

ISSN 2724-3273



Milan Law Review

n. 2/2022

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
CENTRO DI RICERCA
COORDINATO
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

EDITORE: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdiger, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trincherà, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, anno, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: dicembre 2022.

PUBLISHER: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rübner, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Iliaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mamelì, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, year, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

Date of Publication of this Issue: December 2022.



N. 2/2022

INDICE DEI CONTRIBUTI

MAURO BARBERIS, <i>Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo...</i>	1
FULVIO CORTESE, <i>Diritto amministrativo e altri saperi: nuove opportunità per la Scienza dell'amministrazione?.....</i>	19
LORENA FORNI, <i>Discutendo una nuova guerra. Alcune riflessioni filosofico-giuridiche, tra vita e libertà.....</i>	52
NUCCIA PARODI, <i>Trust and fiduciary transactions. A still ongoing complex process: concise comparison between Italian and German systems.....</i>	74
STEFANO ZIRULIA, <i>Criminal liability for the "unlawful" trafficking of waste in Italy: what relevance for the European Best Available Techniques?.....</i>	96





N. 2/2022

TABLE OF CONTENTS

MAURO BARBERIS, <i>Predictive justice: auxiliary and substitutive. An evolutionary approach...</i>	1
FULVIO CORTESE, <i>Administrative Law and other Fields of Knowledge: New Chances for Science of Administration?</i>	19
LORENA FORNI, <i>Discussing a new war. Some philosophical-legal reflections, between life and freedom</i>	52
NUCCIA PARODI, <i>Trust and fiduciary transactions. A still ongoing complex process: concise comparison between Italian and German systems</i>	74
STEFANO ZIRULIA, <i>Criminal liability for the "unlawful" trafficking of waste in Italy: what relevance for the European Best Available Techniques?</i>	96





**Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva.
Un approccio evolutivo**

Predictive justice: auxiliary and substitutive.
An evolutionary approach

MAURO BARBERIS

Ordinario di Filosofia del Diritto

IUSLIT, Università di Trieste

barberis@units.it

Four stages of acceptation:

- 1) this is worthless nonsense;*
- 2) this is an interesting, but perverse, point of view;*
- 3) this is true but quite unimportant;*
- 4) I always said so.*

(J. B. S. Haldane, *The Truth about Death*, 1963).



DOI: 10.54103/milanlawreview/19506

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 2, 2022
ISSN 2724 - 3273

ABSTRACT

Si parla della giustizia predittiva: l'applicazione alle decisioni giudiziali dell'intelligenza artificiale (IA), sia ristretta allo svolgimento di funzioni particolari dell'intelligenza umana, sia generale, tale da sostituirla nella sua interezza. Analizzare questi obiettivi, qui attribuiti alla giustizia predittiva rispettivamente ausiliare e sostitutiva, è rilevante ad almeno tre scopi. Il primo scopo, pratico, attribuibile alla giustizia ausiliare, è contribuire all'accelerazione dei processi. Il secondo scopo, teorico, attribuibile alla giustizia sostitutiva, è soprattutto fornire, per contrasto, un modello di come i giudici ragionano effettivamente, confrontando attività induttive, più tipiche del *common law*, e attività deduttive, più tipiche del *civil law*. Il terzo scopo, normativo, è valutare la compatibilità della giustizia sostitutiva con i principi costituzionali e internazionali: valutazione che risulta decisamente negativa.

Parole chiave: Giustizia Predittiva; Intelligenza Artificiale ristretta e generale; Giustizia Predittiva ausiliare e sostitutiva; Induzione e Deduzione; Compatibilità con i Principi Costituzionali

The paper deals with predictive justice: the application of artificial intelligence (AI) to judicial decisions, both limited to the performance of particular functions of human intelligence, and general, such as to replace the latter in its entirety. Analyzing these objectives, here attributed to auxiliary and substitutive predictive justice, respectively, is relevant for at least three purposes. The first purpose, practical, attributed to auxiliary justice, is to contribute to the acceleration of trials. The second, theoretical purpose, attributed to substitutive justice, is above all to provide, by contrast, a model of how judges actually reason, comparing in particular inductive activities, more typical of the common law, and deductive activities, more typical of the civil law. The third purpose, normative, is to evaluate the compatibility of substitutive justice with constitutional principles, not only in Italy: an evaluation that is sharply negative.

Keywords: Predictive Justice; Artificial Intelligence Narrow and General; Auxiliary Predictive Justice and Substitutive One; Induction and Deduction; Compatibility of Substitutive Predictive Justice with Constitutional Principles

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Definizione del diritto. – 3. Precedenti e giurisprudenza. – 4. Certezza del diritto. – 5. Giustizia predittiva... – 6. ...ausiliare... – 7. ...e sostitutiva. – 8. Discriminazioni algoritmiche – 9. Diritto europeo, *soft law* ed etica - 9.1. Trattati, regolamenti, direttive. – 9.2. – *Soft law*. – 9.3. Etica. – 10. Principio di umanità

1. Premessa

L'espressione "giustizia predittiva" (calco dell'inglese "*predictive justice*") non è ancora entrata nell'uso e manca pure di un significato tecnicizzato consolidato. Letteralmente, evoca il tema della predizione delle decisioni giudiziali, declinato diversamente nelle culture giuridiche di *common law* e di *civil law*. Più in particolare, può indicare obiettivi che vanno da quello pratico minimo della reperibilità di tutti i dati relativi ai processi¹, passando per l'obiettivo teorico massimo della previsione delle decisioni, per arrivare all'obiettivo pratico massimo della sostituzione di giudici umani con automi.

Qui di seguito, combinando gli studi su internet da me coltivati in due libri recenti con l'approccio evolutivo sperimentato in un lavoro appena uscito², sfioro il tema centrale nella galassia dei rapporti diritto-internet: la possibilità di applicare anche all'amministrazione della giustizia l'insieme di pratiche e tecniche informatiche note come intelligenza artificiale (d'ora in poi IA)³. Per "IA", a sua volta, s'intendono i tentativi di replicare sia attività umane particolari come il calcolo (detti IA ristretta), sia l'intelligenza umana in genere, se non lo stesso *Homo*

* Il saggio riproduce il testo di un *webinar*, tenuto in spagnolo nel dicembre 2021 per il Poder Judicial del Perú su invito dell'amico Prof. Pedro Grández (PUCP, Lima), testo poi preso a base di un ciclo di lezioni per il Master in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (XI ed., Genova, gennaio 2022).

¹ Così ancora B. Deffains, in M. CAULI, L. FAVIER, J.-Y. JEANNAS (eds.), voce *Predictive Justice. Digital Dictionary*, Wiley, Hoboken (N. J.), 2022, p. 247-250; ma cfr. anche L. Viola, voce [Giustizia predittiva](#), in Treccani.

² Cfr. rispettivamente M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020; Id., *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici*, Mimesis, Milano, 2021; Id., *Diritto in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2022.

³ Il miglior lavoro introduttivo al tema è F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista A. I. C.*, 2020, vol. 1, p. 415-436. Più in generale, cfr. G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pacini, Pisa, 2020.

sapiens (detti IA generale)⁴.

Inutile aggiungere che qui si può solo accennare marginalmente alle difficoltà anche solo scientifiche di definire o caratterizzare l'intelligenza umana, mix indissolubile di meccanismi neuroscientifici e di adattamento all'ambiente: figurarsi l'intelligenza artificiale che mira a replicarla⁵. L'unico carattere dell'intelligenza umana cui è indispensabile accennare per parlare di giustizia predittiva è la capacità di imparare dall'esperienza: capacità che nel caso di una macchina si chiama *machine learning* e si configura come l'adeguamento automatico dell'algoritmo ai dati processati⁶.

Basti l'esempio seguente. Si pensi a una macchina *multitasking* quale il forno a microonde e se ne immagini una versione digitale, intelligente o *smart*, capace appunto di imparare dall'esperienza, e quindi, dopo un apprendistato relativamente lungo, di precedere le vostre istruzioni e di proporvi cibi da cucinare, sino ad anticipare i vostri gusti e a finire comunque per condizionarli, tramite il formarsi di abitudini culinarie nuove. Già quest'esempio abbastanza semplice di evoluzione e interazione evolutiva fra uomo e macchina getta qualche luce anche sul nostro tema.

Quando i teorici analitici studiano fenomeni come diritto e Stato, invece, li considerano normalmente *sub specie aeternitatis*, come se fossero universali ed eterni. Invece, si tratta solo di istituzioni occidentali e moderne, che possono evolvere ulteriormente o addirittura estinguersi. Gli umani della mia generazione hanno assistito alla nascita e al rapido sviluppo di internet, i cui effetti sull'evoluzione del pianeta e della specie umana sono già oggi enormi. Per i nativi digitali, ad esempio, il mondo sarebbe inconcepibile senza internet: come per noi giuristi lo sarebbe senza diritto e senza Stato.

L'esperimento mentale che vi propongo è allora proprio questo, guardare a diritto e Stato come al forno *smart* di cui sopra: fenomeni emergenti qui e ora, la cui evoluzione in senso predittivo-digitale è addirittura probabile, salvi i limiti tecnici e normativi che vedremo. Se c'è qualcosa di comune agli evoluzionismi naturale e culturale, forse, è proprio questo: un approccio che guarda a fenomeni e istituzioni senza escluderne affatto la progettazione ma solo il fissismo, la fissazione a un archetipo o stereotipo⁷. Questo approccio, comunque, sarà applicato alla giustizia predittiva in altri nove passaggi.

⁴ Cfr. M. A. Boden, *Artificial Intelligence: a Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1: "IA" indica la tecnologia che «*make the computers do sorts of things that [human] minds do*».

⁵ Per non parlare della stessa IA: cfr. E. J. Larson, *Il mito dell'intelligenza artificiale. Perché i computer non possono pensare come noi*, FrancoAngeli, Milano, 2022.

⁶ Cfr. S. Shalev-Schwartz, S. Ben-David, *Understanding Machine-Learning: from Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

⁷ Cfr. K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, Milano 1975, p. 78.

2. Definizione del diritto

Del fenomeno giuridico, ha notato Carlos Nino⁸, possono darsi varie definizioni, a seconda degli obbiettivi che ci si prefigge. A me pare particolarmente fecondo definire il diritto come un sistema sociale differenziatosi da tutti gli altri, chiamati indistintamente “morale” dai teorici analitici e “ambiente del sistema” da Niklas Luhmann⁹. La differenziazione s’è completata solo modernamente, partendo proprio dall’amministrazione della giustizia (Stato giurisdizionale), passando per la legislazione (Stato legislativo), la costituzione (Stato costituzionale) e i trattati internazionali (Stato internazionale).

A proposito di definizione del diritto e di giustizia predittiva si cita spesso la famosa affermazione del giudice Oliver W. Holmes Jr. a Boston, nel 1897: «*le predizioni di quanto faranno effettivamente le corti, e nulla di più pretenzioso, sono ciò che intendo con “diritto”*»¹⁰. A formulare predizioni, però, non sono certo costituenti legislatori e giudici, principali produttori del diritto odierno, bensì la dottrina, gli avvocati e la stessa giustizia predittiva. Il sottoscritto direbbe piuttosto: «*i rimedi giudiziali e amministrativi ai problemi sociali, e nulla di più pretenzioso, sono ciò che intendo con “diritto”*».

Qui vorrei solo sottolineare l’aspetto liberale, o meglio garantista, nel senso di Luigi Ferrajoli¹¹, di questa definizione. Durante la pandemia il diritto s’è fatto minuzioso, capillare, intrusivo, burocratico, pedagogico: ci siamo accorti con orrore che potrebbe regolamentare tutta la nostra vita. La definizione che formulo a partire da Holmes cerca di sottrarsi a quest’orrore assumendo che la nostra vita possa restare il più possibile libera da regolamentazione giuridica. Il diritto è, e deve restare, un rimedio ai problemi più gravi della convivenza, non uno strumento per colonizzare l’esistenza.

3. Precedenti e giurisprudenza

Secondo la definizione appena proposta, il ruolo centrale, nel diritto, è giocato meno dalle leggi che dalle decisioni giudiziali, sia singole (precedenti), sia collettive (giurisprudenze)¹²: e questo tanto nel *common law* quanto nel *civil law*. La differenza principale fra le due culture non sta nel carattere rispettivamente obbligatorio o persuasivo del precedente, come dicono i comparatisti. Piuttosto, nel *common law* la decisione giudiziale può prendersi anche sulla base d’un solo precedente – inclusa la precedente applicazione d’una legge – mentre nel *civil law*

⁸ C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milano 1999, p. 27.

⁹ N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.

¹⁰ O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 461.

¹¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

¹² Cfr. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

va sempre motivata in base a una legge¹³.

Di qui il diverso ruolo dell'interpretazione, nel suo senso tipicamente continentale di attribuzione di significato a testi. L'interpretazione, quasi irrilevante per i precedenti di *common law*, privi di formulazione canonica, ossia costitutiva della norma stessa¹⁴, è invece tremendamente sopravvalutata nel *civil law*. La teoria analitica continentale, specie il realismo "genovese", ritiene decisiva per la decisione giudiziale l'attribuzione di significato ai testi¹⁵. Come sa qualsiasi giurista pratico, invece, tale attribuzione dipende meno dai testi che dai fatti stessi oggetto di decisione.

Un'altra differenza fra *common law* e *civil law* che sembra particolarmente rilevante per la giustizia predittiva riguarda i tipi di ragionamento giuridico prevalenti nelle due culture. I giudici di *common law*, essendo vincolati al precedente, ragionano tipicamente in modo *induttivo*: partono da decisioni passate e cercano di ricavarne conseguenze per i casi futuri. I giudici di *civil law*, invece, essendo vincolati alla legge, ragionano tipicamente in modo *deduttivo*: cercano una norma in cui sussumere il caso oggetto della loro decisione, e da questa deducono la norma che risolve il caso.

È importante notare sin d'ora che la giustizia predittiva opera sempre in modo induttivo, anche quando applicata alle decisioni dei giudici di *civil law*: pure queste, infatti, diventano un insieme di dati da generalizzare. Forse il sistema più generale o "naturale", dunque, non è il *civil law*, tipicamente deduttivo, ma il *common law*, tipicamente induttivo. Se anche la giustizia predittiva sostitutiva fosse impossibile, ingiusta, incostituzionale, come vedremo, rappresenterebbe pur sempre un utile termine di paragone – un modello-zero, direbbe Karl Popper¹⁶ – per comprendere la giustizia semplicemente umana .

4. Certezza del diritto

Un altro tema che non può essere eluso, parlando di giustizia predittiva, è la certezza del diritto: ossia, essenzialmente, la prevedibilità delle decisioni giudiziali¹⁷. Non c'è giustizia, nel senso giuridico della parola, senza un minimo di certezza, ossia prevedibilità delle decisioni giudiziali. Il diritto non è, come pensano i realisti analitici o genovesi, che propongo di chiamare realisti ingenui, un insieme di decisioni imprevedibili. Questo non è diritto ma giustizia del cadì,

¹³ Così M. Troper, *La forza del precedente e gli effetti perversi nel diritto*, in *Ragion pratica*, 1996, vol. 6, p. 65 e 73.

¹⁴ R. Cross, *Precedent in English Law*, Clarendon, Oxford 1977, p. 33.

¹⁵ E questo sin da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, che sin dal titolo ignora volutamente l'interpretazione del diritto, irriducibile a interpretazione della legge.

¹⁶ K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, cit., p. 125 e 138-139.

¹⁷ Cfr. G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005 e, apoditticamente, L. Viola, *Giustizia predittiva*, cit., p. 4: «la giustizia predittiva [...] è essenzialmente la conseguenza della certezza del diritto».

come la chiamava Max Weber: istituzione più politica che giuridica, estranea alla cultura occidentale.

Ammesso questo, vorrei però chiedere, retoricamente: è più prevedibile il *civil law*, il diritto legislativo in cui il giudice è in linea di principio vincolato al testo della legge ma poi di fatto può interpretarlo liberamente, oppure il *common law*, il diritto giudiziale, dove i precedenti vincolano il giudice non solo nell'applicazione del *case law* ma anche nell'interpretazione della legge? Provate a parlarne con un *common lawyer* e poi ditemi se l'immagine che abbiamo noi continentali del *common law*, come di un mondo in cui comandano i giudici, non sia sbagliata, o almeno grossolana¹⁸.

I pregiudizi continentali sono condensati nell'espressione "*gouvernement des juges*", coniata da Édouard Lambert nel 1921 e poi ripetuta *ad nauseam*¹⁹. Lambert deplorava il sabotaggio delle politiche sociali culminate con il *New Deal* del Presidente Roosevelt da parte della Corte Suprema statunitense. Anch'io deploro i sabotaggi giudiziali, ma mi chiedo che senso abbia chiamarli governo dei giudici. Per definizione, i giudici non decidono di propria iniziativa, bensì su questioni proposte da altri. I giudici non potrebbero governare neanche se lo volessero: al massimo, possono sabotare il governo altrui.

5. Giustizia predittiva...

Per "giustizia predittiva" s'intende qualsiasi decisione giudiziale, parziale o totale, presa da un computer che apprende dall'esperienza: induttivamente, dunque, come il giudice di *common law*. Se però è vero che anche nel *civil law* le decisioni giudiziali sono determinate – meno dalla formulazione della legge, come credono i realisti ingenui, che – dai fatti-del-caso, ecco che precedenti e giurisprudenze diventano decisivi anche nel diritto continentale. Quantomeno, non c'è modo migliore, per i cittadini, gli avvocati e per gli stessi giudici, di prevedere le decisioni giudiziali, proprie e altrui.

La giustizia predittiva è nata nello stesso ambiente di *common law* in cui s'è sviluppata la rivoluzione digitale, e prim'ancora la rivoluzione industriale: alimentando il sospetto degli Austriaci che proprio questo ambiente giurisprudenziale sia più favorevole all'innovazione dell'omologo legislativo. Le stesse osservazioni di Weber circa la calcolabilità o predicibilità del diritto²⁰,

¹⁸ Del resto, basta rileggere John Austin, che sul punto prende le distanze dal suo maestro, Jeremy Bentham: cfr. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, (a cura di H. L. A. Hart), Weidenfeld and Nicolson, London, 1954, n. 16, p. 191: «The part of the law of every country which was made by the judges is far better made than the part which consists of statutes enacted by legislators».

¹⁹ É. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Dalloz, Parigi, 2005.

²⁰ Osservazioni continuamente riprese: cfr. almeno N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, e A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.

determinante per lo sviluppo del capitalismo, non contraddicono tale ipotesi. Weber, infatti, parlava pure del diritto romano, originariamente anch'esso giurisprudenziale, eppure non meno certo/prevedibile del diritto legislativo²¹.

La giustizia predittiva è una forma di giustizia automatica, gestita da macchine: ideale, questo, assente nel *common law* ma comune sul Continente, almeno a partire dalla dottrina del sillogismo giudiziale²². Nel senso comune dei giuristi continentali, a partire dal Settecento, s'è depositata l'idea fuorviante che la giustizia possa ridursi a una catena di sillogismi, i quali potrebbero ben essere delegati a una macchina. In effetti, se lo stesso giudice umano potesse giudicare come un automa o almeno come una *machine à syllogismes*, allora perché non delegare la giustizia a una *vera* macchina?

6. ...ausiliare...

L'ideale moderno di un giudice-macchina, le cui decisioni sarebbero più prevedibili e imparziali di quelle dei giudici in carne e ossa, è oggi adottato persino dall'IA generale, che mira a sostituire l'intelligenza umana e, al limite, l'uomo stesso²³. Per questa ragione propongo di chiamare *sostitutiva* questo tipo di giustizia predittiva, che nelle prossime sezioni considererò non in quanto tale – trattandosi, vedremo, di un ideale irrealizzabile sia tecnicamente sia normativamente – ma come modello-zero della giustizia semplicemente umana. Ben più realizzabile, invece, pare la giustizia predittiva *ausiliare*.

