione composta da *taalibé* (studenti muridi).

4. Per maggiori riferimenti, si veda ad esempio il *report* pubblicato, nel dicembre 2017, dall'associazione francese La Cimade, *Coopération UE-Afrique sur les migrations. Chronique d'un chantage. Décryptage des instruments financiers et politiques de l'Union européenne* (www.lacimade.org/publication/cooperation-ue-afrique-migrations-chronique-dun-chantage/).

Una volta giunto in Libia, rimanendo in una situazione di irregolarità⁵, Cheikh ha lavorato per tre anni nel settore edile a Sebha, a sud della Capitale, in condizioni molto gravose. Alla durezza del lavoro quotidiano e alla bassa retribuzione ricevuta, si aggiungeva il confronto al razzismo e alla xenofobia. È a quel punto che il suo progetto di andare in Europa si è concretamente definito: non, però, dalle coste libiche, le condizioni della traversata verso l'Italia sembrandogli troppo rischiose, bensì dal Marocco attraverso le *enclave* spagnole di Ceuta e Melilla, nel nord del Paese. Il periplo che lo ha portato in Marocco si è prolungato per diverse settimane. Da Ghadamès, nella Libia occidentale, Cheikh ha raggiunto la città algerina di Asmazou dopo varie ore di marcia condotta da accompagnatori tuareg, pagati per il servizio di guida su queste piste particolarmente difficili. Dopo due ulteriori scali, è arrivato a Maghnia, città dell'Algeria settentrionale alla frontiera con il Marocco, stando in uno dei "campi" informali di migranti allestiti nei pressi del confine. Qui ha progressivamente preso familiarità con le regole collettive seguite per le traversate verso l'Europa. In territorio marocchino ha infine raggiunto Oujda, poi Rabat dove, grazie ai contatti avuti a Maghnia, si è inserito in un residenza collettiva o "foyer" senegalese. Trascorso un anno, ha assunto la direzione di questo foyer e co-organizzato, in qualità di *thiaman*⁶, le traversate clandestine verso le Isole Canarie effettuate a partire dal Sahara marocchino. Inoltre, ha re-indirizzato dei migranti verso i campi spontanei di Gourougou e Bel Younes, siti in prossimità delle *enclave* di Melilla e di Ceuta.

Nel 2005 i tentativi di passaggio "in massa" attraverso le stesse *enclave* sono stati fortemente mediatizzati, sia per il numero di migranti coinvolti che per la fortissima repressione che ne è seguita⁷. Da allora, gli ingressi in Spagna passando per quel canale sono proseguiti con intensità variabile secondo

i periodi, il ri-orientamento delle rotte migratorie e la gestione politica dei flussi⁸. Nell'estate 2018, lo spettacolare scavalco del muro di Ceuta e Melilla passa di nuovo sotto i riflettori. Il 26 luglio, 600 migranti fanno ingresso a Ceuta dopo un assalto definito dalla stampa "particolarmente violento". Quasi un mese dopo, il 22 agosto, altri 116 migranti oltrepassano la barriera malgrado dispositivi di sicurezza sempre più sofisticati, in uso intorno alle due *enclave* a partire dalla fine degli anni novanta. Qualche giorno dopo, i migranti sono respinti in Marocco per la riattivazione di un accordo bilaterale tra le autorità spagnole e marocchine.

Contrariamente a quel che lascerebbero pensare le immagini normalmente diffuse, i tentativi di passaggio non sono privi di organizzazione e si inscrivono in un disegno molto preciso della vita alla frontiera, espresso in forma sia verbale che scritta⁹. Dal periodo a cavallo tra fine anni novanta e inizio anni 2000, i campi sorti nella foresta mediterranea di Gourougou e Bel Younes sono stati teatro di un'organizzazione sociale sempre più codificata. A Gourougou, la direzione è assunta da un "presidente" della (autonominitasi) "Unione africana", eletto per tre mesi all'interno del gruppo dei *thiamen* della foresta, di diverse nazionalità (vi sono, infatti, un *thiaman* congolese, uno maliano, uno senegalese, uno ivoriano, etc.). Gli accampamenti della foresta di Bel Younes sono, per parte loro, posti sotto l'autorità di un coordinatore che, proprio come il "presidente dell'Unione africana", supervisiona il collegamento tra i diversi gruppi o "reti" di migranti. Con l'appoggio di una simile organizzazione, i tentativi di passare il confine in direzione delle *enclave* spagnole – che possono svolgersi secondo diverse modalità – sono divenuti sempre più dettagliati e coordinati. Per esempio, certi migranti hanno il preciso "ruolo" di attirare l'attenzione delle forze dell'ordine per agevolare altri nel passaggio. Nei