Chiamo così tutte le applicazioni dell'IA ristretta all'amministrazione della giustizia e all'amministrazione in genere: specie *software* oggi usati soprattutto da studi legali e compagnie di assicurazione, ma che vanno estendendosi rapidamente anche alle pubbliche amministrazioni. Senza fare i casi dello Stato-piattaforma cinese o dell'automazione dell'amministrazione estone, basti ricordare che la macchina giudiziaria di paesi come Brasile, India e Italia soffre di un arretrato spaventoso, al quale si potrebbe rimediare automatizzando alcuni dei suoi servizi.

L'elenco è veramente sterminato. Si pensi già all'informatizzazione dei provvedimenti giudiziari al fine di ricerca di precedenti o giurisprudenze da parte di avvocati che devono informare i propri clienti circa le probabilità di successo di una causa. La ricerca è ancora più importante per gli stessi giudici, per i quali l'argomento interpretativo più influente – a dispetto della sua sistematica sottovalutazione da parte della teoria continentale in genere e del realismo genovese in specie – è proprio l'argomento del precedente, della giurisprudenza

²¹ Cfr. B. Leoni, *Freedom and the Law*, Van Nostrand, New York, 1961.

²² Sulla quale rinvio a M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, vol. 45, p. 163-176.

²³ Cfr. R. Kurzweil, *The Singularity is Near. Why Humans Transcend Biology*, Viking, New York, 2005. Poco più saggi J. Lovelock, B. Appleyard, *Novacene. The Coming Age of Hyperintelligence*, Penguin, London, 2019.

dominante o del diritto vivente²⁴.

Si pensi ancora alla possibilità di devolvere le cause di minore entità, che spesso costituiscono il grosso dell'amministrazione della giustizia, al previo giudizio da parte di elaboratori elettronici, la cui decisione possa essere comunque appellabile e rivedibile in base al generalissimo principio di complementarità uomo-macchina (*infra* § 10). Si pensi, infine, a tutte le valutazioni di ordine tecnico, matematico o probabilistico, come il calcolo dell'indennità di licenziamento, la quantificazione dell'assegno di mantenimento di figli o coniuge, la fissazione dei danni per lesioni personali²⁵.

È facile prevedere che proprio questa giustizia predittiva ausiliare, già largamente praticata in Usa, UK e paesi Ue, troverà sempre più ampia applicazione, con tutti i rischi relativi²⁶. Il rischio principale potrebbe chiamarsi Cavallo di Troia Elettronico: i giudici umani difficilmente tenderanno a opporsi, se non a controllare, decisioni algoritmiche dotate dall'aura della neutralità o della scientificità, come tali capaci di esentarli da ogni obbligo di motivazione²⁷. Più interessante dal punto di vista teorico, però, è l'altro tipo di giustizia predittiva: la giustizia predittiva sostitutiva.

7. ...e sostitutiva

La giustizia predittiva sostitutiva è l'applicazione alla funzione giudiziale dell'IA generale, opposta all'IA ristretta cui corrisponde la giustizia predittiva ausiliare. Nella giustizia sostitutiva tutta la decisione, non solo le sue parti tecniche, è delegata a un automa funzionante come una specie di scatola nera (*black box*): da una parte si inseriscono i dati, dall'altra esce la decisione, elaborata da un algoritmo tendenzialmente segreto, in quanto coperto da *copyright*²⁸. Fra i dati e la

²⁴ Cfr. F. Viganò, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. IVALDI, M. PELISSERO (a cura di), *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, Genova University Press, Genova, 2021, p. 5-26, e da ultimo anche M. Barberis, *Diritto in evoluzione*, cit., specie p. 228-229.

²⁵ Studia soprattutto queste attività Richard Susskind, in lavori che vanno da *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, Oxford, 2008 a *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019. Sull'*expertise* cfr. ora D. Canale, [The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts' Opinion on Legal Decision-making](#), in *Law and Philosophy*, 2021.

²⁶ Sulle applicazioni cfr. G. Fusano, *Giustizia predittiva: con la proposta di legge in materia tributaria approda alla Camera il primo sistema di codifica*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 luglio 2022; sui rischi, cfr. almeno A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2021.

²⁷ Cfr. C. Barbaro, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo*, in *Questione giustizia*, 2018, vol. 4, p. 194.

²⁸ Per una generalizzazione di questa metafora, cfr. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms which Control Money and Information*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

decisione la macchina emetterebbe forse dei rumori sospetti, magari uno sfrigolio, indicante che l'algoritmo è all'opera.

Peccato che questo obiettivo sia impercorribile, e anche un po' ridicolo, benché per ragioni diverse, in entrambe le sue versioni, deduttiva e induttiva. La giustizia predittiva sostitutiva in versione deduttiva presenterebbe la stessa distorsione cognitiva generalissima del sillogismo giudiziale: anche un giudice-macchina, proprio come un giudice umano, non potrebbe che partire dai fatti. Mentre le norme, al limite, possono anche mancare, come nella giustizia del cadì o nei giudizi di equità, i fatti no, e non sembrano comprensibili da una macchina, senza ridurli a dati privi di senso.

La versione induttiva della giustizia predittiva sostitutiva è più realistica, in quanto almeno muove dai fatti-del-caso, unica premessa necessaria del ragionamento giudiziale. Nel *common law*, originariamente, fatti e consuetudini applicabili erano stabiliti da giurie formate da pari dell'accusato o dei litiganti, e il giudice, originariamente itinerante e digiuno di diritto, si limitava ad apporre alla decisione il sigillo del re²⁹. Ora, un computer può certo indurre la decisione del caso da decisioni precedenti relative a fatti simili: ma, come vediamo subito, con effetti discriminatori.

8. Discriminazioni algoritmiche

Il difetto principale del sistema dei precedenti, esacerbato dalla versione induttiva della giustizia predittiva, è di distorcere la decisione saturandola di tutti i pregiudizi, i vizi cognitivi, i *bias*, da cui erano già affetti i precedenti e lo stesso algoritmo: razzismo, sessismo, omofobia, classismo, nazionalismo... Certo, se mai ci stesse a cuore la mera certezza, la semplice prevedibilità, la decisione presa induttivamente tramite computer sarebbe più prevedibile della giustizia umana. Sarebbe però anche una giustizia più giusta, più adeguata ai fatti-del-caso? Si può dubitarne.

È proprio questa la morale comunemente tratta dal famoso caso *Loomis/Compas* (2016)³⁰, in cui un imputato appartenente a classi di soggetti statisticamente più inclini alla recidiva era stato condannato a una pena spropositata rispetto al reato commesso per via dell'algoritmo predittivo prodotto da un'industria, la Compas. Questa si rifiutò di rivelarne il codice-sorgente, adducendo ragioni di *copyright*, ma la condanna fu comunque confermata, assumendo che non dipendesse solo dall'algoritmo. Ulteriori indagini condotte da

²⁹ Cfr. almeno G. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence* (part. 1), in *Oxford University Common Law Journal*, 2002, vol. 2, p. 159.

³⁰ Tanto famoso da essere oggetto di una letteratura immensa: cfr. da ultimo M. Brenner *et alii*, *Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2020, vol. 55, p. 267-310.

una Ong, poi, hanno mostrato le distorsioni razziste dell'algoritmo³¹.

Tali distorsioni, connaturate a un sistema dei precedenti per sua natura conservatore, retto dal principio d'inerzia di Chaïm Perelman³², sono tuttavia moltiplicate dall'automazione, che non prevede correttivi umani come l'*overruling* o il *distinguishing*. Il risultato è quanto gli studi anti-discriminatori chiamano discriminazione statistica³³: se un soggetto appartiene a una classe discriminata in passato continuerà ad appartenerele, e a essere discriminato, anche in futuro. Stavolta, però, non in base a decisioni singole, ma alla decisione stessa di adottare un sistema automatico di giustizia predittiva.

Se l'unica obiezione da muovere alla giustizia predittiva sostitutiva fosse il conservatorismo, si potrebbe pur sempre dire che questo è il prezzo da pagare per la certezza del diritto; personalmente, non riesco a immaginare alcuna certezza giuridica che non sia orientata al passato, come lo è originariamente il *common law*. Il problema è che le obiezioni sono molto più gravi, almeno per quei sistemi giuridici che dallo Stato giurisdizionale prima e legislativo poi si sono evoluti sino allo Stato costituzionale, di cui ci occupiamo qui, e infine allo Stato internazionale, di cui ci occupiamo al prossimo punto.

Nei sistemi riconducibili allo Stato costituzionale, come l'ordinamento italiano, si trovano quasi sempre principi che giustificano oppure invalidano istituti quali la giustizia predittiva sostitutiva: principi fra i quali occorre di solito operare un bilanciamento, inteso come contemperamento. Nel caso italiano, a favore della certezza che sarebbe assicurata da tale istituto sono stati adottati, genericamente il principio d'uguaglianza (art. 3, c.1 Cost.), e specificamente solo alcune disposizioni legislative, come gli artt. 12 c.1 Prel., 348 bis c.p.c., 356 c.p.³⁴.

Niente di paragonabile, bilanciabile e contemperabile, peraltro, con i principi adducibili *contro* la giustizia predittiva sostitutiva, al punto da far dire: «La sostituzione del giudice con sistemi di IA non può [...] essere ammessa perché contraria ai nostri principi costituzionali»³⁵. In effetti, c'è una mezza dozzina di principi

³¹ Cfr. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale. Intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Bio-Law Journal*, 2019, vol. 1, p. 63-89. Sui *bias* da cui sono sistematicamente affette le decisioni algoritmiche in generale, d'altra parte, cfr. C. O'Neil, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Giunti, Firenze, 2017; per i *bias* specificamente giuridici, cfr. almeno R. Richardson, J. M. Schultz, K. Crawford, *Dirty data, bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice*, in *New York University Law Review Online*, 2019, vol. 94, p. 15-55.

³² Cfr. L. Olbrechts-Tyteca, C. Perelman, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966, vol. 1, p. 112-114.

³³ Cfr. E. Consiglio, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto anti-discriminatorio*, Giappichelli, Torino 2020, p. 215-222, in riferimento a B. Eidelson, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

³⁴ Cfr. ancora L. Viola, voce [Giustizia predittiva](#), cit., p. 2-5.

³⁵ Così F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 429.

costituzionali che sarebbero platealmente violati dall'introduzione della giustizia predittiva sostitutiva. Qui di seguito li ricordo, osservando incidentalmente che lo stesso vale per molti altri istituti giuridici i quali semplicemente non si prestano a essere trasferiti di peso sulla rete.

Intanto, la funzione giudiziaria viene attribuita a magistrati (art. 102 Cost.): non a macchine. Poi c'è il principio di legalità: il giudice è soggetto solo alla legge (art. 25 c. 2, Cost.), dunque non al precedente, e *a fortiori* non a macchine. Ancora, c'è il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost., c. 1): dove a "naturale" si può anche attribuire il significato di "umano". Ultimo ma non meno importante è il diritto alla difesa, «*inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*» (art. 24 Cost., c. 2): che getta dubbi sulla costituzionalità della stessa giustizia predittiva ausiliare.

La Corte costituzionale italiana, infatti, ha spesso ritenuto incostituzionali automatismi come quelli previsti dal *Jobs Act* (D.lgs. 23/2015) sull'indennità per ingiusto licenziamento. Da realista *maturo*, critico del creazionismo giudiziario dei realisti ingenui³⁶, sottoscrivo quanto nota Massimo Luciani: «*noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente [che] la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore [...] se devo scegliere qualcuno di cui non fi-darmi, personalmente, scelgo il giudice*» in carne e ossa³⁷.

9. Diritto europeo, *soft law* ed etica

Di norme esplicite e implicite simili a quelle reperibili nelle costituzioni nazionali, e complessivamente ostili alla giustizia predittiva sostitutiva, benché non alla giustizia predittiva ausiliare, pullula anche il diritto Ue. Questo viene ritenuto, in generale, un modello della possibile regolamentazione di internet perché sovra-nazionale, nuovo e programmaticamente aperto all'etica digitale. Qui ne distinguo tre livelli, benché, trattandosi di diritto ampiamente depositivizzato, la distinzione fra norme giuridiche, *soft law* ed etica digitale si faccia spesso sfuggente³⁸.

9.1 Trattati, regolamenti, direttive

I principi costituzionali del diritto interno, rispetto ai quali la costituzionalità della giustizia predittiva sostitutiva appare già problematica, sono ribaditi dal diritto europeo. Per "diritto europeo" intendo tanto la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (1950), istituita dal Consiglio d'Europa, che all'art. 6 c. 1 conferma il diritto di ogni cittadino a un giudice indipendente e imparziale,

³⁶ L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018.

³⁷ M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista A. I. C.*, 2018, vol. 3, p. 872-893.

³⁸ "Depositivizzato" è qui usato nel senso di M. Barberis, *Il diritto futuro e la sua depositivizzazione*, in *Persona y derecho*, 79(2), 2018, p. 131-149. Per la distinzione, qui invertita, fra etica, regolazione e governance, cfr. L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina, Milano, 2022, p. 127 ss.

quanto la *Carta di Nizza* (2000) dell'Unione europea, che all'articolo 7 tutela il diritto alla *privacy* delle comunicazioni, e all'art. 8 il diritto alla protezione dei dati personali.

Ciò che distingue la regolamentazione europea, e ne fa un modello globale, è la tutela dei cittadini europei non solo contro le istituzioni pubbliche, com'è tipico della legislazione statunitense, ma anche contro le istituzioni private³⁹: in particolare le grandi piattaforme statunitensi che ormai si dividono, in situazioni di monopolio o di oligopolio collusivo il fiorentissimo mercato digitale. Come se non bastasse, la regolamentazione europea s'è rivolta alla fonte stessa dei guadagni stellari delle piattaforme statunitensi: i dati personali, l'autentico "oro nero" del capitalismo digitale.

È questo il principale oggetto della *General Personal Data Regulation* (GDPR), il regolamento 679/2016, attuato dai singoli paesi nel 2018, che si estende anche alla tutela dei dati personali impiegati nella giustizia predittiva. In particolare, l'art. 22 GDPR permette all'interessato di opporsi a decisioni giudiziali e amministrative prese «senza alcun coinvolgimento umano», ossia basate «unicamente» su un trattamento automatizzato⁴⁰. Si tratta di una delle tante formulazioni del principio di complementarità o umanità (*infra* § 10), del quale, come di tutti i principi, si discute l'estensione.

La legislazione Ue, in effetti, oscilla fra la minuziosità delle proprie regole, che spesso comporta l'appesantimento burocratico di ogni decisione, in particolare amministrativa, e la latitudine dei propri principi, passibili di applicazioni giudiziali e di attuazioni amministrative differenti. Già alle regole dev'essere data attuazione interna, specie nei sistemi giuridici nazionali che, come l'italiano, non si adeguano immediatamente alla normativa dell'Unione. Per i principi, esplicitamente o implicitamente stabiliti in Trattati, regolamenti e direttive Ue, si può talvolta già parlare di *soft law*.

9.2 *Soft law*

Per "*soft law*" s'intende tutta la congerie di documenti debolmente normativi ma non vincolanti – libri bianchi e verdi, Libri bianchi o d'altro colore, documenti di indirizzo o di orientamento delle amministrazioni, sia della Ue sia interne agli Stati – che adempiono ad almeno tre funzioni. La prima, detta *pre-law*, riguarda i documenti preparatori di atti vincolanti; la seconda, detta *post-law*, attiene ai documenti attuativi di atti vincolanti; la terza funzione, detta *para-law*, cui talora si cerca di limitare il *soft law* propriamente detto, consiste nei documenti

³⁹ Cfr. G. Alpa, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Mucchi, Modena 2021, specie p. 75: «Il divario tra i due modelli è enorme».

⁴⁰ Così s'è espresso il Comitato europeo per la protezione dei dati nelle *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01)* (3 ottobre 2017 - 6 febbraio 2018), p. 23.

sostitutivi di atti vincolanti⁴¹.

Anche sulla giustizia predittiva, specie ausiliare, come su tutta la *governance* del pianeta, più intrusiva del tradizionale *government* esercitato dagli Stati, si accumulano così montagne di carta prodotte da amministrazioni pubbliche, private e del terzo settore. Al fenomeno, da me stigmatizzato come Nozze di digitale & burocrazia⁴², concorrono, oltre a oggettive esigenze di regolazione ulteriormente acuite dalla pandemia, anche esigenze ecologiche, umanitarie o, in una parola, etiche, determinate dall'aumento esponenziale della sensibilità morale internazionale sui temi del digitale.

9.3 Etica

Durante la cosiddetta decade digitale (2010-2020) – l'epoca dell'espansione di internet in ampiezza, con l'aumento vertiginoso degli utenti, e in profondità, con le conseguenze prodotte, in ogni nostro ambito d'esperienza individuale, dalla diffusione di *smartphone*, *social media* e motori di ricerca – s'è sviluppata un'etica della rete, o degli algoritmi⁴³, che ormai tracima in un diritto de-positivizzato, costituzionalizzato e internazionalizzato. Grandi corti internazionali e costituzionali, *authorities*, agenzie, comitati etici, producono un diritto fortemente moralizzato o eticizzato.

Questo imperialismo della morale⁴⁴ – che influisce fatalmente anche sull'amministrazione della giustizia, magari persino nel senso di renderla sempre più imparziale, automatizzandola – non va sempre valutato positivamente. Al contrario, si tratta spesso solo di un altro effetto, accanto al populismo mediatico⁴⁵, del trasferimento della discussione su internet. L'utente digitale, oggi, si trova sballottato fra due famiglie di blogger, spesso ugualmente rumorosi: i populistici, che erodono la democrazia liberale, ossia la democrazia *tout court*, e i moralisti/e/* del *politically correct* e del *Mee Too*.

10. Principio di umanità

Nel caso *Loomis*, nei Trattati europei e nel GDPR fa spesso capolino un principio, che propongo come norma di chiusura del diritto di internet. Si tratta del già menzionato principio di *complementarità*: decisioni riguardati uomini (e donne) non devono essere prese solo da macchine, ma anche da uomini (e

⁴¹ Così, ormai classicamente, L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 219 ss..

⁴² Cfr. M. Barberis, *Ecologia della rete*, cit., p. 193-194.

⁴³ Cfr. almeno V. Müller, voce [Ethics of Artificial Intelligence and Robotics](#), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020 e L. Floridi et alii, [The Ethics of Algorithms: Key problems and Solutions](#), in *AI & Society*, 2021.

⁴⁴ Cfr. ancora C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, cit., p. 67.

⁴⁵ Sul quale devo rinviare ancora a M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, cit., che peraltro usava ancora l'espressione "populismo digitale", sostituita da "populismo mediatico" in Id., *Ecologia della rete*.

donne)⁴⁶. L'ambito di applicazione del principio, anzitutto, si estende a tutte le decisioni giudiziali. Queste non potranno essere sostituite interamente da macchine, come avverrebbe invece con la giustizia predittiva sostitutiva, ma si dovrà pure controllare che ciò non avvenga tramite la giustizia predittiva ausiliare.

Poi, in base alla definizione del diritto fornita all'inizio, il principio di complementarità si estende a tutto il resto del diritto e in particolare a quella sua parte sempre più strategica, sottovalutata sia dalla dottrina della separazione dei poteri sia dalla teoria del diritto, che è l'amministrazione⁴⁷. Il diritto odierno non è solo costituzionalizzato e internazionalizzato: è, prim'ancora, amministrativizzato. Pare dunque decisivo che anche i funzionari *non* siano sostituiti da macchine, almeno interamente, specie quando devono assicurare servizi essenziali come sanità, istruzione, assistenza sociale.

Il principio di complementarità può poi estendersi a un ulteriore servizio strategico, emergente nella Carta europea per l'uso dell'IA nei sistemi giudiziari⁴⁸. Prim'ancora di esercitare un controllo a valle, tipicamente giurisdizionale, su tutti gli effetti della IA lesivi di interessi e diritti umani, si tratta di esercitare un controllo a monte, *by design*, sulla progettazione stessa delle tecnologie di IA. Un controllo, questo, concepibile solo nell'ottica europea della tutela dei diritti anche contro le grandi piattaforme private, e che richiede l'istituzione di specifiche *authorities*, anche a costo di aumentare la burocrazia.

Infine, propongo di ribattezzare il principio di complementarità – espressione ambigua, che presenta significati diversi da quello indicato nella fisica quantistica e nel diritto internazionale penale – *principio di umanità*. Generalizzando ulteriormente la nozione affiorante nel caso *Loomis* e nel diritto dell'Unione europea, dunque, lo formulerei come un diritto umano o fondamentale, poco meno astratto della dignità umana, nei termini seguenti. Noi umani abbiamo sempre, in ultima istanza, il diritto a chiedere di essere guidati, amministrati e giudicati – non da macchine, ma – da uomini e donne come noi.

⁴⁶ Cfr. GDPR (2016/679), incorporato al Codice sulla protezione dei dati personali dal d. leg. 101/2018, art. 22: «1. *L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*». Il comma 2 prevede poi eccezioni, ma il comma 3 conferma che, salvo le eccezioni espressamente previste dal diritto dell'Unione europea, «il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione».

⁴⁷ Sulla quale cfr. M. Brigaglia, *Il potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, Roma 2019, p. 323-337.

⁴⁸ European Commission for the Efficacy of Justice, *European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*, 2018, p. 14.

Bibliografia

- G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pacini, Pisa, 2020.
- G. Alpa, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Mucchi, Modena 2021.
- J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, (a cura di H.L.A. Hart), Weidenfeld and Nicolson, London, 1954.
- C. Barbaro, [Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo](#), in *Questione giustizia*, 2018, vol. 4
- M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, vol. 45, pp. 163-178.
- M. Barberis, *Il diritto futuro e la sua de-positivizzazione*, in *Persona y derecho*, 79(2), 2018, pp. 51-69.
- M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020.
- M. Barberis, *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici*, Mimesis, Milano, 2021.
- M. Barberis, *Diritto in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2022.
- M. A. Boden, *Artificial Intelligence: a Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- M. Brenner et alii, *Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2020, vol. 55, p. 268-310.
- M. Brigaglia, *Il potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, Roma 2019.
- D. Canale, *The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts' Opinion on Legal Decision-making*, in *Law and Philosophy*, 40, 2021, pp. 509-543.
- A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- E. Consiglio, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto anti-discriminatorio*, Giappichelli, Torino 2020.
- R. Cross, *Precedent in English Law*, Clarendon, Oxford, 1977.
- B. Deffains, *Predictive Justice*, in M. Cauli, L. Favier, J.-Y. Jeannas (eds.), *Digital Dictionary*, Wiley, Hoboken, 2022.
- F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista A. I. C.* 2020, vol. 1, pp. 415-436.
- B. Eidelson, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

- L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018.
- L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina, Milano, 2022.
- L. Floridi et alii, *The Ethics of Algorithms: Key problems and Solutions*, in *AI & Society*, 2021, 37, pp. 215–230.
- G. Fusano, *Giustizia predittiva: con la proposta di legge in materia tributaria approda alla Camera il primo sistema di codifica*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 luglio 2022.
- A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.
- O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, Vol. 10, No. 8, pp. 457-478.
- N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.
- R. Kurzweil, *The Singularity is Near. Why Humans Transcend Biology*, Viking, New York, 2005.
- É. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Dalloz, Parigi, 2005.
- E. J. Larson, *Il mito dell'intelligenza artificiale. Perché i computer non possono pensare come noi*, FrancoAngeli, Milano, 2022.
- B. Leoni, *Freedom and the Law*, Van Nostrand, New York, 1961.
- M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista A. I. C.*, 2018, vol. 3, pp. 872-893.
- J. Lovelock, B. Appleyard, *Novacene. The Coming Age of Hyperintelligence*, Penguin, London, 2019.
- N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- V. Müller, voce *Ethics of Artificial Intelligence and Robotics*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020.
- C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milano 1999.
- C. O'Neil, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Giunti, Firenze, 2017.
- L. Olbrechts-Tyteca, C. Perelman, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966, vol. 1.
- F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms which Control Money and Information*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

- K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, Milano, 1975.
- G. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence* (part. 1), in *Oxford University Common Law Journal*, 2002, vol. 2, pp. 155-180.
- R. Richardson, J. M. Schultz, K. Crawford, *Dirty data, bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice*, in *New York University Law Review Online*, 2019, vol. 94, p. 15-55.
- L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004.
- S. Shalev-Schwartz, S. Ben-David, *Understanding Machine-Learning: from Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale. Intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Bio-Law Journal*, 2019, vol. 1, pp. 63-89.
- R. Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- M. Troper, *La forza del precedente e gli effetti perversi nel diritto*, in *Ragion pratica*, 1996, vol. 6.
- F. Viganò, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. IVALDI, M. PELISSERO (a cura di), *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, Genova University Press, Genova, 2021, p. 5-26.
- L. Viola, voce *Giustizia predittiva*, Treccani



**Diritto amministrativo e altri *saperi*:
nuove opportunità per la Scienza dell'amministrazione?**
Administrative Law and other *Fields of Knowledge*:
New Chances for Science of Administration?

FULVIO CORTESE

Professore Ordinario di Diritto amministrativo

Università degli Studi di Trento

fulvio.cortese@unitn.it

ABSTRACT

Il saggio argomenta l'importanza del dialogo tra diritto amministrativo e altri saperi. In primo luogo, ricostruisce il ruolo che in proposito ha svolto la Scienza dell'amministrazione in Italia tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. In secondo luogo, illustra la decadenza di questa disciplina e la sua successiva frammentazione, cercando di analizzarne le ragioni. In terzo luogo, auspica che tale disciplina possa essere nuovamente rilanciata nel contesto degli studi giuridici, osservando le importanti assonanze metodologiche che essa presenta con alcuni sviluppi della comparazione giuridica.

Parole chiave: Diritto amministrativo; Altri saperi; Scienza dell'amministrazione; Panoramica storica; Metodologie del diritto comparato.



DOI: 10.54103/milanlawreview/19507

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 2, 2022
ISSN 2724 - 3273

The essay argues the importance of the dialogue between Administrative Law and other fields of knowledge. Firstly, it reconstructs the role that Science of Administration played in Italy between the end of the 19th century and the beginning of the 20th century. Secondly, it illustrates the decline of this discipline and its subsequent fragmentation, trying to analyze the reasons for it. Thirdly, it hopes that this discipline can be relaunched again in the context of legal studies, underlining the important methodological similarities that it shares with some developments in Comparative Law.

Keywords: Administrative Law; Other Fields of Knowledge; Science of Administration; Historical Overview; Methods of Comparative Law

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Diritto amministrativo e altri *saperi*: nuove opportunità per la Scienza dell'amministrazione?

SOMMARIO: 1. Diritto (amministrativo) e altri *saperi* – 2. *In medias res*: Luigi Rava *vs.* Vittorio Emanuele Orlando? – 3. Scienza dell'amministrazione: ampiezza e parabola di una disciplina e delle sue relazioni, dallo slancio iniziale alla successiva frammentazione – 4. Il rilancio della Scienza dell'amministrazione nella lezione di Feliciano Benvenuti e la comparsa di un tema epistemologico e di un tema etico – 5. (*Comparative*) *Law &...*: un percorso (a sua volta) disciplinare e uno spunto conclusivo.

1. Diritto (amministrativo) e altri *saperi*

Svolgere una riflessione sul rapporto tra diritto amministrativo e altre discipline non è operazione facile. L'assunzione rigorosa di questo compito implicherebbe la necessità di risolvere un delicato quesito preliminare: di quale rapporto si tratta? Se ne può discutere, innanzitutto, come di un rapporto tra entità di natura omogenea?

In alcuni casi la risposta immediata potrebbe essere positiva, in particolare laddove si convenisse di stabilire un'interlocuzione tra discipline pur sempre giuridiche.

Ci si potrebbe accorgere ben presto, però, che anche in questa situazione la *comfort zone* dell'*area comune* è solo apparente, e che anche all'interno dello studio del diritto sussistono prospettive metodologiche assai diverse. Giusto per limitarsi ad un unico – eppure evidente – caso, si può riflettere sulle ricerche relative alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e al suo significato¹: lo sguardo dell'amministrativista, sul punto, non è sempre coincidente con lo sguardo del civilista, ed entrambi, peraltro, specie se visti in dinamica storica, assumono traiettorie assai oscillanti.

Naturalmente le cose si complicano allorché si immagini di ragionare della relazione tra diritto amministrativo e discipline non giuridiche. Un po' perché la collocazione del diritto *tout court* resta sempre un po' oscillante, non essendo così

¹ Su cui v., da ultimo, la riflessione di B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020.

chiaro se quella giuridica possa davvero definirsi una *scienza* al pari delle altre². Un po' perché il livello di interazione che si crea allorché si cerchi di far dialogare una qualsiasi disciplina giuridica con una qualsiasi altra disciplina non giuridica pare sempre destinato a restare catturato dalla dialettica del rapporto tra *dover essere* ed *essere*³: due piani, all'evidenza, che tradizionalmente possono segnare un confine molto netto, suscettibile di diventare un vero e proprio muro invalicabile⁴.

Da quest'ultimo punto di vista, poi, è pure interessante annotare che, sia che si discuta del rapporto tra diverse discipline giuridiche, sia che si controverta del rapporto tra discipline giuridiche e discipline non giuridiche, ci si può scoprire comunque tentati dall'assunzione pregiudiziale di una *prospettiva ordinante* (gerarchica o, viceversa, orizzontale), che in fondo si pensa di ricavare dalla proiezione di senso operativo che si postula di dover dare al proprio campo di conoscenze e, in esso, ad una personale ricostruzione teorica⁵.

Simili difficoltà suggeriscono di provare la strada di un altro approccio.

L'idea è quella di discutere della relazione tra diritto amministrativo e altri *saperi* focalizzando l'attenzione non tanto sulle branche oggetto di studio, o sui loro metodi⁶, bensì sul *bagaglio formativo* che un soggetto può apprendere, e

² Il tema è amplissimo. Una interessante analisi del crinale di "differenziazione" tra diritto e altre scienze si trova svolta in un contributo di G. Bognetti, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012.

³ Come ha icasticamente osservato F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 84, «[s]tudiando il diritto operiamo su enunciati prescrittivi».

⁴ Per quanto non si tratti, a ben vedere, di un confine così netto: «Gli scienziati della natura (o, secondo i più oggi, gli scienziati *tout court*), e cioè coloro che riflettono sul mondo naturale (il mare, l'aria, le stelle, il sole, e così via all'infinito), in generale presuppongono che la loro attività di riflessione, e cioè il loro investigare sulle cose, o con i propri sensi o più spesso con appropriati strumenti, non modifichi in alcun modo l'oggetto investigato: esso sussiste così com'è sia prima che dopo che indipendentemente dalla investigazione. Per la verità coloro che conoscono la meccanica quantistica ci informano che al loro livello non è così: il raggio di luce che l'investigatore getta sull'atomo diventa parte inscindibile dell'oggetto esaminato, non è più possibile considerare ciò che viene esaminato come del tutto indipendente dalla azione di chi esamina» (così G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2003, p. 835).

⁵ Emblematico di una tale prospettiva, e famoso, per rimanere al rapporto, già ricordato, tra diritto pubblico e diritto privato, è il passo, peraltro efficace, di Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Nistri, Pisa, 1918, rist. Sansoni, Firenze, 1977, p. 7-8: «il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico. [...] [Il diritto privato] è, senza dubbio, una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto a volte silenziosamente, dominato».

⁶ Cfr., ad esempio, A. Travi, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri 'saperi'*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2003, p. 865 ss.

segnatamente di ciò di cui un giurista amministrativista può appropriarsi *anche al di là* del diritto e del diritto amministrativo in particolare.

Va precisato che in tal modo non si intende alludere ai problemi che il giurista amministrativista fronteggia nelle occasioni in cui l'applicazione della sua disciplina lo porta a contatto con la rilevanza di conoscenze e competenze ulteriori e differenti, vuoi perché chiamate in causa per implicazioni di carattere organizzativo o funzionale, vuoi perché relative al substrato specifico di una normativa di settore.

Non si intende, quindi, ad esempio, affrontare il tema della discrezionalità tecnica o dei concetti giuridici indeterminati. Né ci si vuole cimentare con l'analisi della consulenza tecnica d'ufficio o delle verificazioni nel giudizio amministrativo; né con lo studio dell'utilizzo da parte della pubblica amministrazione, vieppiù digitalizzata, di tecnologie informatiche o di processi di intelligenza artificiale. Tanto meno, inoltre, ci si propone di ragionare – se è consentito l'uso traslato della terminologia tipica del diritto penale – della *parte speciale* del diritto amministrativo (e così, ad esempio, di diritto urbanistico, di diritto dell'ambiente, di diritto dell'energia, di diritto pubblico dell'economia etc.), che come tale è strutturalmente definita dall'attrito che si pone tra un peculiare oggetto di attenzione normativa e lo sguardo dell'istituzione pubblica e/o del diritto che la regola.

Ciò che si vuole indagare, in verità, è se, e perché, al giurista amministrativista *serva* un *patrimonio* costituito da un *complesso* di saperi, giuridici e non giuridici⁷.

2. In medias res: Luigi Rava vs. Vittorio Emanuele Orlando?

Per affrontare questo tipo di discorso ci si può subito giovare di un salto nel passato; di uno sguardo retrospettivo che può apparire quasi sorprendente, poiché *rischia* di farci accorgere che il dibattito sul rapporto tra il diritto (non solo amministrativo) e gli altri saperi (nel senso da ultimo anticipato) è cosa assai risalente, e che può essere utile, pertanto, “riavvolgere il nastro”, partendo *in medias res* e muovendo da una discussione molto concreta, tuttora attualissima.

È quella di cui dà conto Luigi Rava (1860-1938) in un suo scritto del 1894, su *La contabilità di Stato ed i suoi problemi attuali in relazione alla finanza e al diritto*, originariamente concepito quale prolusione al corso di Contabilità dello Stato, tenuta il 30 novembre 1893 presso l'Università di Bologna⁸.

⁷ Secondo un orientamento in parte simile a (ma non del tutto coincidente con) quello coltivato da G. Pascuzzi, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021, p. 337 ss. Ma v. anche M. Ramajoli, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017, p. 187 ss.

⁸ Zanichelli, Bologna. V. oggi in L. Rava, *Un pensiero per lo Stato. Antologia di un riformatore*, cur. F. Cortese, A. Rapini, Ronzani, Vicenza, 2022, p. 93 ss.

Rava racconta di una sessione parlamentare svoltasi nel maggio del 1876, allorché si era messo in scena un acceso confronto su quanto accaduto l'anno precedente in merito all'approvazione di nuovi regolamenti universitari, per i quali era stata introdotta «la novità dei corsi complementari della facoltà giuridica», ossia i corsi di «Enciclopedia delle scienze politiche», «Scienza dell'amministrazione», «Scienza delle finanze», «Contabilità di Stato», «Storia dei Trattati»⁹.

Alcuni parlamentari – tra cui Augusto Pierantoni (1840-1911), autorevole internazionalista – avversarono esplicitamente questa scelta, contestando a viso aperto la stessa «personalità scientifica»¹⁰ delle discipline relative a quei corsi. Altri, viceversa, difesero l'opzione innovativa, sottolineandone l'importanza.

A favore di questa seconda linea si espresse, per tutti, Angelo Messedaglia (1820-1901) – anch'egli giurista di formazione (essendosi laureato *in utroque iure*), e uno degli intellettuali italiani più illustri dell'epoca, oltre che presidente dell'Accademia dei Lincei – pronunciando parole che meritano di essere riprese anche in questa sede¹¹:

A che cosa sono preordinate ed a che servono le nostre facoltà? Alle carriere giudiziarie e forensi, ai consolati, e punto alle carriere amministrative. Le carriere amministrative non conoscono diploma universitario; e si tenta supplirvi con un sistema di esami. Ciascun Ministero ha il suo proprio sistema. Per ragioni pratiche e didattiche occorre quindi una cultura speciale, e questa deve arrivare ai gradi più alti delle istituzioni universitarie. Per ragioni scientifiche, d'altro canto (...) movimento naturale trae alla specializzazione, così nella scienza nostra, come nelle scienze fisiche.

Il passaggio è di grande rilievo, e per più ragioni.

Una è strettamente correlata alla sottolineatura di un'urgenza storicamente specifica e per nulla trascurabile.

Infatti, uno dei motivi che vengono richiamati per avallare l'*integrazione* di discipline propriamente giuridiche con discipline non propriamente giuridiche è la presa d'atto che, in pieno positivismo scientifico e tecnologico, l'evoluzione delle prime non poteva che essere strettamente legata allo sviluppo delle seconde: ad un movimento, cioè, sinergico nel quale l'intensificarsi e intricarsi dei rapporti sociali ed economici – e tecnologici e produttivi – della seconda metà dell'Ottocento avrebbe potuto essere razionalizzato e coordinato efficacemente nel sistema giuridico e istituzionale ad una sola condizione, vale a dire all'approfondirsi delle specializzazioni del sapere, in qualsiasi campo, e alla riconduzione di tali approfondimenti all'attività legislativa e di cura concreta della cosa pubblica.

La pertinenza di questa osservazione anche al tempo di oggi si dimostra quasi da sola.

⁹ Ibid., p. 95.

¹⁰ Ibid., p. 95.

¹¹ Ibid., p. 96-97.

Se è vero che tra XIX e XX secolo si consumano trasformazioni notevolissime nello statuto disciplinare di molte scienze, ivi compresa quella giuridica – e che ciò accade anche in virtù della spinta che il diritto in generale conosce per via dell'accresciuto ruolo del legislatore, impegnato a rincorrere l'istanza di nuovo equilibrio tra ordine politico-economico e ordine giuridico, e a dare dunque effettività all'intervento pubblico regolatore e amministratore – è altrettanto vero che la spinta al cambiamento, o, come meglio si dice, alla *transizione* (sociale, ecologica, tecnologica etc.), è la parola d'ordine che orienta, anche giuridicamente, il pieno e maturo passaggio dal XX al XXI secolo (per le fibrillazioni costanti e frammentanti della globalizzazione giuridica¹², ma anche per la manifestazione diffusissima di larghi e decisivi processi di giuridificazione di interessi che diventano giuridicamente rilevanti *proprio* in quanto scientificamente e tecnologicamente condizionati¹³).

Sicché è del tutto spontaneo chiedersi se anche questa transizione non esiga uno sforzo di riposizionamento disciplinare e di arricchimento formativo e culturale analogo a quello su cui si rifletteva quasi 150 anni fa.