5. Allora, prima della caduta del regime di Gheddafi, la legislazione libica in materia di immigrazione era relativamente limitata. Si riteneva "irregolare" chiunque non avesse fatto ingresso nel Paese per uno dei valichi di frontiera autorizzati e non fosse in grado di esibire i seguenti documenti validi: passaporto, certificato medico e contratto di lavoro. Cfr. D. Perrin, *Ballets diplomatiques et droit des étrangers en Libye*, in *Maghreb - Machrek*, n. 181/2004, pp. 10-23.

6. Derivato dall'inglese "chairman", "presidente", il termine è in uso tra i migranti per indicare chi, tra loro, si è reimpiegato nella gestione organizzata dei passaggi per l'Europa. Vds., specificamente, A. Pian, *Aux nouvelles frontières de l'Europe. L'aventure incertaine des Sénégalais au Maroc*, La Dispute, Parigi, 2009.

7. Cfr. La Cimade e Associazione degli amici e familiari delle vittime dell'immigrazione clandestina (AFVIC), *Refoulements et expulsions massives des migrants et demandeurs d'asile : récit d'une mission de l'AFVIC et de La Cimade*, 11 ottobre 2005 (https://algeria-watch.org/pdf/pdf_fr/afvic_cimade121005.pdf).

8. Per uno sguardo più approfondito, si vedano tra gli altri: Y. Bouagga e C. Barré (a cura di), *De Lesbos à Calais : comment l'Europe fabrique des camps*, Le passager clandestin, Neuvy en Champagne, 2017; C. Kobelinski e S. Le Courant (a cura di), *La mort aux frontières de l'Europe : retrouver, identifier, commémorer*, Le passager clandestin, Neuvy en Champagne, 2017. Cfr. altresì C. Kobelinsky, *Exister au risque de disparaître. Récits sur la mort pendant la traversée vers l'Europe*, in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 33, n. 2-3/2017, pp. 115-131.

9. Cfr. A. Pian, *Aux nouvelles frontières de l'Europe*, op. cit.

primi anni 2000, è stato attivato un dispositivo denominato “caschi blu”. Formata da migranti di varie nazionalità accampati nella macchia, questa organizzazione, che per mimesi si rifà alla funzione assunta dalla nota forza intergovernativa, rispondeva a un duplice obiettivo: da un lato, pacificare i rapporti fra migranti ed evitare il degenerare delle liti; dall’altro, scortare i “convogli”¹⁰ che partono verso la frontiera¹¹.

Strutturando le reti migratorie e inquadrando la vita quotidiana di questi spazi “al margine”, tali forme di creazione istituzionale *ad hoc* costituiscono ancor oggi un’opportunità per “fare carriera” nell’economia delle migrazioni, sebbene oltrepassare i confini con l’Europa diventi in misura crescente un atto incerto e rischioso. Così è stato per Cheikh che, prima di partire per la Spagna a metà degli anni 2000, ha assunto la direzione di un *foyer* a Rabat, nel quartiere popolare di Takadoum. Quelli che i migranti chiamano “*foyer*” sono case a più piani, affittate a basso costo a cittadini marocchini, che albergano i candidati all’emigrazione verso l’Europa. Per risiedervi, i nuovi arrivati devono pagare un “diritto di ingresso”, al quale va aggiunto il prezzo della traversata, fissato agli inizi del decennio a un migliaio di euro. Ora, con il progressivo inasprirsi della lotta contro l’immigrazione irregolare sotto pressione europea, i *thiamen* hanno iniziato a gestire a distanza i *foyer*, abitando in quartieri residenziali più quotati, ma anche meno soggetti ai controlli della polizia¹². Essi hanno, ciononostante, continuato a rivestire un duplice ruolo. Da una parte sovrintendono, tramite la delega a un capo-*foyer*, all’organizzazione della vita quotidiana della residenza collettiva, essendo quest’ultima strutturata sulla ripartizione dei compiti (pulizia e riordino degli spazi comuni, approvvigionamento) e delle funzioni (cassiere, polizia di sorveglianza, etc.); dall’altra, si fanno carico dell’organizzazione dei passaggi, lavorando in stretta cooperazione con i *connexion men*: incaricati di “connettere” le reti fra loro, questi migranti – anch’essi riconvertiti nell’ambito dell’organizzazione

della migrazione – hanno la funzione di stabilire un partenariato con attori sociali marocchini¹³, che negoziano con le autorità il passaggio dei confini.

Parallelamente, in funzione delle reti migratorie, è stato progressivamente istituito un insieme di regole allo scopo di limitare, o quantomeno disciplinare, il ruolo dei *thiamen*. Nei *foyer* senegalesi, ad esempio, stando al regolamento definito nei primi anni 2000, il prezzo del passaggio per la rotta marittima comprendeva tre tentativi. A un primo sguardo, tale modalità potrebbe apparire favorevole ai migranti, aumentando la loro possibilità di effettivo superamento della frontiera. Nondimeno, nella misura in cui questa “norma” poteva comportare una diminuzione del tornaconto personale per i *thiamen*, obbligati a far partire più volte una stessa persona, essa poteva dar luogo a svariati abusi, pregiudizievole per chiunque tentasse di varcare il confine. Così, di fronte all’impazienza dei loro passeggeri che reclamavano la loro seconda o terza partenza, alcuni *thiamen* potevano decidere di far partire un convoglio pur sapendo che non avrebbe avuto speranze di riuscita.

La direzione dei *foyer* senegalesi si è, peraltro, rapidamente organizzata secondo un sistema a rotazione. Nello stesso periodo di riferimento, considerando un certo numero di passeggeri “consegnati” al *connexion man* e di successi ottenuti dai diversi convogli da lui organizzati, il *thiaman* era obbligato a cedere il suo posto. In ogni caso, avrebbe potuto fondare un nuovo *foyer* senza essere più soggetto, in qualità di fondatore, al sistema rotatorio – con la precisazione che, con l’eventuale successiva rinuncia a quello *status*, il sistema si sarebbe automaticamente rinnovato applicandosi al suo successore. L’avvicendamento avveniva in base all’ordine di arrivo, pur non trattandosi di una regola inderogabile. Più in generale, la funzione del *thiaman* era assistita da un’etica rigorosa all’insegna della serietà e dell’onestà: colui che sarebbe subentrato doveva anzitutto essere persona degna di fiducia. La sua abilità a gestire il funzionamento interno della

10. Termine usato dai migranti per indicare un gruppo di persone in partenza nel tentativo di oltrepassare la frontiera.

11. Per un approfondimento, vds. ancora A. Pian, *Aux nouvelles frontières de l’Europe*, op. cit.

12. Del resto, chiunque può essere impiegato come faccendiere per conto di un *thiaman* e percepisce un compenso per ogni nuovo cliente acquisito. Migranti in difficoltà economica, piccoli marabutti, attori del commercio informale o anche studenti privi di aiuti materiali possono essere tentati di entrare in questo gioco – a volte, per la durata di un solo giorno. Si tratta di un sistema che spinge alcuni migranti a incoraggiare altri compatrioti a venire in Marocco, ferma la piena consapevolezza degli ostacoli che presenta l’attraversamento della frontiera.

13. In Marocco sono principalmente i senegalesi a soprannominare “*naar*” i marocchini, appellativo direttamente mutuato dal wolof. Risalente all’epoca precoloniale, la parola originariamente significa “mauro” (in francese: “*maure*”) ed è riferita ai mauritani “bianchi”. In seguito, la sua area semantica si è estesa a tutti gli “arabi” (i.e.: ai rappresentanti le popolazioni di lingua araba). Nell’uso corrente, il termine si tinge di una connotazione dispregiativa, che suggerisce la scarsa affidabilità di chiunque sia indicato come tale. Attualmente, i senegalesi ne hanno ridefinito il significato trasformando “*naar*” in un acronimo (imperfetto, ma a pronuncia invariata) particolarmente eloquente sul piano dei rapporti interetnici: nel loro gergo, la parola corrisponde ormai alle iniziali dell’espressione “non africani respinti dall’Europa” (“*nare*”).

macchina migratoria, con cui si era familiarizzato nel corso del proprio *iter* individuale, andava ugualmente riconosciuta. Se, spesso, la designazione del nuovo *thiaman* alimentava tensioni tra i pretendenti, il principio sul quale si reggeva questo ordine collettivo era percepito dai migranti come legittimo. La pratica del *regalo* (*cadeau*) consentiva, tuttavia, una deroga al sistema centrato sulla rotazione. Il principio era il seguente. Quando un certo numero di candidati alla partenza fosse passato con successo, il *thiaman* riceveva un “posto” di passaggio gratuito per conto del *passeur* marocchino con il quale era in relazione. Sul finire del mandato, egli poteva negoziare con il suo successore il mantenimento della posizione, trasferendo a lui il posto oggetto del regalo. In cambio, l’associato rinunciava alla successione immediata.