Non è strano formulare questo parallelo. Non lo è non solo per il fatto che, tra Ottocento e Novecento, il potenziamento e l'affermazione di molte politiche pubbliche, e con esse dello Stato e dell'idea stessa di Nazione, si devono ricondurre, anche in Italia, alla tesaurizzazione cosciente di molteplici scoperte o innovazioni scientifiche¹⁴. Lo è anche per la circostanza che, come ha intelligentemente annotato un interprete (non giurista, ma critico letterario e scrittore¹⁵) negli anni in cui si sarebbero ben presto affacciate quelle che poi sono diventate le costanti crisi degli anni Duemila, ciò a cui andiamo assistendo – e sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, *in primis* nelle arti figurative, ma non solo – è un vero e proprio «ritorno dell'Ottocento»¹⁶: di un tempo che continua a rappresentare pur sempre, e pure per noi, «l'inizio del presente»¹⁷. Perché proprio l'Ottocento ha costituito «il tempo delle forme»¹⁸, il momento, a tutt'oggi (per alcuni) mai finito¹⁹, in cui, nonostante le numerose fratture e avanguardie novecentesche, si è affermato un certo *paesaggio* e un certo *senso di appartenenza*, che rendono facile *riconoscersi*, e che, nonostante ciò, e paradossalmente, perpetuano al

¹² V. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2002.

¹³ Cfr. F. Cortese, S. Penasa, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

¹⁴ In tema cfr. S. Stewart-Steinberg, *The Pinocchio Effect. On Making Italians, 1860-1920*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007 (tr. it. *L'effetto Pinocchio. Italia 1861-1922. La costruzione di una modernità complessa*, Elliot, Roma, 2011).

¹⁵ A. Zaccuri, *Il futuro a vapore. L'ottocento in cui viviamo*, Edizioni Medusa, Milano, 2004.

¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁸ *Ibid.*, p. 15.

¹⁹ È questa anche la lettura di A. Zaccuri, *Il futuro a vapore*, cit.

contempo una irresistibile sensazione di doveroso superamento, e *spaesamento*, e, con essa, di altrettanto conseguente *aggiornamento* (di sguardi, di categorie, di metodi)²⁰.

Rilevare quest'ultimo punto aiuta a capire come ci sia anche una seconda ragione che rende l'intervento di Messedaglia molto interessante. Ed essa consiste nell'adesione che ai suoi contenuti dimostra pienamente Luigi Rava, dal quale si è preso avvio: non si limita a riferire quegli stessi contenuti, ma ambisce a costruirvi sopra la legittimazione della nascita e dell'evoluzione, nell'università del nostro Paese, della Contabilità di Stato come di molte altre discipline speciali, tra cui anche la Scienza dell'amministrazione, della quale egli è stato, non a caso, illustre maestro.

È nel saggio su *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo più recente sviluppo*, del 1897²¹, che Rava prende una posizione molto netta sul tema oggetto di questo contributo, contrapponendo il proprio pensiero a quello di Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), il grande padre della Scuola italiana di diritto pubblico: il più forte e risoluto, e colto, portavoce della lezione tecnico-giuridica²², che, alla fine del XIX e agli albori del XX secolo, ha posto le basi concettuali, metodologiche e formali del diritto amministrativo, di *quel* diritto amministrativo nel quale (riprendendo le espressioni poc'anzi riferite) ancora *ci riconosciamo* come giuristi e siamo soliti coltivare il nostro *senso di appartenenza*.

Per poter meglio fronteggiare quella lezione, Rava riproduce un estratto²³ – che troverà sede nella parte introduttiva del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*²⁴, autentico monumento dello sforzo scientifico di Orlando – in cui il giurista palermitano la sintetizza in maniera molto chiara:

Stabilito che tutta la grave ed estesa materia dell'azione sociale dello Stato dia luogo a due aspetti diversi che già distinguiamo [economico e giudiziario, n.d.r.] deve ammettersi che tutta la parte economico-sociale debba restar fuori della scienza del diritto amministrativo, per la ragione semplicissima che tutto quell'ordine di studi dal diritto prescinde, e non può consentirsi che sia studiato da una scienza essenzialmente giuridica. Che poi tutto questo complesso di cognizioni debba considerarsi come parte di un'altra

²⁰ Le espressioni in corsivo sono utilizzate sempre da A. Zaccuri, *Il futuro a vapore*, cit., p. 16.

²¹ Zanichelli, Bologna, 1898. Ma cfr. sempre in L. Rava, *Un pensiero per lo Stato*, cit., p. 135 ss.

²² Su cui v., per tutti, A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 49 ss.

²³ Ibid., p. 163.

²⁴ V.E. Orlando, *Il sistema del diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società editrice libraria, Milano, 1900, p. 92-93. Questa prima parte del trattato (che "usciva" in fascicoli) risale già al 1897. In argomento v. A. Cassatella, *I confini tra diritto amministrativo e scienze dell'amministrazione: la lezione di Orlando*, F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, FrancoAngeli, Milano, p. 275 ss.

scienza (dell'economia politica) o come scienza autonoma (scienza dell'amministrazione?) o come determinante varie scienze speciali (scienza delle finanze, dell'esercito, ecc.), su queste quistioni noi possiamo dichiararci non meno indifferenti che incompetenti (...).

A tale dichiarazione di assoluta autonomia del diritto amministrativo, Rava, dopo aver professato «deferenza nei confronti dell'illustre amico»²⁵, obietta come segue²⁶:

L'affermare che tutto l'ordine di studi politico-sociale dal diritto prescinde può condurre a conseguenze eccessive e a dubbi pericolosi. Ma di quale politica s'intende parlare e di quale scienza sociale? Di quella certamente che fu definita *ars fallendi homines*; che giudica la libertà ed i poteri, come emanazione del re o come concessione di popolo; o diritto divino della Corona, o diritto divino della moltitudine. Di quella, che in luogo delle prerogative del capo dello Stato, ha il potere personale; invece dell'autorità circoscritta del parlamento, l'arbitrio illimitato delle assemblee; invece del selfgovernment, o un dispotico accentramento o una dispersione anarchica del potere dello Stato.

Ma la vera politica è ben altro. Non soffoca, alimenta il diritto e lo ritempra e lo trasforma e lo muove. Il diritto come misura ha di fronte l'idea; la politica come impulso ha di fronte l'ideale. Così la politica aggiunge al diritto quello che il sentimento al cervello, e ne mitiga i rigidi sillogismi e lo fa entrare nella vita.

Il diritto non può concepirsi come un nucleo immobile di principii assoluti. Politica e scienza sociale dunque non lavorano contro o fuori il diritto: ma lavorano col diritto e per il diritto, e sottopongono alla sua sfera di azione e di coordinamento nuovi rapporti che domandano di uscir dall'arbitrario indeterminato ed entrare, per utilità comune, nella sfera del regolato e dell'obbligatorio.

I termini della contrapposizione sono facilmente *comprendibili*. Ma sono anche – e specie con lo sguardo di oggi – altrettanto facilmente *componibili*.

Poiché, a ben vedere, la prospettiva di Orlando non è pienamente incompatibile con la prospettiva di Rava, visto che risentono entrambe della fase storica in cui sono state affermate e, in quanto giuridiche, della cornice costituzionale in cui esse dimostrano di voler muoversi: cornice, che, pur attinendo comunque all'esame imprescindibile – e da entrambi ritenuto urgente, perché fondante – degli sviluppi dello Stato rappresentativo, da una parte è tralasciata dalla prospettiva dello Stato liberale e della difesa (anche per via logica, e dunque linguistica e tassonomica) di uno specifico equilibrio di forze socio-politiche, dall'altra è pensata in funzione delle mutazioni democratiche di quella forma di Stato, la cui sopravvivenza è, all'opposto, concepita soltanto in quanto legata all'adeguamento (efficiente, proporzionato, "moderno") delle strutture istituzionali e della loro idoneità a corrispondere ai nuovi e pressanti bisogni di regolazione.

²⁵ L. Rava, *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo più recente sviluppo* (1898), in Id., *Un pensiero per lo Stato*, cit., p. 163.

²⁶ Ibid., p. 164.

In buona sostanza: i due non sono così distanti, per ciò che concerne il perseguimento di un fine di garanzia della tenuta dello Stato rappresentativo; né lo sono per ciò che riguarda il rapporto che vi dev'essere tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione, rispetto ai quali predicano comunque un regime di reciproca autonomia. A dividerli vi è un unico, invero non trascurabile, profilo, che peraltro, in Orlando, è più teorizzato che predicato (sarà predicato molto di più dalla Scuola che da egli prende avvio), ossia la concezione del giurista e della sua identità o, meglio ancora, la risposta alla domanda se questa identità, per costituirsi veramente, *scientificamente*, debba rendersi essa stessa del tutto autonoma, allo stesso modo di ogni disciplina giuridica, ovvero debba crescere e modularsi nella relazione con altre discipline non giuridiche.

Non è una domanda ingenua; né pone un dilemma di semplice risoluzione. Ciò va enfatizzato perché gli scopi che si poneva Orlando erano anch'essi di "modernizzazione" e di "specializzazione", nel senso di un *affrancamento costitutivo* delle discipline giuspubblicistiche, per renderle "più esatte", meno oscillanti, più rispondenti alle ragioni ordinanti di un sistema normativo che andava strutturandosi in modo sempre più pronunciato²⁷. Non va dimenticato, del resto, che nell'azione di Orlando (perché di *azione* si tratta, non solo di *pensiero*) i mezzi di un tale programma scientifico sono anche quelli, al tempo rivoluzionari, della rinnovazione dei generi e dei veicoli della letteratura giuridica. Non si può non convenire, insomma, che gli scopi che Orlando si poneva erano assai meritevoli, tanto che tutt'oggi necessitano di essere sempre rinverditi.

Quello che si può sicuramente ipotizzare, tuttavia, è che nel contesto attuale "un po' di Rava" possa solo giovare a una ineludibile "matrice orlandiana", non per contrastarla o superarla integralmente, dunque, ma per correggerne gli eccessi (che, occorre ribadirlo, non erano dell'Orlando intellettuale e uomo del suo tempo a tutto tondo), e per evitare che la solida costruzione di un metodo giuridico, e come tale distinguibile da altri metodi scientifici, si traduca nella formazione di un'identità esclusivamente autoreferenziale e, così, nella produzione di un *complesso identitario*.

Su questo complesso occorre soffermarsi brevemente.

Si tratta di una situazione nella quale il soggetto – nel caso, il giurista – anziché arricchirsi nel suo sapere (oltre che nella sua dimensione *lato sensu* esistenziale e, in ipotesi, professionale) per via di confronto e di conflitto (perché no?) con altri saperi, finisce per guardare alla realtà che lo circonda con una sola lente: quindi con un atteggiamento totalizzante e quasi religioso, che del pluralismo disciplinare (curiosamente) si nutre, sia pur in modo particolare, vale a dire purché quel pluralismo rimanga *ben definito*, capace, cioè, distinguere esperienze singolarmente e simultaneamente indipendenti l'una dall'altra. È

²⁷ V. il "classico" saggio su *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, XLII, 1, 1889, e in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 3 ss.

fenomeno che, recentemente, un noto studioso (un classicista) ha sintetizzato come segue²⁸:

La religione dell'identità consiste dunque in un monoteismo che ha contemporaneamente assetto politeista, perché non solo ammette, ma esige l'esistenza di altre identità. Salvo che, da buon monoteista, l'identitario 'duro' non presenta alcuna curiosità per le culture diverse da quella che ritiene essere la propria. Sa che queste culture esistono, anzi sa che ci devono essere (...) per potersi contrapporre ad esse. (...) La propria identità basta e avanza, è su di essa che bisogna concentrarsi, isolandone i presunti tratti distintivi, scavando nelle sue profondità come se si trattasse di un metallo prezioso che (...) è vist[o] come un'inesauribile fonte di arricchimento identitario.

Un tale esito – è quasi superfluo puntualizzarlo – non sarebbe piaciuto neppure a Orlando. E per Rava (è altrettanto superfluo enfatizzarlo) sarebbe stato nefasto, perché ne avrebbe fatto le spese il diritto stesso, marginalizzato da altre irresistibili, e via via più numerose, *funzioni* della società, dell'economia e della cultura, lasciate libere di operare arbitrariamente perché disposte su strade non comunicanti con quelle della razionalizzazione giuridica e dell'azione pubblica.

La Scienza dell'amministrazione, in questa seconda prospettiva, avrebbe potuto, e può, svolgere un ruolo di *mediazione istituzionale*, di *inculturazione* (se si vuole) delle discipline e dei saperi *altri* rispetto a quello giuridico, per farli transitare nel modo migliore nelle discussioni dei giuristi pubblicisti (e non solo) e all'interno della *machinery* delle istituzioni pubbliche, e renderli per tale via concretamente cooperativi alle finalità ultime di uno Stato in condizione di intensissimo cambiamento.

3. Scienza dell'amministrazione: ampiezza e parabola di una disciplina e delle sue relazioni, dallo slancio iniziale alla successiva frammentazione

Ma quale fine ha fatto la Scienza dell'amministrazione?²⁹

A questo punto della riflessione, domandarselo non è lecito, è doveroso. Se ad essa venivano attribuiti, da taluni, così grandi virtù e potenzialità, è fisiologico comprendere se le attese siano state o meno soddisfatte. Ed è curioso constatare che quella che ha percorso la disciplina in esame è stata una vera e propria *parabola*, una traiettoria che, in effetti, si è avviata con molte speranze, e con scelte "accademiche" anche assai coraggiose, e che, tuttavia, ben presto, si è spenta, con l'ufficiale fuoruscita della disciplina stessa dalle scienze impartite nelle Facoltà

²⁸ M. Bettini, *Hai sbagliato foresta. Il furore dell'identità*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 53.

²⁹ In tema v. C. Mozzarelli, S. Nespor, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Marsilio, Venezia, 1981, in part. p. 19 ss. Ma v. anche G. Berti, V. Angiolini, *Scienza dell'amministrazione*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 927 ss.

giuridiche e, di conseguenza, dai saperi di cui è opportuno che il giurista (anche amministrativista) possa impadronirsi³⁰.

Le tappe di questa (lunga) parabola sono sostanzialmente tre.

La prima ha preso avvio con l'episodio già segnalato in precedenza, nel 1875, allorché si è fatta pionieristicamente strada l'idea che nelle Facoltà giuridiche i pilastri della formazione *stricto sensu* giuridica potessero accompagnarsi con lo studio di discipline atte a comunicare ai "giuristi in formazione" nozioni e sensibilità strumentali a collocare il proprio sapere in un contesto di crescente complessità sociale, economica e istituzionale.

Lo spunto veniva dall'allora Ministro dell'istruzione Ruggiero Bonghi e, precisamente, dal r.d. 11 ottobre 1875, n. 2775, contenente il nuovo regolamento speciale della Facoltà di Giurisprudenza³¹, al cui art. 7 si trovavano elencate, come corsi finalizzati al compimento dello studio delle cc.dd. "scienze politiche", le materie "altre" (tra cui la Scienza dell'amministrazione), su cui si è tenuto il dibattito parlamentare già citato, con la presa di posizione di Angelo Messedaglia.

Come ricorda anche Luigi Rava³², un tale spunto non ebbe grande successo, e ciò proprio a causa del dibattito qui rievocato, utilizzato come pretesto per una vera crisi di Governo, ad esito della quale la nuova normativa fu ritirata (o meglio superata dal r.d. 8 ottobre 1876, n. 3434). Tuttavia, pur lasciata l'iniziativa all'autonomia (diremmo oggi) delle singole sedi (v. art. 6 del r.d. n. 3434/1876 cit.), «le cattedre complementari sorsero man mano nelle varie università, e fecero buona prova»³³, tanto che, nella nuova normativa del 1885 (che risale all'opera del Ministro Michele Coppino: v. r.d. 22 ottobre, n. 3440), la Scienza dell'amministrazione è promossa a insegnamento ufficiale e obbligatorio, abbinata proprio al Diritto amministrativo, in un'unica "materia" biennale, «Scienza dell'amministrazione e Diritto amministrativo» (art. 1)³⁴.

Si apre in questo momento la seconda fase della disciplina. Ed è una fase, inizialmente anche incoraggiante e piuttosto durevole, che prosegue fino al 1935, ossia fino alla cancellazione, o – come è stato efficacemente scritto – allo

³⁰ Su questa parabola (ricostruita attraverso le evoluzioni del pensiero di un autorevole amministrativista) v. A. Rapini, *Una scienza per la "felicità dei cittadini": la traiettoria di Giovanni Vacchelli (1866/1940)*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca*, cit., p. 275 ss. V. quindi Id., *A Social History of Administrative Science in Italy. Planning a State of Happiness from Liberalism to Fascism* (in corso di pubblicazione per Palgrave Macmillan).

³¹ Il testo di questo regolamento si può facilmente consultare in A.M. Giomaro, *La formazione del giurista nel XIX secolo. Il caso della "libera" Università di Urbino (quasi una cronaca)*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, Vol. 68, n. 3-4/2017, p. 455-456.

³² Cfr. sempre L. Rava, *La contabilità di Stato ed i suoi problemi attuali in relazione alla finanza e al diritto* (1894), in Id., *Un pensiero per lo Stato*, cit., p. 98.

³³ Ibid., p. 98.

³⁴ Anche il testo di questo nuovo regolamento è consultabile in A.M. Giomaro, *La formazione del giurista*, cit., p. 473-476.

«sfarinamento»³⁵ della materia stessa, formalmente ad opera del Ministro Cesare Maria De Vecchi³⁶, che la “asportò”, per così dire, non solo dalle Facoltà giuridiche, ma anche dall’ordinamento della Facoltà di Scienze Politiche, nata nel 1925³⁷. In verità si è trattata di una lenta agonia, di una consunzione graduale, che ha visto attive “forze” diverse, eppure convergenti.

La spiegazione più diffusa vede concordi, oramai, molti interpreti, attribuisce un peso fondamentale all’affermazione progressiva della lezione, sopra riassunta, di Vittorio Emanuele Orlando e della Scuola italiana di diritto pubblico, ed è stata bene riassunta in questo modo³⁸:

La ‘svolta’ orlandiana, coeva (...) a questi sviluppi, si presenta come una duplice impresa di razionalizzazione: duplice – si badi – nel senso di presentarsi con due facce tra loro connesse. Da un lato, essa è operazione di ripensamento e sistemazione scientifico-disciplinare; dall’altro, essa è fissazione e validazione della forma assunta dallo Stato italiano sul finire dell’Ottocento.

Dunque, in primo luogo, il diritto amministrativo si trasforma in senso disciplinare e accademico. Vengono così superate le contiguità con altri ambiti del diritto: tanto con il diritto civile che con il costituzionale, e non da ultima con la scienza dell’amministrazione (...). I materiali di discipline altre cessano così di arricchire – o ‘contaminare’ – il ragionamento dell’amministrativista.

In secondo luogo, e congiuntamente, si riduce la distanza del giurista dagli ordinamenti amministrativi e dalle norme positive che li regolano, delle quali ora il pensiero giuridico-amministrativo si propone di costituire l’intelaiatura razionale. Infatti, la ribadita distinzione tra legge e diritto (o ‘scienza del diritto’) darà in realtà luogo a un vicendevole, ineludibile modellamento dell’ordinamento sulla dottrina e viceversa.

Ma al centro di uno e dell’altra sta ora – ed è profilo tipico di questa stagione di studi – un’amministrazione pubblica ‘sovrana’, che per dirigere la società (o la nazione, ormai nel suo pieno farsi) deve esserle ragionevolmente sovraordinata. Certo, tale potestà pubblica deve sempre aderire ai principi liberali, ma questa volta ponendosi l’accento sull’esigenza di un più esteso intervento e di un più perentorio comando. (...).