Quando la partenza del *thiaman* non era prevista, il regalo poteva essere attribuito o venduto a un prezzo interessante a un migrante che si fosse distinto per la sua buona condotta. In linea di principio, questa pratica permetteva a tutti di avere un’opportunità; di fatto, nutriva soprattutto la speranza di chi fosse privo dei mezzi materiali necessari a pagarsi la traversata. Inoltre, essa consolidava il potere del *thiaman* che, in tal modo, aumentava il proprio controllo sui passeggeri inclini a guadagnarsi i suoi favori. Nel corso della sua “carriera”, Cheikh ha utilizzato una volta il *cadeau* per beneficiare di un nuovo mandato, prima di riuscire, infine, a entrare in Spagna con l’aiuto di documenti falsi¹⁴.

Alle frontiere dell’Europa, negli spazi-tempo dell’attesa, mentre le politiche di regolazione dei flussi migratori si inaspriscono si crea un intero mondo sociale, che tenta di adattarsi a dispositivi di controllo sempre più sofisticati. Occorre, ancora, sottolineare che il progetto di entrare irregolarmente in Europa può prendere forma in maniera progressiva nel corso delle costrizioni e delle opportunità incontrate lungo i percorsi migratori: se alcuni giungono in Marocco con la prospettiva predefinita di entrare in Spagna (attraverso le *enclave* di Ceuta e Melilla, la traversata verso le Canarie o a partire dallo Stretto di Gibilterra), non per tutti è così. Studenti, atleti, piccoli commercianti dapprima venuti in Marocco nel contesto – rispettivamente – di una formazione superiore, di

progetti cooperativi di scambio in ambito sportivo o di attività commerciali possono, in un dato momento, decidere di tentare la fortuna nel Vecchio continente in seguito alle delusioni vissute in Marocco e al richiamo di un “altrove” migliore.

La traiettoria di Cheikh, e l’organizzazione della quale si è trovato a essere parte attiva, invitano a discutere dell’eterogeneità della figura del *passeur*. La mediatizzazione delle traversate illegali verso l’Europa calca l’accento su passatori senza scrupoli, associati al funzionamento delle reti criminali di trafficanti. In questi termini, nel settembre 2017 una proposta di legge francese «mirante a rafforzare la lotta contro i traffici di migranti» è stata presentata all’Assemblea nazionale¹⁵. Diffondendo il grido d’allarme lanciato da varie ong, la mediatizzazione dei drammi della migrazione allerta l’opinione pubblica relativamente allo sfruttamento sessuale dei migranti (donne, bambini, ma anche uomini) coinvolti in quelle reti: non solo dall’altro lato della frontiera, come nel Maghreb o in Africa subsahariana, ma anche in Europa, nel quadro di una visibilità/invisibilità più o meno ampia, come al confine tra Francia e Italia¹⁶.

L’organizzazione dei passaggi clandestini implica, inevitabilmente, rapporti di potere e di dominio, in quanto soggetta a un controllo dell’informazione e al costituirsi di reti di relazioni di carattere corruttivo. Ora, più diventano rare e indispensabili per varcare la frontiera, più queste risorse accrescono il potere di chi le detiene, lasciando spazio – in un crescente processo di monetizzazione – a numerosi abusi.

Eppure, come mostra il caso dei *thiamen* in Marocco (che possono essere assimilati a un tipo di *passeur*), questa figura è più eterogenea di quella inquadrata nella categoria di “*passeur* criminale” o di “mercante di schiavi del XXI secolo”¹⁷. Le reti migratorie non si reggono esclusivamente su vincoli coercitivi quasi impossibili da sciogliere: possono anche strutturarsi intorno a relazioni contrattuali che, per quanto assistite da rapporti di potere, non ingabbiano i migranti nelle maglie di una dipendenza senza uscita. D’altronde, tutti i *passeur* – o, più esattamente, tutte le categorie di *passeur* – non sono “termini esterni” di un rapporto, ma attori pienamente inseriti in questo processo: è il caso dei capitani di pesca in

14. Questo, però, non vale per tutti i *thiamen*: alcuni si stabiliscono in Marocco, si reimpiegano in altre attività, falliscono, sono arrestati, scontano pene detentive, etc.