Correlativamente, se qualcuno aveva pensato il diritto amministrativo come ‘diritto civile nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione’ ora esso è davvero e pienamente diritto dell’amministrazione pubblica nei suoi rapporti con la società civile. È un diritto che deve potere articolare nei confronti del cittadino «supremazia», «unilateralità», «limitata responsabilità» (...). E la scienza che lo pensa deve, a sua volta, costruire questi concetti come concetti informativi dell’amministrazione. Essa è perciò scienza di un diritto amministrativo ‘nazionale’, non solo né tanto perché aderisce ai dettami di una scuola giuridica, quella orlandiana, che ‘nazionale’ vuole denominarsi; ma

³⁵ Così A. Rapini, E. Pavan, *Reti, poteri e confini nelle “discipline amministrative” italiane (1885-1935): per una storia sociale delle idee*, in *Italia contemporanea*, agosto 2022, n. 199, p. 21.

³⁶ V. il r.d. 28 novembre 1935, n. 2044.

³⁷ In argomento v. il saggio di M. Caravale, *Per una storia della Facoltà di Scienze politiche in Italia: il caso di Roma*, in *Le Carte e la Storia*, n. 1/1995, p. 17 ss.

³⁸ F. Rugge, *Il problema dell’amministrazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Treccani, Roma, 2012, p. 327 ss.

anche perché, dismessa ogni polemica, ipostatizza un ordinamento che intende dare vertebratura a uno Stato e a una società compiutamente nazionali (...).

Come è stato recentemente, e attentamente, ricostruito – anche con l’ausilio dei metodi di *social network analysis*, che sono tipici di scienze non giuridiche, e precisamente delle scienze sociali³⁹ – la lettura da ultimo riproposta non corrisponde solo alla registrazione del successo scientifico di una specifica metodologia giuridica. È lo specchio di una ampia e articolata operazione universitaria, che si è svolta, per lo più, nelle sedi concorsuali, dunque nel momento in cui si andava selezionando la classe docente.

Lo spoglio delle procedure selettive dei professori ordinari su “Scienza dell’amministrazione e Diritto amministrativo” svoltesi tra il 1885 e il 1935, con elaborazione dei relativi dati, dimostra che vi è stata, nel tempo, una vera e propria evoluzione del *core* delle procedure in questione, ossia del gruppo di studiosi più presenti, e così più influenti, nelle relative dinamiche.

Fino al 1915, infatti, il *core* è stato oggetto di un processo di graduale *ripopolamento*, con uscita progressiva di professori più anziani e con ingresso graduale di studiosi più giovani e destinati a divenire rapidamente insigni, non a caso esponenti del raggruppamento orlandiano “in formazione”, tra cui si segnalano soprattutto Federico Cammeo (1872-1939), Vittorio Brondi (1863-1932), Santi Romano (1875-1947).

Al centro di quel *core* si trovavano ancora due personalità importanti per l’epoca, Federico Persico (1829-1919) e Alfredo Codacci Pisanelli (1861-1929); due campioni, per così dire, di visioni opposte, essendo il primo aduso alle contaminazioni con discipline e saperi altri – assieme ad un altro portavoce di tale approccio, Carlo Francesco Ferraris (1850-1924), che era vicino anche ad Angelo Messedaglia, con il quale aveva cooperato per la recezione in Italia, dalla Germania, delle opere di Lorenz Von Stein (1815-1890)⁴⁰ – e dimostrandosi il secondo, invece, “più deciso di Orlando”, ossia impegnato a negare addirittura la stessa autonomia della Scienza dell’amministrazione⁴¹.

In un secondo momento, che si può collocare dal 1920 al 1935 (giòva ricordare che la Grande Guerra aveva pressoché interrotto qualsiasi dinamica concorsuale, almeno fino al 1919), il «nucleo di coordinamento»⁴² delle reti concorsuali è molto più ridotto ed è caratterizzato dalla presenza costante di quattro grandi giuristi, ossia, oltre a Cammeo e Santi Romano, già citati e “consacrati”, anche di Umberto Borsi (1878-1961) e Oreste Ranelletti (1868-1956):

³⁹ V. il già ricordato studio di A. Rapini, E. Pavan, *Reti, poteri e confini*, cit.

⁴⁰ L’importanza di Ferraris è riconosciuta espressamente nella voce di G. Capitani, *Scienza dell’amministrazione*, in *D. It.*, XXI, Parte Prima, 1927, Utet, Torino, p. 795 ss.

⁴¹ Cfr. specialmente A. Codacci Pisanelli, *Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale e che sia la scienza dell’amministrazione: prolusione letta nella R. Università di Pavia il dì 11 gennaio 1887*, L. Vallardi, Milano, 1887.

⁴² Così sempre A. Rapini, E. Pavan, *Reti, poteri e confini*, cit., p. 36.

tutti questi Autori erano legati, più o meno direttamente, alla lezione orlandiana, ormai preminente nella definizione, tramite concorso, di ciò che potesse rappresentare il «*nomos* della disciplina»⁴³.

È per tale via che, all'atto della formale soppressione nel 1935, la Scienza dell'amministrazione, nel suo ruolo di disciplina "ponte" tra saperi diversi, in funzione di arricchimento e formazione consapevole del giurista nei confronti delle innumerevoli e più attuali questioni sociali ed economiche, era già stata sostanzialmente abbandonata per via di graduale e incrementale definizione concorsuale di standard metodologici e contenutistici non proprio sintonici, da osservarsi da parte di ogni candidato per essere promosso al ruolo di professore a tutti gli effetti⁴⁴.

Gli studi che hanno confermato con i numeri la parabola così descritta hanno anche annotato come, con l'istituzione nel 1925 della Facoltà di Scienze Politiche (già menzionata), il movimento volto a *disaggregare* la Scienza dell'amministrazione, sottraendola all'ambito dei saperi giuridici e ai relativi percorsi formativi, e articolandola in molteplici *specializzazioni singolari*, abbia aperto una terza fase di questa particolare disciplina, ossia il lunghissimo periodo (che, a ben vedere, dura tuttora) nel quale, per un verso, la materia è diventata oggetto degli approfondimenti di altre scienze (quella politica e, gradualmente, quella economica), per altro verso, invece, essa si è quasi volatilizzata, a vantaggio di una frammentazione specializzante dei saperi che vi si coordinavano necessariamente perché concepiti nella comune finalizzazione pubblica.

D'altra parte, se si "salta" a ciò che oggi significa la Scienza dell'amministrazione, possiamo avere una pratica espressione della volatilizzazione in questione anche soltanto ponendo attenzione alla lettura del testo vigente della specifica classe di laurea (L-16) in «*Scienze dell'Amministrazione e dell'Organizzazione*»⁴⁵, le cui «aree» sono, oltre a quella «giuridica» (che in qualche modo testimonia il punto di partenza dell'intera vicenda disciplinare), quella «storico, politico e sociale», quella «statistico-economica», quella «socio-politologica», quella «economico-aziendale», nonché quella «socio-psicologica».

È facile comprendere, allora, che, in ciò che si potrebbe definire come *latitanza istituzionale* di una disciplina capace di fare, come si è accennato, da "ponte" tra saperi giuridici e saperi non giuridici (si potrebbe qualificare la condizione attuale come *postdisciplinarità*⁴⁶), tutto il dibattito che oggi si svolge sulle relazioni tra detti saperi è consegnato a un paradigma di *multidisciplinarietà* o *pluridisciplinarietà*, che tanto è potenzialmente forte "in verticale" (*i.e.* nelle azioni di

⁴³ Ibid., p. 39.

⁴⁴ L'abbandono in questione è del tutto consacrato nella voce di U. Forti, *Amministrazione (scienza dell')*, in *N. Dig. It.*, 1, Utet, Torino, 1937, in part. p. 404.

⁴⁵ Cfr. il d.m. 22 ottobre 2004, n. 270 (corsivo aggiunto).

⁴⁶ Così A. Rapini, *Una scienza*, cit., p. 294.

ricerca e di formazione specialistiche), quanto è debole “in orizzontale” (i.e. nella capacità di dialogo, interazione e contaminazione tra saperi). E che postula, in definitiva, che si discuta, sia pur con una estrema varietà di approcci interdisciplinari, di movimenti o sforzi comunque orientati alla costituzione di *arene funzionali* di analisi, studio e formazione.

D'altra parte, l'istanza di *connessioni utili*, come si è constatato, è sempre più sentita, rimanendo costantemente in gioco – anche nelle *transizioni* presenti – l'esigenza di trasferire o tradurre in modo efficace ed efficiente su fattispecie in estrema trasformazione le riflessioni che il diritto elabora sull'ordinamento giuridico quale luogo di equilibrio e razionalizzazione, per il perseguimento di specifici obiettivi e per il rispetto trasversale di altrettanto fondamentali principi (e correlati diritti e libertà).

4. Il rilancio della Scienza dell'amministrazione nella lezione di Feliciano Benvenuti e la comparsa di un tema epistemologico e di un tema etico

Dal punto di vista teorico, in verità, la terza fase delle vicende della scienza dell'amministrazione non è, né è stata, soltanto fase di costante allontanamento dalle scienze giuridiche.

Valga per tutte, ad esempio, l'esperienza di rilancio esplicito del dialogo con il diritto amministrativo che avviene negli anni Cinquanta del Novecento, dapprima con la celebrazione, a Varenna, del I Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (26-29 settembre 1955)⁴⁷, quindi nel 1959, allorché, a Milano, dal Comune e dalla Provincia, viene fondato l'ISAP (Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica)⁴⁸. Ma non va dimenticata l'istituzione, sin dal 1955, del Corso di perfezionamento in Scienze Amministrative presso l'Università di Bologna, poi trasformato, nel 1988, nella Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA), tuttora operante quale baluardo riconosciuto e autorevole, sul piano universitario, del radicamento giuspubblicistico di tali percorsi formativi⁴⁹.

Nelle prime due circostanze, una parte “forte”, se non determinante, è giocata da Feliciano Benvenuti (che è stato il primo Presidente dell'ISAP), il quale ha seguito con attenzione il tema del rapporto tra diritto amministrativo, amministrazione e *realtà*, portando a maturazione, anche in seguito, una riflessione che si evolve fino alla fine degli anni Ottanta, con risultati che sono tanto curiosi quanto interessanti. A prova ulteriore – se si consente il parallelismo che anima

⁴⁷ V. gli *Atti del I Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Giuffrè, Milano, 1957.

⁴⁸ Riconosciuto poi con d.p.r. 18 agosto 1964, n. 1268. L'attività dell'Istituto – oggi in liquidazione – è durata a lungo e ha prodotto innumerevoli e importanti ricerche: v. E. Rotelli, G. Roscio, O. Caputo (a cura di), *L'amministrazione pubblica nella ricerca ISAP. Catalogo 1962-2002*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁴⁹ <https://spec.unibo.it/spisa/it>.

questo contributo sin dal suo esordio – che esiste un legame molto stretto tra le mutazioni importanti che gli amministrativisti, e i giuspubblicisti in generale, hanno fronteggiato dagli *anni Ottanta* del XIX Secolo e quelle che questa stessa categoria di studiosi ha intravisto già a decorrere, per l'appunto, dagli *anni Ottanta* del XX Secolo.

Sul piano (stretto) del rapporto tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (e dunque con un'intenzione di rilancio sia della seconda disciplina in sé e per sé considerata, sia, specialmente, dello studio congiunto della stessa con la prima), può essere opportuno considerare due scritti benvenutiani, le *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell'amministrazione*, del 1957 (ed è scritto contenuto negli Atti del Convegno sopra ricordato⁵⁰), nonché il testo del 1986 intitolato *Per un'autonoma scienza dell'amministrazione*, che alle *Premesse* si richiama testualmente, quasi per riprendere il medesimo discorso⁵¹.

Il primo dei due contributi "riannoda" i fili della storia del rapporto tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, partendo dalla constatazione che il diritto amministrativo si sarebbe evoluto nel mezzo di una serie di «sfasature tra scienza e realtà», che hanno dato luogo progressivamente ad alcune «deficienze», sia «intrinseche», sia «estrinseche»⁵².

Da un lato, infatti, secondo questo Autore, lo sviluppo storico del diritto amministrativo avrebbe risentito moltissimo della combinazione di tre diversi fattori: la teoria dell'amministrazione come struttura del potere esecutivo; la teoria dell'atto amministrativo come entità formale; la teoria dei rapporti giuridici come rapporti tra elementi concretamente azionabili di fronte ai giudici. Si tratterebbe, sempre secondo Benvenuti, di una costruzione «perfezionata oggidi in un elegante ma astratto sistema»⁵³, che non coglie i cambiamenti del fenomeno amministrativo, il quale vede sempre più coinvolti soggetti privati, ha ampliato di molto, nello Stato, il campo e la tipologia degli interessi pubblici, e, cosa non indifferente, postula, per realizzarsi in modo compatibile con l'obiettivo di tutelare integralmente il singolo individuo, un controllo giurisdizionale che non sia più soltanto esteriore.

Dall'altro lato, poi, la cristallizzazione autoreferenziale del corpo tecnico del diritto amministrativo sarebbe stata anche causata dall'assenza della «critica della scienza», intesa quest'ultima non come «critica interna» (di solito, anzi,

⁵⁰ F. Benvenuti, *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del I Convegno*, cit., 85 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Vita&Pensiero, Milano, 2006, p. 1587 ss. Questo testo era stato preceduto anche da *La scienza della pubblica amministrazione come sistema*, in *Riv. int. scienze soc.*, 1957, n. LXV, IV ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1493 ss. Ma v. anche Id., *L'amministrazione come prassi e come scienza* (inedito 1961), in *Amministrare*, n. 2/2005, p. 183 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, V, cit., p. 4535 ss.

⁵¹ F. Benvenuti, *Per un'autonoma scienza dell'amministrazione*, in *Amministrare*, n. 2/1986, 213 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, V, cit., p. 3893 ss.

⁵² F. Benvenuti, *Premesse giuridiche*, cit., p. 1588.

⁵³ Ibid., p. 1589.

«molto avveduta»), ma come «critica esterna», ossia come critica «che, provenendo dagli altri campi di indagine dei medesimi fenomeni consente di saggiare il dimensionamento del campo interno e la validità più generale delle sue costruzioni»⁵⁴.

Ebbene, per questo Autore, ciò che sarebbe mancato è proprio la «più particolare scienza dell'amministrazione, che, dovendo analizzare i fenomeni dell'amministrare nei loro interni profili politici, tecnici e sociali, avrebbe dovuto richiamare la scienza del diritto ad una maggiore aderenza alla mutata e mutantesi realtà»⁵⁵. E si dovrebbe trattare – il dato è molto importante – di una disciplina fortemente correlata allo studio del diritto amministrativo, sia perché entrambe le discipline hanno il *medesimo oggetto* (l'amministrazione), sia perché quell'oggetto, nel mutato contesto dell'ordinamento (costituzionale repubblicano), non può che soggiacere ad alcuni (e dunque comuni, e giuridici) «punti fermi», ossia: «a) quei principi che discendono da una idea dello statalismo che fa dello Stato un soggetto tra tutti i soggetti; b) quelli che discendono dal valore assegnato alla legge come parola che impegna tutti i centri di forza della società; c) quegli altri che derivano dal posto fatto alla persona in quanto simile ad ogni altra persona e perciò come soggetto rispetto a tutti gli altri soggetti»⁵⁶.

È chiaro che, alla luce di questo ragionamento, la funzione della scienza dell'amministrazione come fattore di essenziale condivisione, sul piano dell'effettività dell'azione amministrativa, di un quadro di riferimento ordinamentale che deve saper alimentare anche la scienza del diritto amministrativo torna sempre ad essere configurata come funzione “ponte”: come ruolo che è davvero rilevante per il giurista amministrativista, perché gli consente di capire come fare, *nella realtà*, a trasmettere all'oggetto del suo studio le linee precettive fondamentali che l'ordinamento impone all'azione e all'organizzazione amministrative.

Che questo sia il *focus* principale del rilancio della comunicazione tra diritto amministrativo e una nuova, e pur autonoma, profittevole, Scienza dell'amministrazione è il messaggio che Benvenuti sottolinea nuovamente anche nello scritto del 1986, che prova a “mettere a terra”, ulteriormente, la funzione della disciplina, dimostrando quali siano i *nessi logici* che la rendono indispensabile e che, al contempo, impediscono per definizione di configurarne i risultati come del tutto irrilevanti.

In proposito si consideri una serie di affermazioni, prese da quest'ultimo scritto e qui ordinate in successione, come *stadi* – qui riprodotti per punti – di un'argomentazione molto più complessa⁵⁷:

⁵⁴ Ibid., p. 1589.

⁵⁵ Ibid., p. 1590.

⁵⁶ Ibid. p. 1592.

⁵⁷ Cfr. F. Benvenuti, *Per un'autonoma scienza*, cit., p. 3901 ss.

- «il punto di partenza deve (...) essere quello della comprensione del fenomeno amministrativo nella sua realtà»;
- «se vogliamo pensare alla realtà di un fenomeno amministrativo dell'amministrazione diverso dalla realtà del fenomeno giuridico dell'amministrazione come di quello politico e sociologico, dobbiamo riconoscere innanzitutto che queste diverse fenomenologie non esauriscono la realtà oggettiva»;
- «occorre trovare un momento interno al fenomeno considerato, momento interno che, nelle scienze, è sempre individuato in una o più relazioni tra gli elementi che appartengono al loro oggetto»;
- «o queste scienze esauriscono la possibilità di comprensione del fenomeno amministrativo, ovvero esse lo comprendono nei limiti in cui questo fenomeno entra (e può essere considerato) nell'ambito di un altro fenomeno come è il diritto o la società o l'economicità di una azione»;
- «l'amministrazione ha sempre una funzione di mediazione e cioè appare come il momento di risoluzione di una forza (...) politica verso (...) la realtà effettuale»; «è un momento intermedio»;
- «A [l'amministrazione; N.d.r.] è il termine intermedio e necessario tra un termine P e un termine T, intendendosi per P il programma e per T la comprensione di quelle tecniche nelle quali si risolve di volta in volta la realtà effettuale»;
- A «assume (...) una inevitabile funzione di resistenza»;
- «L'amministrazione da questo punto di vista è anche P, il quale però è ormai P di A e appunto così è elemento interno a quel fenomeno e può diventare oggetto di una autonoma valutazione di scienza dell'amministrazione»;
- «Anche questo [T; N.d.r.], che pure è costituito da fatti estranei all'amministrazione, entra a far parte del fenomeno amministrativo nei limiti in cui è assunto in esso come T di A»;
- «E, infine, proprio attraverso la mediazione di A, come il fattore P influenza T, analogamente il fattore T influenza P, dimostrandosi così non solo i limiti che la realtà pone ai progetti e inversamente la capacità dei progetti di incidere sulla realtà, ma la autonoma funzione condizionante di entrambi che spetta al fenomeno amministrativo».

Da una parte, dunque, Benvenuti cerca di dimostrare, *more geometrico*, che la scienza dell'amministrazione è autonoma perché coglie i rapporti e le espressioni di quella dimensione reale senza cui l'ordinamento non può darsi e da cui è al contempo innervato e condizionato; dall'altra, però, cerca anche di schematizzare in modo estremo i vantaggi che può comportare questo studio sulle relazioni cui dà vita il fenomeno amministrativo, considerato, per l'appunto, nella sua realtà: la contezza di quelle stesse relazioni, infatti, rende possibile scomporre l'amministrazione in *sub-fenomeni*, seguire le catene che li legano in progressione, misurarne gli effetti e l'adeguatezza, disegnarne istituzionalmente i contorni in maniera più consapevole, e, se del caso, programmarne *quasi* matematicamente l'andamento (quest'ultima notazione, in tempi di propensione al *design* algoritmico, è molto interessante).

Verrebbe da dire, al cospetto di tali osservazioni, che, se si applicasse oggi un simile punto di vista, recuperata la scienza dell'amministrazione come disciplina autonoma e non più frammentata o "sfarinata", il rapporto tra saperi

giuridici dell'amministrativista e saperi altri, non giuridici, troverebbe agevolmente nella scienza "intermedia" lo spazio per la sua più consona espressione; e sarebbe uno spazio non tanto di interdisciplinarietà, ma di transdisciplinarietà, o di *complementarità*, perché è l'unione o l'aggregazione degli approcci a consentire una visione articolata e piena del fenomeno amministrativo.

Ma c'è dell'altro.

Nelle riflessioni benvenutiane sulla scienza dell'amministrazione si scorge il germe di una meditazione che, lungi dal complicare il quadro, lo allarga di molto e, ciò facendo, lo semplifica (si fa per dire) al livello della risoluzione di presupposti *problemi di natura epistemologica*.

È una meditazione, anch'essa, che si lega all'istanza (assunta dall'Autore) di critica (dall'esterno) della scienza del diritto amministrativo, e alla scoperta dei limiti, o dei confini, dei dispositivi istituzionali totalizzanti che il diritto *tout court* ha saputo costruire tra Ottocento e Novecento e vuole costantemente riaffermare. Ed è una meditazione, altresì, che chiama in gioco, direttamente, il giurista e la sua responsabilità, in una cornice di senso in cui tale responsabilità è cosciente, e dunque attivabile, soltanto al cospetto di un ampliamento di orizzonte ulteriore o, meglio, di un approfondimento (anche in tal caso) dei propri saperi e dell'*umanità* complessiva del loro riferimento.

Sono due le occasioni che spingono Benvenuti a superare o allargare i termini degli studi fino ad allora compiuti all'interno del suo itinerario scientifico. E sono due occasioni apparentemente minori, la prima della quale è a sua volta anche un po' enigmatica.

Con ciò ci si riferisce al saggio *Caso e incertezza del diritto*, del 1988, pubblicato negli *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*⁵⁸, e ad un breve pezzo di dieci anni dopo (più d'occasione, ma sempre a proseguimento di una riflessione, evidentemente, mai conclusa): *Ancora sull'eticità del diritto*⁵⁹.

In *Caso e incertezza del diritto*, l'Autore, dopo aver rievocato, quasi in un *divertissement*, alcuni eventi storici – presi dall'evoluzione delle istituzioni di Roma antica (l'uccisione della giovane Virginia da parte del padre, nel 449 a.C., perché sottrattagli con uno stratagemma illecito dal decemviro Appio Claudio, che di lei si era invaghito, e che, però, ciò facendo, ha contribuito, con lo scandalo che ne è seguito, alla ribellione che ha posto fine al decemvirato) come dalle vicende della Repubblica di Venezia (il fallimento della congiura del Tiepolo del 1310, nata dopo la famosa "serrata del Maggior Consiglio", avvenuta nel 1297, e sedata in uno scontro armato all'ingresso dell'odierna Piazza San Marco, a causa dello scompiglio che tra le fila dei congiurati era stato destato dalla morte del capofila

⁵⁸ F. Benvenuti, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 29 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, V, cit., p. 4023 ss.

⁵⁹ F. Benvenuti, *Ancora sull'eticità del diritto*, in *Per sovrana risoluzione. Studi in ricordo di Amedeo Tagliaferri*, Ediz. della Laguna, Monfalcone, 1998, p. 59 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, V, cit., p. 4509 ss.

di una delle loro armate, a causa di un mortaio di pietra gettatogli in testa da Giustina Bosio, da lì in poi nota come la *vecia del mortar*, una donna spaventata e destata dal clamore delle armi) – annota che l'evoluzione degli ordinamenti giuridici può dipendere anche da situazioni irrazionali, casuali, e che, in generale, tutta la vita del diritto è «continuamente sottoposta alle tensioni che in essa determinano gli accadimenti»: dunque – conclude subito Benvenuti – il diritto «non è mai certo nel senso di una sua stabilità; esso, invero, è un sistema instabile nel senso in cui vale questo concetto nelle scienze fisiche»⁶⁰.

Ciò premesso, l'Autore – che evidentemente è rimasto affascinato dalle più importanti acquisizioni teoriche che la filosofia della scienza ha compiuto: nello scritto alcune citazioni vanno a Ernest Nagel, Thomas Kuhn, Paul Feyerabend, Imre Lakatos – passa ad affermazioni generali, che meritano di essere parzialmente riprese⁶¹:

Il caso, da qualunque cosa possa essere originato, sia esso voluto o no, va accettato come origine del sistema, ed è perciò che il sistema è fondamentalmente, come tale, incerto.

Lo studio del sistema è, per questo, un movimento aperto e ad esso compete la rigorosità del metodo, non la indiscutibilità dei risultati.

Ma proprio la rigorosità del metodo (percezione degli elementi del sistema e misurazione della loro dinamica), superata ogni meccanica utilizzazione del principio di causalità, è, non diversamente da quanto avviene per le scienze naturali, (unica) garanzia della sua scientificità.

Ancora⁶²:

Per quanto possa sembrare un paradosso si deve riconoscere che il diritto è un insieme instabile nel quale si manifestano fenomeni irreversibili: che il diritto, dunque, è anch'esso frutto del caso, non tanto inteso come una provvidenza cieca o una umana eventualità, ma come l'occasione per una nuova razionalità. La quale non può più essere identificata con la certezza, ma esige dall'uomo quella risposta di responsabilità che ne costituisce il più profondo equilibrio.

Da questi estratti si desume che, nello stesso periodo in cui prova a riprendere e a riqualificare scientificamente la disciplina della Scienza dell'amministrazione sotto l'egida della bandiera del "ritorno alla realtà", Benvenuti sente tutto l'influsso della storicità e della relatività del fenomeno giuridico, specie nella sua interazione con le forze che lo condizionano: in molti casi in modo determinante, rivoluzionario, in altri casi in modo non meno decisivo, ma ordinario, ossia nell'attrito che i precetti giuridici e le loro concettualizzazioni sperimentano con le fattispecie che si trovano a regolare caso per caso.

⁶⁰ F. Benvenuti, *Caso e incertezza*, cit., p. 4031.

⁶¹ *Ibid.*, p. 4032.

⁶² *Ibid.*, p. 4035-4036.

Nell'una come nell'altra ipotesi, l'Autore percepisce l'incertezza (*rectius*: l'instabilità) dell'ordinamento e vede nelle dinamiche con cui esso cerca di essere continuamente rispondente alle sue funzioni il luogo in cui si misurano e si equilibrano reciprocamente sia le istanze (necessarie, ed esse stesse scientifiche proprio perché animate dalla ricerca del rigore come elemento di riconoscimento metodologico) della certezza tecnico-giuridica, sia le istanze (sfidanti e suscettibili, così, o di aggiustamenti o di riconferme o di cambiamenti di grande entità) dei "casi", di ciò che più rappresenta la porosità del fenomeno giuridico. Il giurista dev'essere in grado di porsi al centro di questa dialettica, rispondendo al suo ruolo in modo responsabile. Nel modo che, in *Ancora sull'eticità del diritto*, viene compendiato nella maniera seguente⁶³:

È così che si evidenzia il problema del metodo che approda, infine, al grande di lemma costituito dalle due tendenze interpretative e ricostruttive dell'ordinamento giuridico, quella che privilegia la *Begriffsjurisprudenz* e al suo contrario la *Interessenjurisprudenz*.

(...) io vorrei privilegiare la prima nel senso di attribuire questa come *pàthos* dell'interprete e la seconda come *sophía* del legislatore. Non si tratta, tuttavia, di due mondi separati: il legislatore non può intervenire nell'ordinamento contravvenendo ai suoi elementi costitutivi, né può il giurista interpretarlo senza tener conto delle ragioni del legislatore.

A fronte di queste parole, il pensiero non può non tornare alle espressioni utilizzate da Luigi Rava, laddove (come già visto) si insisteva sulla difficoltà estrema di separare il diritto *stricto sensu* considerato da ciò che la società e la politica si prefiggono, e dunque sull'opportunità – che, a questo punto, dovremmo meglio interpretare come *atto di responsabilità*, nel senso benvenutoiano – che, nei saperi del giurista (e non solo dell'amministrativista) la dimensione tecnico-concettuale non sia disgiunta da una dimensione sociale, economica, culturale.

Il fatto è che, per Benvenuti – ed è questo un salto di qualità nella riflessione che fino a quel momento si è svolta sulla Scienza dell'amministrazione – coniugare le due dimensioni è ciò che di più naturale deve esserci tutte le volte che l'uomo si confronti con un *qualsiasi sistema instabile*: non è soltanto un problema di migliore adeguatezza degli strumenti del mestiere; è un problema epistemologico, che a sua volta, in quanto problema filosofico, stimola un problema etico.

5. (Comparative) Law &...: un percorso (a sua volta) disciplinare e uno spunto conclusivo.

Al termine di questa sorta di *passeggiata* nei problemi e nelle potenzialità cui, oggi come un tempo, dà luogo, sul piano formativo del giurista, la coltivazione

⁶³ F. Benvenuti, *Ancora sull'eticità*, cit., p. 4512.

della Scienza dell'amministrazione in uno con lo studio del Diritto amministrativo, può essere interessante evidenziare che, sempre a decorrere dagli anni Ottanta del Novecento, il *testimone* del dialogo tra saperi giuridici e saperi altri, in chiave di dialogo scientifico (e di "critica della scienza dall'esterno" nel senso anzidetto), è stato assunto, in Italia, soprattutto dalla comparazione.

Non è questa, certo, la sede per approfondire ruolo e articolazioni della comparazione giuridica, che è una realtà complessa, non solo perché la comparazione vive per definizione di confronti tra soluzioni o assetti normativi o istituzionali o sistemi giuridici differenti, ma anche per il fatto che essa è percorsa da altri, e molteplici, confronti di carattere metodologico. Non esiste, infatti, un solo metodo comparato; ne esistono tanti. Dunque, anche quando da non comparatisti si dialoga con comparatisti, è molto difficile capire con quale comparazione ci si sta confrontando, ossia con quale prospettiva metodologica si stia operando⁶⁴.

Eppure una simile complessità costituisce un aspetto rilevante, perché la constatazione di un pluralismo metodologico segna, come per qualunque disciplina scientifica, il fatto che anche la comparazione cambia nel tempo e che, pertanto, anche il diritto comparato è soggetto a queste mutazioni. Di più: il diritto comparato esige una certa attenzione al *discorso di contesto* e, nello specifico, a ciò che la comparazione vuole *di volta in volta* significare. Dunque il diritto comparato e la comparazione possono offrire, sul piano della ricerca come su quello della formazione del giurista, una serie assai varia di opportunità.

Per avvicinarmi più direttamente al tema, mi trovo costretto a fare qualche riferimento alla comunità accademica dalla quale provengo e a riprendere le annotazioni svolte anche in una recente iniziativa seminariale⁶⁵.

A Trento, nel 1987, a pochi anni dalla nascita della Facoltà giuridica (che si avvia tra il 1984 e il 1985, e che, ancora molto giovane, si orienta presto verso una forte identità comparatistica, posta in costante dialettica con i metodi e il patrimonio consolidati della scienza giuridica nazionale), un gruppo di studiosi, di estrazione prevalentemente civilistica, elabora alcune "tesi", volte ad affermare, come in un manifesto, che cosa sia il diritto comparato e, più specificamente, quali siano gli obiettivi della comparazione intesa come scienza.

È opportuno riprendere integralmente le "Tesi di Trento" (in *una* – giova precisarlo – delle sue più mature formulazioni⁶⁶):

⁶⁴ Per una rassegna delle diverse impostazioni v., recentemente, il ricchissimo contributo di M. Reimann, *Comparative Law. An Overview of the Discipline*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chapter 4, Brill, Leiden, 2020.

⁶⁵ Più precisamente, al seminario *Il confronto nel metodo giuridico* (tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre il 1° marzo 2022).

⁶⁶ Cfr. in A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, III, Utet, Torino, 1988, p. 48 ss.

Prima tesi: Il compito della comparazione giuridica, senza il quale essa non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto.

Seconda tesi: La comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo un criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto. In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche.

Terza tesi: La comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree.

Quarta tesi: La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema, dopo aver identificato e ricostruito questi stessi elementi. In specie, essa controlla se le regole operazionali presenti nel sistema siano compatibili con le proposizioni teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole operazionali.

Quinta tesi: La conoscenza di un sistema giuridico non è monopolio del giurista appartenente al sistema dato; se da una parte è favorito dall'abbondanza delle informazioni, sarà però impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano pienamente coerenti con le regole operazionali del sistema considerato.

Dalla lettura di queste proposizioni, ciò che emerge immediatamente è che il diritto comparato viene rappresentato come una disciplina che non ha uno scopo strettamente pratico, operativo. Emerge, cioè, che la comparazione serve innanzitutto a conoscere meglio il diritto, non solo quello riconducibile ad altre esperienze, ma specialmente il proprio. Il che non esclude, ovviamente, che si possa ricorrere alla comparazione anche per perfezionare una propria interpretazione o per suggerirne altre alla giurisprudenza o per trovare un modello normativo alternativo a quello esistente o una soluzione istituzionale innovativa, da proporre al legislatore *de jure condendo*. Il punto è, però, che il primo scopo è migliorare la conoscenza in generale. E si aggiunge che, in questa direzione, il "confronto" va svolto nel passato come nel presente: vale a dire che la comparazione non è soltanto giustapposizione simultanea di soluzioni che vivono in un determinato momento, ma è anche raffronto delle relative traiettorie genealogiche, delle ragioni o delle fondamenta da cui, più o meno coerentemente, quelle soluzioni si sono prodotte o sono nate e sono state teorizzate e sviluppate.

Nelle "Tesi di Trento", inoltre, si legge un'altra cosa, anch'essa assai importante: non c'è comparazione giuridica laddove non vi sia misurazione di differenze. Nel "confronto comparatistico", quindi, cercare i punti di contatto è importante, ma il *quid* della comparazione è capire dove stanno gli elementi distintivi. Ed è in quest'ottica che le tesi si soffermano sul fatto che bisogna prestare

attenzione non tanto, o non solo, a ciò che il singolo sistema giuridico dice di sé – o proclama nelle rappresentazioni dottrinali o nelle statuizioni positive – bensì, soprattutto, a come le regole e i principi giuridici funzionano in concreto. Sicché vengono in gioco non le razionalizzazioni formali del sistema, ma, utilizzando una nota locuzione di Rodolfo Sacco, le cc.dd. “regole operazionali”⁶⁷, che sovente, al di là dei mantelli culturali o formativi che i giuristi possono indossare nel descrivere le discipline di riferimento, possono convergere (pur partendo da declamazioni molto diverse) o divergere (nonostante l’apparente condivisione di ricostruzioni o spiegazioni teoriche).

È in questo senso che va compresa l’idea, parimenti esplicitata nelle tesi, che la migliore conoscenza di un certo ordinamento non possa essere monopolio del giurista “domestico”, poiché assumere uno sguardo esterno può essere un grande vantaggio se si intende decrittare *rationes* e individuare effettivi snodi di funzionamento di un sistema giuridico. L’*intraneus* può darli per scontati o, addirittura, sottovalutarli. L’*extraneus*, viceversa, è nella stessa condizione di chi, in laboratorio, stringe la materia da analizzare tra due vetrini e la sottopone allo sguardo indagatore del suo microscopio. E la materia – tale è l’aspetto più significativo da prendere in considerazione – è *il diritto stesso*, ma non inteso nel senso con cui lo indaga il giurista non comparatista, ma *come fenomeno sociale*, nel quale chi produce, chi applica e chi studia il diritto sono a loro volta parte dell’oggetto di studio.

Tutte queste tesi danno alla comparazione una curvatura determinata e ne promuovono una sorta di “dignificazione” nell’ambito del più generale discorso sui saperi scientifici, accreditandone il ruolo di “metascienza” per eccellenza, ossia di scienza giuridica che, tuttavia, decodifica il modo d’essere del diritto in tutte le sue “forze” e manifestazioni.

Questo è il contesto madre degli studi italiani sulla comparazione, l’originario punto di condensazione e di accelerazione improvvisi – a mo’ di *big bang* – del grande dibattito che da quel momento in poi si è articolato nel contesto nazionale (e non solo); un momento di concentrazione che come tale, ha comportato l’insorgere graduale di molteplici applicazioni, variazioni e mutazioni del metodo così rappresentato, ed anche di sperimentazioni volte a transitarne le specificità nell’alveo di “diritti” diversi da quello civile.

Così è stato per il diritto pubblico in generale, e per il diritto costituzionale e per il diritto amministrativo in particolare, superandosi l’erronea, e a lungo diffusa, convinzione che in queste materie la comparazione non si potesse praticare fruttuosamente, poiché ambiti disciplinari esposti in modo determinante alle oscillazioni delle “sovranità nazionali”.

Se si dovesse guardare, oggi, allo stato dell’arte della comparazione nel diritto pubblico e in quello amministrativo, si potrebbe constatare che la strada percorsa è stata considerevole. E ciò si può dire sia sul piano dell’enorme quantità

⁶⁷ V. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1990 (4^a ed.), p. 47 ss.

di pubblicazioni comparatistiche che si occupano *expressis verbis* di argomenti pubblicistici, sia sul piano dell'esistenza, al pari che per il diritto privato, di un autonomo, specializzato settore scientifico (il *Diritto pubblico comparato*, che in tal senso si affianca al *Diritto privato comparato*), sia, ancora, sul piano del riconoscimento di una altrettanto significativa valenza formativa nel contesto della definizione del *curriculum* del giurista. Ma più in generale, per la verità, si può constatare la sempre più forte diffusione – il successo – delle tecniche dell'indagine comparatistica anche all'interno dei settori scientifici di riferimento, come il diritto costituzionale, le istituzioni di diritto pubblico o il diritto amministrativo.

A ciò si è giunti, quanto al diritto amministrativo, nel quadro di un "viaggio" articolato, che, specie dagli anni Novanta del Secolo scorso, molti giuspubblicisti hanno intrapreso, anticipati, per la verità, da riflessioni maturate già negli anni Settanta e negli anni Ottanta, e tese a isolare, anche dal punto di vista diacronico, i "modelli" dello Stato amministrativo in Europa, in una stagione per certi versi simile a quella che si era aperta (anche in questo caso) tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, e di cui reca traccia notevole, ad esempio, la famosa Biblioteca di scienze politiche curata tra il 1884 e il 1894 da Attilio Brunialti (la sede editoriale, peraltro, in cui compaiono per la prima volta gli studi di Lorenz Von Stein, già citati *supra* come "strumento" di metodo e di contenuto per l'affermazione italiana della Scienza dell'amministrazione da parte dei suoi originari cultori).

Non sono mancate – in questo lungo "viaggio" – anche proiezioni volte a verificare la sussistenza – in un'arena pubblica vieppiù espansa e plurale – di specifiche invarianti del diritto amministrativo in contesti diversi da quello strettamente statale, come è avvenuto per gli studi sul *Global Administrative Law*⁶⁸. Né hanno difettato – a testimonianza della crescita e della istituzionalizzazione del metodo – le produzioni manualistiche o le ricostruzioni complessive e ragionate⁶⁹.

Sicché, anche nel diritto pubblico italiano, in definitiva, si è ampiamente dimostrato che è possibile fare comparazione come scienza, e che un tale esercizio non è soltanto finalizzato ad effettuare (pur utili) ricognizioni di diritto statale straniero, ma può effettivamente condurre a raccogliere, come in un'operazione di setaccio, gli elementi comuni di una tradizione, i suoi principi più caratterizzanti

⁶⁸ A partire dal noto saggio di S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 323 ss.