15. Vds. la proposta di legge n. 200 «mirante a rafforzare la lotta contro il traffico di migranti», depositata il 27 dicembre 2017 e trasmessa alla Commissione permanente «des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République» (www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0200_proposition-loi).

16. Cfr. il contributo di Save the Children, *Piccoli schiavi invisibili – Rapporto 2018 sui minori vittime di tratta e sfruttamento in Italia*, 26 luglio 2018 (www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/piccoli-schiavi-invisibili-2018 – in particolare, cap. 4).

17. Vds. la già citata proposta di legge n. 200/2017.

Senegal, che, negli anni 2006-2008, organizzavano ed effettuavano materialmente il trasporto verso le Isole Canarie di centinaia di passeggeri accalcati nelle loro piroghe¹⁸.

Oggetto di una legislazione sempre più repressiva in linea con l'evolversi delle politiche migratorie¹⁹, la lotta ai *passeur* produce un doppio effetto di ambivalenza, che conviene qui sottolineare. In primo luogo, più le politiche migratorie sono restrittive, più il ricorso ai "passatori" diventa indispensabile per chi tenta di passare illegalmente i confini. Contribuendo a un circolo vizioso, tali politiche concorrono ad alimentare o, come minimo, a mantenere lo stesso processo che vorrebbero arginare. In secondo luogo, mossa sovente dalla preoccupazione di proteggere in via preventiva dallo sfruttamento le persone più vulnerabili²⁰, la lotta ai *passeur* concorre, paradossalmente, a compromettere la legittimità degli interventi umanitari. Le controversie suscitate, nel corso dell'estate 2018, dalle operazioni di salvataggio in acque mediterranee effettuate dall'*Aquarius*, nave gestita in

partenariato da Sos Mediterranée con Medici senza frontiere, sono rivelatrici in proposito. Sempre di più, le ong sono ritenute responsabili non soltanto di creare un fattore di attrazione²¹, ma anche di facilitare l'attività dei *passeur* , dal momento che questi ultimi farebbero affidamento sul soccorso umanitario prestato ai migranti, che raggiungerebbero l'Europa più facilmente.

Nel giugno 2018, l'idea avanzata dai Paesi europei di creare "piattaforme di sbarco regionali" nei Paesi confinanti con l'Ue allo scopo di riunirvi i migranti intercettati in mare, non è estranea a tali controversie. Difendendosi contro ogni accusa di collusione con i *passeur* , le ong, da parte loro, mettono in primo piano il rispetto del diritto internazionale del mare nelle azioni di soccorso condotte: il diritto europeo e internazionale, sottolineano, è regolarmente aggirato dalle operazioni di polizia transfrontaliere, tra cui quelle compiute nell'ambito operativo dell'agenzia europea Frontex, che procedono indistintamente effettuando respingimenti in mare aperto²².

18. Vds. A. Pian, *Variations autour de la figure du passeur*, in *Plein droit*, n. 84, marzo 2010, pp. 21-25.

19. Cfr. inoltre, sul tema, C. Kobelinski e S. Le Courant (a cura di), *La mort aux frontières de l'Europe*, op. cit., in particolare l'ultimo paragrafo dell'Introduzione: *À quoi les passeurs sont-ils utiles*, pp. 26-35.

20. Nel quadro del diritto internazionale, a partire dagli anni 2000 le Nazioni Unite adottano due protocolli addizionali alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale, finalizzati la lotta alla tratta di persone e al traffico di migranti per via terrestre, aerea e marittima. In base alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 16 maggio 2005 e al Protocollo di Palermo, addizionale alla Convenzione Onu sopra citata, la «tratta di esseri umani» è definita come «reclutamento, trasporto, trasferimento, accoglienza e ospitalità di persone, dietro minaccia di ricorso o ricorso alla forza o ad altre forme di costrizione, o tramite rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità, o dietro pagamento o riscossione di somme di denaro o di altri vantaggi per ottenere il consenso di una persona avente autorità su un'altra, a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, la schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi». Il primo Protocollo addizionale (del 2000) alla Convenzione Onu definisce il «traffico di migranti» («smuggling of migrants») «il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico o altro tipo di vantaggio materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente» (art. 3, lett. a).

21. Vds., ad esempio, C. Macé, *Réfugiés : le mauvais procès fait aux ONG*, *Libération*, 5 luglio 2017 (www.liberation.fr/planete/2017/07/05/refugies-le-mauvais-proces-fait-aux-ong_1581852).