⁶⁹ Oltre all'ormai classico M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, il Mulino, Bologna, 1992 (di recente riproposto in una veste rinnovata: *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, il Mulino, Bologna, 2019) e all'altrettanto noto G. Recchia, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1996, v. anche G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2020, nonché, da ultimo, R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Giappichelli, Torino, 2022.

ovvero i suoi *fundamentals*⁷⁰. Il che può rivelarsi, a sua volta, particolarmente importante laddove si tratti di definire discipline europee armonizzanti oppure, in maniera ancor più sottile, di dedurre l'esistenza implicita di soluzioni puntuali, al di là di quanto positivizzato e per il solo fatto di essere riconducibili a schemi condivisi o ad esigenze quasi naturali dell'accoglimento di specifici modelli.

A quest'ultimo riguardo, si può anche sottolineare che ciò che anche in Europa la comparazione nel diritto pubblico ha fatto emergere ben presto, e tanto più, in maniera molto interessante, è una certa tendenza – nella micro-comparazione – all'assunzione di *una spiccata e irresistibile vocazione funzionale*, alla ricerca, per così dire, non solo di un patrimonio comune e distintivo della tradizione giuridica occidentale rispetto alle altre, ma di ipotesi normative che possano meglio prestarsi, nelle esperienze giuridiche che di quel patrimonio si nutrono, ad una più omogenea e trasversale assimilazione nell'ottica della loro capacità di rispondere a determinati problemi sociali⁷¹.

È come se, una volta accreditata la comparazione a metodo *scientifico* nel senso anzidetto, i risultati delle osservazioni microscopiche avessero spinto i giuristi – e anche i non comparatisti – ad assumere alcune conclusioni sul piano della *trasformazione* del diritto vigente e delle sue istituzioni.

Non è una tendenza, questa, esclusivamente propria della comparazione nel diritto pubblico; lo è anche di quella diffusa nel diritto privato. Ed è una tendenza, peraltro, che prende le mosse dalla metodologia fenomenologica di studio delle convergenze e delle divergenze cui alludevano anche le "Tesi di Trento".

Non è un caso che una delle più recenti e importanti ricerche comparatistiche italiane finanziate dall'Unione europea nella materia del diritto amministrativo tragga il suo spunto, sul piano metodologico, da un'analogia, e parimenti autorevole, ricerca che aveva preso le mosse dal diritto privato: un'indagine sull'esistenza di un *common core* europeo della disciplina⁷². Alludo, in proposito, al progetto CoCEAL (*Common Core of European Administrative Laws*), approvato e finanziato dallo European Research Council per gli anni 2016-2021, la cui base teorica si può acquisire con la lettura di una densa e suggestiva riflessione di Giacinto della Cananea, *Principal investigator* del progetto medesimo⁷³.

Il fatto è che, nel frattempo, la comparazione giuridica in generale non si è fermata a questi traguardi. Anzi, già da tempo maturava nel suo seno una tensione

⁷⁰ B. Marchetti, *Searching for the Fundamentals of Administrative Law*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁷¹ V. M. Reimann, *Comparative Law*, cit., in part. p. 239.

⁷² *The Common Core of European Private Law*, come progetto lanciato nel 1993 presso la Facoltà giuridica trentina e diretto da M. Bussani e U. Mattei.

⁷³ G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

che potremmo definire *lato sensu* interdisciplinare, e che assume una speciale, aggiuntiva e rafforzata, funzione critica.

Basterebbe, in proposito, rammentare il magistero di Guido Calabresi, a partire dal quale, e già da tempo, la comparazione aveva cominciato a nutrirsi internamente di stimoli nascenti dal dialogo con altre discipline: *Law&Economics* si sviluppa a partire da questo approccio⁷⁴. Ed è approccio che, nello stesso tempo, ha figliato – Oltreoceano, ma non solo – anche altre esperienze di approfondimento trasversale, quali *Law&Literature*, *Law&Religion*, *Law&Anthropology*, *Law&Technology* etc.

In questa prospettiva – che esalta la vocazione funzionale sopra riferita – la comparazione si presta a offrire il proprio campo di programmatica apertura e relatività ad indagini che – come è classico in tutte le scienze sociali – si propongano di mettere in discussione la correttezza o l’adeguatezza di alcune soluzioni normative vigenti, oppure di proporre al legislatore l’adozione di *policies* innovative, più efficienti, più “giuste”.

È una prospettiva nella quale non si tratta di sostenere la priorità di altre discipline sul diritto; all’opposto, si tratta di ribadire l’importanza e l’autonomia del contributo della tradizione giuridica in un processo più ampio di elaborazione sociale e culturale.

Questo aspetto è stato ulteriormente sottolineato da Calabresi, in un passaggio sulla relazione tra sapere giuridico, economia e altre scienze che non richiede alcuna spiegazione e che è illuminante⁷⁵:

Insisto nel sostenere che il rapporto fra diritto ed economia è biunivoco. Si deve resistere alla tentazione di immaginare che uno dei due saperi domini sull’altro. L’economia non è la regina delle scienze e il diritto non è il suo schiavo, e neanche il contrario è vero. Bisogna essere in grado di vedere e fare entrambe le cose. Ed è questo ciò che rende questo rapporto molto interessante. (...) Questo è vero in generale, non solo per l’economia. Se la storia o la filosofia non spiegano, bisogna vedere se sono sbagliate loro o se è il diritto – come spesso è – a essere fuori fase. Non bisogna affrettarsi a cambiare tutto senza farsi domande, sol perché una teoria (di solito la propria) suggerisce che il diritto così com’è non funziona.

⁷⁴ Il cui bilancio è operato in G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, New Haven and London, 2016 (il volume è stato anche pubblicato in italiano: *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimediazione ed un ricordo*, cur. F. Fimmanò, V. Occorsio, Giuffrè, Milano, 2018).

⁷⁵ V. in G. Calabresi, *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, in G. Bellantuono, U. Izzo (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell’anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019*, Università di Trento, Trento, 2022, p. 11.

Specialmente il confronto con le scienze cc.dd. “dure” e con i sommovimenti tecnologici che esse possono permettere fa emergere in modo palese e ancor più pronunciato questo tipo di approccio, poiché in tal caso si può constatare pienamente come il ruolo del giurista-comparatista sia anche quello di compartecipe di un più complessivo processo di ingegnerizzazione, ossia di design normativo e istituzionale.

Al giurista-comparatista, in altre parole, riesce bene ragionare di “Law&...”, poiché la sua scienza di riferimento, quale “meta-scienza” nel significato già descritto, si presta ad osservare meglio, dall’alto e soprattutto dall’esterno i meccanismi che possono dare vita effettiva al fenomeno giuridico e, più di tutto, quelli che possono spostare il baricentro della produzione giuridica dall’architettura formale dei poteri a flussi normativi di genesi extragiuridica.

Si tratta di trasformazioni che sono state precisamente registrate in una delle ultime e più aggiornate, e poderose, ricostruzioni dello statuto disciplinare del diritto comparato. E v’è da chiedersi, proprio a tale riguardo, se non si possa cogliere lo spunto, a partire da questo genere di sviluppi, per riscoprire, da amministrativisti, le potenzialità di una postura che (come si è rievocato) la Scienza dell’amministrazione può ulteriormente razionalizzare e che, in una certa fase storica di costruzione e crescita dello Stato amministrativo italiano, ha saputo offrire grandi stimoli.

Bibliografia

AaVv, *Atti del I Convegno di studi di scienza dell’amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Giuffrè, Milano, 1957

F. Benvenuti, *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell’amministrazione*, in *Atti del I Convegno di studi di scienza dell’amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Giuffrè, Milano, 1957, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, II, Vita&Pensiero, Milano, 2006, pp. 1587-1594

F. Benvenuti, *La scienza della pubblica amministrazione come sistema*, in *Riv. int. scienze soc.*, 1957, n. LXV, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, II, Vita&Pensiero, Milano, 2006, pp. 1493-1507

F. Benvenuti, *L’amministrazione come prassi e come scienza* (inedito 1961), in *Amministrare*, n. 2/2005, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, V, Vita&Pensiero, Milano, 2006, pp. 4535-4545

- F. Benvenuti, *Per un'autonoma scienza dell'amministrazione*, in *Amministrare*, n. 2/1986, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, V, Vita&Pensiero, Milano, 2006, pp. 3893-3908
- F. Benvenuti, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, V, Vita&Pensiero, Milano, pp. 4023-4037
- F. Benvenuti, *Ancora sull'eticità del diritto*, in *Per sovrana risoluzione. Studi in ricordo di Amedeo Tagliaferri*, Ediz. della Laguna, Monfalcone, 1998, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, V, Vita&Pensiero, Milano, pp. 4509-4515
- G. Berti, V. Angiolini, *Scienza dell'amministrazione*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 927-936
- M. Bettini, *Hai sbagliato foresta. Il furore dell'identità*, il Mulino, Bologna, 2020
- G. Bognetti, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, pp. 1-47
- G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, New Haven and London, 2016 (tr. it.: *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, cur. F. Fimmanò, V. Occorsio, Giuffrè, Milano, 2018)
- G. Calabresi, *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, in G. Bellantuono, U. Izzo (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019*, Università di Trento, Trento, 2022
- G. Capitani, *Scienza dell'amministrazione*, in *D. It.*, XXI, Parte Prima, 1927, Utet, Torino, pp. 795-797
- M. Caravale, *Per una storia della Facoltà di Scienze politiche in Italia: il caso di Roma*, in *Le Carte e la Storia*, n. 1/1995, pp. 17-28
- A. Cassatella, *I confini tra diritto amministrativo e scienze dell'amministrazione: la lezione di Orlando*, F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, FrancoAngeli, Milano, pp. 331-358
- S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 323-339

A. Codacci Pisanelli, *Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale e che sia la scienza dell'amministrazione: prolusione letta nella R. Università di Pavia il dì 11 gennaio 1887*, L. Vallardi, Milano, 1887

F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981

F. Cortese, S. Penasa, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 1-34

M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, il Mulino, Bologna, 1992 (oggi riproposto in una veste rinnovata: *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, il Mulino, Bologna, 2019)

G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019

M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2002

U. Forti, *Amministrazione (scienza dell')*, in *N. Dig. It.*, 1, Utet, Torino, 1937, pp. 403-404

A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, III, Utet, Torino, 1988, pp. 48-58

A.M. Giomaro, *La formazione del giurista nel XIX secolo. Il caso della "libera" Università di Urbino (quasi una cronaca)*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, Vol. 68, n. 3-4/2017, pp. 403-487

B. Marchetti, *Searching for the Fundamentals of Administrative Law*, Giappichelli, Torino, 2019

C. Mozzarelli, S. Nespor, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Marsilio, Venezia, 1981

G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2020

V.E. Orlando, *Il sistema del diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società editrice libraria, Milano, 1900, pp. 43-107

V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, XLII, 1, 1889, e in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 3-22

G. Pascuzzi, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021, pp. 337-343

M. Reimann, *Comparative Law. An Overview of the Discipline*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chapter 4, Brill, Leiden, 2020

M. Ramajoli, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017, pp. 187-192

A. Rapini, *Una scienza per la "felicità dei cittadini": la traiettoria di Giovanni Vacchelli (1866/1940)*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, FrancoAngeli, Milano, pp. 275-296

A. Rapini, *A Social History of Administrative Science in Italy. Planning a State of Happiness from Liberalism to Fascism*, in corso di pubblicazione per Palgrave Macmillan

A. Rapini, E. Pavan, *Reti, poteri e confini nelle "discipline amministrative" italiane (1885-1935): per una storia sociale delle idee*, in *Italia contemporanea*, agosto 2022, n. 199, pp. 19-48

L. Rava, *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo più recente sviluppo*, Zanichelli, Bologna, 1898, oggi in L. Rava, *Un pensiero per lo Stato. Antologia di un riformatore*, cur. F. Cortese, A. Rapini, Ronzani, Vicenza, 2022, pp. 135-191

L. Rava, *La contabilità di Stato ed i suoi problemi attuali in relazione alla finanza e al diritto*, Zanichelli, Bologna, 1894, oggi in L. Rava, *Un pensiero per lo Stato. Antologia di un riformatore*, cur. F. Cortese, A. Rapini, Ronzani, Vicenza, 2022, pp. 98-134

G. Recchia, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1996

G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2003, pp. 833-864

E. Rotelli, G. Roscio, O. Caputo (a cura di), *L'amministrazione pubblica nella ricerca ISAP. Catalogo 1962-2002*, Giuffrè, Milano, 2002

- F. Ruge, *Il problema dell'amministrazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Treccani, Roma, 2012, 327-334
- R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1990 (4ª ed.)
- A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009
- Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Nistri, Pisa, 1918, rist. Sansoni, Firenze, 1977
- R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Giappichelli, Torino, 2022
- B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020
- S. Stewart-Steinberg, *The Pinocchio Effect. On Making Italians, 1860-1920*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007 (tr. it. *L'effetto Pinocchio. Italia 1861-1922. La costruzione di una modernità complessa*, Elliot, Roma, 2011)
- A. Travi, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri 'saperi'*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2003, pp. 865-885
- A. Zaccuri, *Il futuro a vapore. L'ottocento in cui viviamo*, Edizioni Medusa, Milano, 2004



**Discutendo una nuova guerra.
Alcune riflessioni filosofico-giuridiche,
tra vita e libertà**

Discussing a new war. Some philosophical-legal
reflections, between life and freedom

LORENA FORNI

Ricercatrice in Filosofia del Diritto

Università di Milano - Bicocca

lorena.forni@unimib.it

ABSTRACT

Da molti mesi prosegue l'aggressione della Federazione Russa ai danni dell'Ucraina e, sul tema, anche nel nostro Paese, sta prendendo piede un animato confronto, sia in sede teorica, sia in ambito giuridico, specialmente a proposito di differenti concezioni di pacifismo. In questo contributo presenteremo, criticamente, la voce pacifista più rappresentata nel dibattito, che eleva a valore supremo la tutela della vita ad ogni costo. Per contro, saranno esposte le ragioni e le argomentazioni di chi, invece, ritiene che si possa discutere di una diversa forma di pacifismo, basata sul concetto di libertà. Verranno esaminati presupposti e implicazioni di questi due differenti approcci, per discutere quali problemi e quali situazioni debbano essere presi in esame, per la ricerca della pace.



DOI: 10.54103/milanlawreview/19508

MILAN LAW REVIEW, Vol. X, No. X, 20... [redazione]

ISSN 2724 - 3273

Parole chiave: Guerra; Vita; Pace; Libertà; Filosofia del Diritto

The Russian Federation's aggression against Ukraine has been going on for many months. In our country there is a lively debate, both theoretical and legal, on the different concepts of pacifism. In this short contribution we will present, critically, the pacifist voice most represented in the debate, which elevates to the supreme value the protection of life at all costs. In addition, the reasons and arguments of those who believe that a different form of pacifism is preferable, based on the concept of freedom, will be discussed. The assumptions and implications of these two different approaches will be examined, to discuss which problems and situations need to be addressed, trying to achieve peace.

Keywords: War; Life; Peace; Freedom; Philosophy of Law

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Discutendo una nuova guerra. Alcune riflessioni filosofico-giuridiche, tra vita e libertà

SOMMARIO: 1. Brevi note sulla guerra in atto: quale vita si concilia con la pace? – 2. Pacifismo vitalista e pacifismo realista. – 3. La pace: una risorsa vantaggiosa – 4. Oltre la guerra: vita, pace, libertà. Alcuni rilievi (non) conclusivi.

1. Brevi note sulla guerra in atto: quale vita si concilia con la pace?

Dallo scorso 24 febbraio 2022 stiamo assistendo ad una nuova guerra nel cuore dell'Europa¹, da quando, cioè, la Federazione russa ha invaso l'Ucraina².

Quanto è accaduto non solo ha colto di sorpresa e ha sconvolto le vite degli stessi abitanti dell'Ucraina, ma ha suscitato in tutti i Paesi occidentali sconcerto e preoccupazione. Vi sono diversi argomenti che portano e ritengono che, in effetti, questa guerra abbia alcune caratteristiche che la connotano in modo particolare³. Riflettendo sulle conseguenze possibili, ma fortunatamente non ancora prodottesi, si pensi all'eventualità di un'escalation atomica del conflitto e alla sua espansione verso altri Stati europei e con la NATO, che darebbero vita al primo conflitto nucleare vero e proprio sul pianeta. Con riferimento alle conseguenze che si sono già prodotte, invece, possiamo rilevare, ad esempio, l'esodo di massa a cui abbiamo assistito, che nelle prime settimane ha portato circa quattro milioni di persone a lasciare l'Ucraina, per raggiungere altri Paesi europei. Inoltre, il numero dei profughi e di sfollati, nei primi mesi di ostilità, è stato di quattro volte superiore a quello della guerra nei Balcani o in Kosovo⁴ negli anni Novanta. Milioni di persone, in vaste regioni, oggi non hanno la possibilità di potersi riscaldare, non

¹ M. Dogliani, *La guerra in Ucraina tra tabù nucleare e oltranzismo politico-mediatico*, in *Democrazia e diritto*, 2022, vol. 1, 2022, p. 7-14; cfr. anche R. Ibrido, *I fattori costituzionali condizionanti della politica estera tra diritto e geopolitica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, Rivista trimestrale*, 2022, vol. 2, p. 343-378, in particolare p. 355 e ss. Cfr., infine, L. Mellace, [Cosmopolitismo giuridico ed effettività del diritto internazionale oggi: è possibile andare oltre lo stato?](#), in *Materiales de Filosofía del Derecho*, 2022, vol. 2.

² Per una ricostruzione storico – politica del conflitto tra Russia e Ucraina, cfr. M. Minakov, [Ucraina, l'Occidente alla prova. Ma per il Cremlino è l'inizio della fine](#), in *Mondo economico*, 28.02.2022. Cfr. anche M. Minakov, *Dialettica della modernità nell'Europa orientale. Una riflessione socio-filosofica*, Ledizioni, Milano, 2022.

³ ISPI, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, [La più grande crisi europea dalla Seconda Guerra mondiale](#), 27.03.2022.

⁴ *Ibidem*

hanno più accesso all'acqua potabile né a fonti sicure di energia, con i pericoli epidemici a cui questa situazione espone gli abitanti delle zone interessate⁵ e tutti i cittadini europei sono alle prese con la peggiore crisi umanitaria dal secondo dopoguerra⁶. Oltre a quanto ricordato, vi sono anche conseguenze giuridiche rilevanti, non solo in relazione a violazioni del diritto internazionale⁷, ma anche in riferimento al numero di uccisioni di civili ucraini, per le quali si stanno valutando azioni presso la Corte penale internazionale⁸ e altre corti sovranazionali.

Quelle fin qui sinteticamente richiamate sono alcune peculiarità della guerra in atto, che ha innescato dibattiti animati su molte questioni ad essa collegate. In questo contributo, si porterà attenzione ad un profilo specifico presente nei dibattiti, vale a dire ci si interrogherà su quale forma di pacifismo possa essere preferita, promossa e difesa, in considerazione della necessità di giungere ad una composizione del conflitto.

Nel panorama di coloro che si sono occupati, a vario titolo, della questione, alcuni studiosi⁹ hanno discusso, con argomenti di interesse, una forma di pacifismo molto rappresentato, al momento, in Italia, nei confronti politici e nei media, ma ancora poco approfondito, in sede di riflessione critica. Si tratta della posizione che considera la guerra tra Federazione russa e Ucraina una situazione drammatica, che pone dinanzi al dilemma di scegliere quale valore debba prevalere, nella ricerca di una soluzione del conflitto e per ritornare alla pace: se cioè sia da considerare prioritaria la salvaguardia della vita, oppure se sia da preferire la difesa della libertà e dell'autodeterminazione.