22. Vds. E. Ottavy e O. Clochard, *Franchir les dispositifs établis par Frontex. Coopérations policières transfrontalières et refoulements en mer Égée*, in *Revue européenne des migrations internationales*, n. 30 (2)/2014, pp. 137-156.

Gli autori

Diletta Agresta, coordinatrice operativa del progetto “Sciabaca – Oltre il Confine” di Asgi

Guido Alpa, professore ordinario di Diritto civile presso l’Università “La Sapienza” di Roma

Maybritt Jill Alpes, antropologa giuridica specializzata in materia di migrazione, ricercatrice all’Università di Utrecht e *senior policy officer* «on deportations» presso Amnesty Netherlands

Florence Boyer, ricercatrice presso l’Institut de Recherche pour le Développement (IRD), unità di ricerca «Migrations et Sociétés» (URMIS), membro del gruppo di ricerca interdisciplinare «Migrations, Espace et Sociétés» (GERMES) dell’Università “Abdou Moumouni” di Niamey (Niger)

Cristina Laura Cecchini, avvocato del foro di Roma, socia Asgi

Giuseppe Conte, presidente del Consiglio dei Ministri e professore ordinario di Diritto privato presso l’Università di Firenze

Giulia Crescini, avvocato del foro di Roma, socia Asgi

Giovanni D’Amico, professore ordinario di Diritto privato presso l’Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Domenico Dalfino, professore ordinario di Diritto processuale civile presso l’Università di Bari “Aldo Moro”

Antonio Davola, docente a contratto e assegnista di ricerca presso l’Università Luiss “Guido Carli” di Roma

Fabrizio Di Marzio, professore ordinario di Diritto privato presso l’Università di Chieti-Pescara e componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura

Aldo Angelo Dolmetta, consigliere della Corte di cassazione

Salvatore Fachile, avvocato del foro di Roma, socio Asgi

Chiara Favilli, professore associato di Diritto dell’Unione europea presso l’Università di Firenze

Guido Federico, presidente di sezione presso la Corte d’appello di Ancona

Massimo Frigo, *senior legal adviser* presso la International Commission of Jurists

Mariagiulia Giuffré, *senior lecturer in Law* presso la Edge Hill University, Ormskirk (UK)

Nicolò Lipari, professore emerito di Diritto privato presso l’Università “La Sapienza” di Roma

Massimo Luciani, professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università “La Sapienza” di Roma

Francesco Macario, professore ordinario di Diritto privato presso l’Università degli Studi “Roma Tre”

Luca Masera, professore associato di Diritto penale presso l’Università di Brescia

Ugo Mattei, professore ordinario Diritto privato presso l’Università di Torino e professore di Diritto internazionale comparato all’Hastings College of the Law, Università della California, San Francisco

Marco Nicola Miletta, professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Foggia

Luca Minniti, giudice della sezione specializzata del Tribunale di Firenze

Harouna Mounkaila, ricercatore e docente a contratto presso il Dipartimento di geografia dell'Università "Abdou Moumouni" di Niamey (Niger), coordinatore del gruppo di ricerca interdisciplinare «Migrations, Espace et Sociétés» (GERMES)

Emanuela Navarretta, professore ordinario di Diritto privato presso l'Università di Pisa e vice presidente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura

Luca Nivarra, professore ordinario di Diritto civile presso l'Università di Palermo

Mauro Orlandi, professore ordinario di Diritto civile presso l'Università Cattolica di Milano

Stefano Pagliantini, professore ordinario di Diritto privato presso l'Università di Siena

Roberto Pardolesi, professore ordinario di Diritto privato presso l'Università Luiss "Guido Carli" di Roma

Alberto Pasquero, avvocato del foro di Torino, socio Asgi

Anaik Pian, *maître de conférences* in Sociologia presso l'Università di Strasburgo, membro del laboratorio di ricerca «Dynamiques Européennes» (DynamE)

Alice Riccardi, ricercatrice di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre"

Vincenzo Roppo, professore emerito di Diritto civile dell'Università di Genova

Renato Rordorf, già presidente aggiunto della Corte di cassazione e direttore di *Questione giustizia*

Enrico Scoditti, consigliere della Corte di cassazione

Claudio Scognamiglio, professore ordinario di Diritto privato presso l'Università di Roma "Tor Vergata"

Giulia Turrini, coordinatrice del progetto "Oruka – Oltre il confine" di Asgi

Giuseppe Vettori, professore ordinario di Diritto civile presso l'Università di Firenze