In questo percorso, consapevoli del fatto che un adeguato approfondimento meriterebbe uno spazio diverso, ci limiteremo a prendere in esame solo alcuni profili propri del pacifismo¹⁰, così come ricostruito sia a livello

⁵ R. Biselli et. Al., [A Historical Review of Military Medical Strategies for Fighting Infectious Diseases: From Battlefields to Global Health](#), in *Biomedicines*, 2022, vol. 10.

⁶ AA.VV., *Russia Invades Ukraine*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. n. 3, p. 593-604.

⁷ I. Brunk, M. Hakimi, *Russia, Ukraine, and the Future World Order*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. 4, p.687-697; cfr. anche E. Chachko, K. Linos, *Ukraine and the Emergency Powers of International Institutions*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. 4, p. 775-787.

⁸ S. Occhipinti, [La Corte penale internazionale: limiti di giurisdizione e conseguenze sulla questione ucraina](#), in *Altalex*, 15.03.2022.

⁹ F. Pellicchia, [Pacifismo, libertà e nuda vita](#), in *Micromega*, 12.05.2022.

¹⁰ T. Greco, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2022, vol. 3, p. 205-222

internazionale¹¹, sia attraverso i molti contributi della riflessione italiana¹² e discuteremo, nello specifico, il pacifismo volto a salvaguardare la vita come valore supremo, per capire a quali orizzonti valoriali faccia riferimento, a quali implicazioni potrebbe portare e per interrogarci se sia possibile un'altra ridefinizione di "pacifismo", meritevole di essere presa in esame.

Il pacifismo che andiamo a esaminare criticamente considera la tutela della vita un valore naturale autoevidente; la ritiene, altresì, un presupposto necessario e irrinunciabile per procedere a qualunque altra valutazione sul piano etico-filosofico, non meno che giuridico-politico, quando si deve (ri)costruire la pace. Ne deriverebbe, pertanto, che continuare con le ostilità, accettarle o considerare ragionevole la condizione di difesa armata della nazione Ucraina, che implica un invio massiccio di armi alla nazione aggredita da parte di altri Paesi, significherebbe avallare una posizione moralmente biasimevole e giuridicamente illecita. A tale conclusione si arriverebbe poiché accettare, difendere o considerare tollerabile la resistenza armata (anche se in ragione di un'aggressione subita) vorrebbe dire considerare accettabile una serie di azioni omicide. Nel criticare tale impostazione¹³, sono precisate alcune implicazioni a cui conduce questa forma di pacifismo: «alla prosecuzione dei combattimenti e all'escalation degli armamenti, è dunque preferibile qualsiasi forma di armistizio e di avvio del negoziato tra le parti: anche quella, estrema, di una resa incondizionata del più debole, [...]»¹⁴.

In effetti, di fronte a questi argomenti, e in considerazione dell'elevatissimo numero di morti, militari e civili, già prodottosi, dei lutti e dei traumi già avvenuti e che probabilmente ancora si determineranno, sembrerebbe che, per aversi la

¹¹ J. Narveson, *Pacifism: A philosophical analysis*, in *Ethics*, 1965, vol. 4, p. 259-271; cfr. anche A. Fiala, voce *Pacifism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2006; cfr. infine D.L. Cady, *From Warism to Pacifism: A Moral Continuum*, Temple University Press, Philadelphia, 2010.

¹² A. Capitini, *Antifascismo tra i giovani*, Célébes, Trapani, 1966.; A. Capitini, *Italia nonviolenta*, Fondazione Centro studi Aldo Capitini, Perugia, 1981. Cfr., inoltre, N. Bobbio, *Pacifismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1976, p. 693 e ss.; N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, 1984; cfr. G. Pontara, *Note sulla nonviolenza come azione e come pensiero*, in *Parolechiave*, 2008, vol. 2, p. 1-21; G. Pontara, *Quale pace? Sei saggi su pace e guerra, violenza e nonviolenza, giustizia economica e benessere sociale*, Mimesis, Milano-Udine, 2016; cfr. E. Brighi, M. Chiaruzzi, *Pace e guerra*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2009, vol. 1, p. 113-146; A. Castelli, *Apologie della guerra e retoriche della pace in Europa (1914-1915)*, in *Storia del pensiero politico*, 2014, vol. 2, p. 239-263; G. Scocozza, *Dalla "nonviolenza" di Aldo Capitini alla "paz del hombre" di Eugen Relgis: umanitarismo e pacifismo tra Italia e Uruguay*, in S. Ferrari, E. Leonardi (a cura di), *Rutas Atlánticas Redes narrativas entre América Latina y Europa*, Milano University Press, Milano, 2021, pp. 286-299; cfr. T. Casadei, *Nonviolenza e educazione alla pace: rileggere Aldo Capitini, con uno sguardo all'Agenda 2030 dell'Onu*, in *Eunomia, Rivista di studi su pace e diritti umani*, 2021, vol. 1-2, p. 143-164.

¹³ F. Pellicchia, [Pacifismo, libertà e nuda vita](#), cit.

¹⁴ *Ibidem*

pace, ci sia una sola scelta o soluzione obbligata: il rifiuto di qualunque atto violento, che si traduce nella resa, appunto, quali che siano le conseguenze sul piano giuridico, politico, materiale, geografico, storico etc.

Il pacifismo così descritto è volto a perseguire il valore della vita ad ogni costo, in qualunque condizione. Il valore dell'esistenza in vita, pertanto, è considerato un meta-valore, rispetto al quale devono essere prese tutte le decisioni e devono esser qualificate, per essere considerate moralmente approvabili e giuridicamente sostenibili, scelte e azioni.

«Ma la parola "vita" contiene in se stessa un'ambivalenza e un enigma che impongono un'ulteriore riflessione»¹⁵. Condividiamo con l'Autore la considerazione relativa alla densità semantica che, anche e a maggior ragione in un contesto di "guerra", assume il termine "vita": a seconda di come si ridefinisce la parola, "vita", infatti, può assumere significati diversi.

Senz'altro, in un primo significato, essa denota lo stare in vita, la vita meramente biologica, l'esistenza naturale. Una parte del movimento pacifista contemporaneo carica di enorme valenza positiva questo nucleo di significato, considerandolo al tempo stesso elemento descrittivo e normativo¹⁶, elevandolo a criterio per la soluzione della guerra: pur di salvaguardare questo primo valore naturale, la mera esistenza biologica, chiunque sia coinvolto, a qualunque titolo, in un conflitto, dovrebbe riconoscere la preminenza dal valore assoluto della "vita", che diviene premessa e condizione per l'applicazione di qualunque ulteriore schema decisionale o normativo in senso lato.

Tuttavia, "vita" designa, sia nel linguaggio ordinario, sia nei linguaggi normativi, non solo la mera esistenza biologica, "la nuda vita", ma anche «l'insieme delle abitudini, delle relazioni interpersonali e dei codici di condotta che vivono e si incarnano nel nudo fatto di esistere»¹⁷.

Prendendo allora in considerazione una seconda, e più pregnante ridefinizione, "vita" denota non tanto un intrinseco assoluto o "naturale" valore buono, scaturente dalla vita biologica, portata avanti a qualunque condizione. «Non si vive mai una vita purché sia, ma sempre e soltanto una forma-di-vita, compatibile con le scelte, con i desideri, con le restrizioni che compongono il nostro essere-nel-mondo. Precisamente questa implicazione offre la chiave per comprendere un fatto che si annuncia come uno "scandalo" logico: che ci siano comunque cittadini, persone comuni pronte a rischiare la loro vita biologica, pur di salvare qualcos'altro»¹⁸.

"Vita" racchiude in sé almeno un'altra area semantica, riferita ai valori di libertà e di autodeterminazione, vale a dire ai valori a cui improntare decisioni

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto*, Roma - Bari, Laterza, 1986, p. 28.

¹⁷ F. Pellicchia, [*Pacifismo, libertà e nuda vita*](#), cit.

¹⁸ *Ibidem*

autonome (cioè compiute senza pressioni indebite e condizionamenti imposti) e libere (nel senso di non essere determinate con la forza, con l'oppressione, con la violenza), riguardo alle condizioni, ai modi, ai tempi dell'esistenza biologica, ma anche alle interazioni con altri soggetti (umani e non umani¹⁹), alle scelte che comportano una qualità delle esperienze che si compiono o si vogliono compiere. Si tratta di un'area semantica che va oltre la mera condizione naturale; al contrario, considera "vita" termine che denota anche condizioni *normative* e culturali, frutto di scelte e di determinazioni valoriali umane.

Sulla base di queste considerazioni, possiamo (pur rapidamente) rilevare che la posizione di chi fa della vita un meta-valore autoevidente, al punto da considerare ovvio che ad esso si debba guardare per individuare i criteri normativi utili a dirimere le attuali, dolorose, controversie, si iscrive in una sorta di paradigma giusnaturalista²⁰. Viceversa, la posizione di coloro che non considerano naturali i valori, e che qualificano come preferibile a quello dalla vita il valore della libertà, potrebbe essere ricondotta ad un paradigma giuspositivista, laddove le scelte normative, precisamente quelle giuridiche, sono considerate il prodotto, il frutto di esperienze e valutazioni tutte interne all'esperienza umana. Non si teorizza, anzi si esclude, che vi sia un altro e previgente orizzonte di valori e regole già dati, precostituiti, a cui fare riferimento, da ritenere guide sempre sicure, certe e giuste, nelle difficili situazioni contingenti²¹.

¹⁹ Si pensi a quanti documenti e testimonianze abbiamo a disposizione a proposito di cittadini ucraini che non scappano dalle proprie terre o case, pur di non abbandonare i loro animali, oppure, si pensi a quanti profughi hanno portato con sé gli animali domestici. In effetti, questa è la prima guerra in cui si porta direttamente attenzione al valore della vita anche dei soggetti non umani. Per una panoramica delle molte questioni etico-giuridiche connesse a questi profili, cfr. M. Marzano, *Etica oggi. Fecondazione eterologa, «guerra giusta», nuova morale sessuale e altre grandi questioni contemporanee*, Erikson, Roma, 2022.

²⁰ Si è consapevoli che sulle questioni teoriche di fondo, qui appena richiamate, la bibliografia di riferimento è estremamente vasta. Sinteticamente, si rinvia a P. Borsellino, *Diritto naturale e diritto positivo. Le origini e gli sviluppi*, in A. Bonomi, N. Pasini, S. Bertolino (a cura di), *Struttura della società. valori e politica* Torino, UTET, 2010, pp. 8-29; cfr., altresì, Bruno Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, vol. 1, p. 161-184. Cfr., infine, N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1972, in particolare pp. 127-195.

²¹ Cfr. U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. di Comunità, Milano, 1976; cfr. G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013. Cfr. altresì R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014; R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo* (a cura di V. Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2017.

2. Pacifismo vitalista e pacifismo realista

Alla luce delle considerazioni qui sopra richiamate, si delinea un altro modo di intendere il pacifismo. Si tratta di una teorizzazione che non squalifica l'importante valore dell'esistenza biologica (lo stare in vita), ma ritiene che a questo possa essere anteposto, e ritenuto superiore, un altro valore: la libertà²², per rendere ogni vissuto non solo un fatto meramente biologico, ma anche un costruito, un risultato e un insieme di scelte, di esperienze biografiche significative e degne di essere vissute.

È una precisazione doverosa, perché il dibattito attuale pare schiacciato sull'idea che, riguardo alla guerra in Ucraina, vi sia (spazio per) uno e un solo "pacifismo", laddove i "pacifisti" della vita ad ogni costo riducono l'ambito della discussione legittima (politica, giuridica, filosofica etc.) al rifiuto dell'uso delle armi (di qualunque arma²³) e al "cessate il fuoco", come azioni necessarie, imposte indistintamente ai soggetti belligeranti.

Questo tipo di pacifismo²⁴, che potremmo definire "vitalista"²⁵ per realizzare lo scopo, pur nobile, della tutela della vita, sempre e comunque, non pare però esigere principalmente da chi, per primo, ha violato l'ordine internazionale, il più gravoso impegno di interrompere, immediatamente, le azioni belliche (che sono la causa diretta di migliaia di morti). Spesso, al contrario, si limita ad esprimere un accorato appello, sintetizzato nell'imperativo "Fermatevi!"²⁶, che diviene una prescrizione rivolta ad entrambe le parti.

Questo è un profilo di particolare criticità, perché non tiene conto delle diverse responsabilità e delle differenti condizioni esistenti tra chi ha invaso e chi

²² I. Berlin, *Due concetti di libertà, Due concetti di libertà*, Feltrinelli, 2000.

²³ È, in effetti, un'operazione infruttuosa ostinarsi a distinguere tra armi offensive e difensive: non sono gli oggetti a possedere intrinseche qualità, materiali o morali, che ne evidenziano usi propri e legittimi, o impropri e illegittimi. Sono sempre gli individui, con le loro azioni e le loro scelte e qualificazioni convenzionali, a fare di uno strumento un'arma, di offesa o di difesa. Sul tema delle differenti modalità di qualificazione delle armi, in prospettiva teorico-giuridica, cfr. F. Chesini, «Terminator Scenario»? *Intelligenza artificiale nel conflitto armato: Lethal Autonomous Weapons Systems e le risposte del diritto internazionale umanitario*, in *BioLaw Journal*, 2020, vol. 3, p. 441-471; cfr. anche F. Ruschi, *Il volo del drone. Verso una guerra post-umana? Una riflessione di filosofia del diritto internazionale*, in *Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2016, vol. 1, p. 12-38.

²⁴ Sono riconducibili a questa forma di pacifismo intellettuali, docenti universitari, giornalisti, artisti etc., le cui posizioni sono state ben rappresentate nell'iniziativa [La pace proibita](#), evento tenutosi al teatro Ghione, a Roma, il 2 maggio 2022.

²⁵ Per una ricostruzione del "vitalismo" come approccio filosofico a molti temi e questioni eticamente rilevanti, cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, Milano, 2018, p. 112-113.

²⁶ Nel 2022, la consueta Marcia per la Pace Perugia – Assisi, ha avuto, infatti, come slogan, il seguente: [Fermatevi! La guerra è una follia!](#).

è stato invaso, tra chi lancia l'offensiva e chi si è trovato a doversi difendere, rischiando di considerare, dal punto di vista morale, e anche da quello giuridico, su un medesimo livello soggetti che, invece, non lo sono nella guerra in atto. Inoltre, si sottostimano le implicazioni che si produrrebbero se a tradurre in pratica, per primo, la richiesta di cessazione di ogni ostilità fosse chi è stato aggredito e non, come invece ci si dovrebbe aspettare, l'aggressore. Inoltre, equiparare i due soggetti belligeranti, chiamandoli entrambi ad un esercizio di pari impegno per cessare i combattimenti, è una modalità di qualificazione dei fatti non funzionale a fare chiarezza sulla complessa situazione che si è prodotta; infine, evocare continuamente un impegno solo delle parti in causa non dà adeguato rilievo all'imprescindibile ruolo che deve tornare ad avere la diplomazia internazionale. I sostenitori di questa concezione²⁷, che alcuni studiosi, già da alcuni anni, hanno qualificato come espressione di un "pacifismo cieco"²⁸, non riconoscono, tuttavia, che quella da loro proposta è *una, non la sola*, posizione etico-politica e teorico-giuridica in campo e che, a ben guardare, non è quella seguita fino ad ora -ed in generale auspicata - dal popolo ucraino, che pare aderire alla seconda accezione di vita qui discussa, impegnata a difendere la vita nella libertà, e non la vita a prescindere da un contesto di libertà.

Si delinea, pertanto, un secondo tipo di pacifismo, che potremmo definire "realista"²⁹, che si schiera apertamente dalla parte del "soggetto debole", dell'aggredito e ritiene che debba essere l'aggressore il primo a "fermarsi". Non considera l'uso delle armi uno strumento sempre approvabile e legittimo, e rileva che si tratti di un tema moralmente controverso e complesso da giustificare. Tuttavia, la situazione che si è determinata è tale da presentare le caratteristiche tipiche di una esimente, di una condizione di legittima difesa³⁰, nella consapevolezza che l'assenza di una difesa armata non genererebbe minori mali nel popolo colpito. Del resto, anche autori radicalmente pacifisti hanno, a certe condizioni, avallato questo argomento³¹. In effetti, la situazione in cui si è ritrovato il popolo ucraino, situazione brutale, distruttiva, violenta, disumana³², non è stata frutto di scelta deliberata, presa dalle istituzioni o dalla popolazione. Si è invece

²⁷ A. Orsini, [Cosa penso davvero su Nato, Usa, Ucraina, russi e guerre di Hitler](#), in *ilfattoquotidiano*, 14.05.2022.

²⁸ G. Sartori, [Il mondo irrealista dei ciecopacifisti](#), in AA. VV., *Dossier Guerre*, 2002.

²⁹ D.C. Hodges, *La dottrina della Realpolitik e il positivismo politico*, in *Il Politico*, 1962, vol. 1, p. 147-168, in particolare 148 e ss.; cfr. K. Waltz, *Teoria della politica internazionale*, il Mulino, Bologna, 1987; cfr. A. Casadei, *Romanzi di Finisterre. Narrazione della guerra e problemi del realismo*, Carocci, Roma, 2000.

³⁰ A. Algostino, *Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione*, in AA. VV., *Il costituzionalismo democratico può sopravvivere alla guerra?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 67-90.; A. Algostino, [Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia](#), in *AIC.it Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2022.

³¹ G. Pontara, *Note sulla nonviolenza come azione e come pensiero*, cit., p. 117-119.

³² G. Pontara, *Note sulla nonviolenza come azione e come pensiero*, cit., p. 117.

determinato un contesto con caratteristiche tali da porre i soggetti (individui singoli e istituzioni) di fronte ad un bivio: cedere alle pressioni e alle violenze del nemico, oppure mettere in atto un'articolata resistenza. Si tratta, certamente, di una situazione emergenziale, straordinaria, che non legittima, in linea di principio, il ricorso alle armi quale unica risposta sufficiente per la gestione e per la composizione del conflitto, ma che tuttavia può essere giustificata. In effetti, di fronte all'impasse del diritto internazionale, al pericolo di annientamento di una Nazione e del suo popolo e in assenza di concreti risultati diplomatici, la difesa si è resa possibile prevalentemente attraverso forme di combattimento, attuato contro gravissimi e indiscriminati atti di ferocia, che i poteri di fatto³³ esercitati dall'invasore hanno rivolto, prevalentemente, contro la popolazione civile.

Chi, pertanto, sostiene la seconda concezione, quella propria del pacifismo realista, strettamente correlata alla ridefinizione di vita incentrata sulla libertà, certamente condivide coi sostenitori del pacifismo vitalista l'obiettivo di arrivare il prima possibile al "cessate il fuoco" e alla pace. L'aggettivo realista si spiega e si giustifica perché chi se ne fa sostenitore³⁴ tiene in grande considerazione le reali condizioni in cui si discute su come arrivare alla pace e porta attenzione non ad un'ideale modello di società pacificata, bensì alle condizioni concrete in cui, nel momento attuale, si ritrova un popolo stretto nella morsa della guerra, che rivendica la propria libertà dall'invasore.

I sostenitori del pacifismo realista, in linea di principio considerano, come abbiamo poco sopra argomentato, il ricorso alle armi un male: si tratta, però, di un male necessario, anche se transitorio, di fronte allo stallo diplomatico, all'alternativa inevitabile dell'annichilimento (la denazificazione³⁵ annunciata con l'operazione militare speciale) di un popolo invaso e all'assoggettamento, al di fuori di qualunque regola di diritto internazionale, di una nazione libera e sovrana, che senza adeguate difese perderebbe ben più delle libertà, rinunciando alla propria sovranità e dovendo ridiscutere ogni aspetto del proprio assetto politico e del proprio ordinamento giuridico.

Si potrebbe a questo punto obiettare che sia arduo dirsi "pacifisti" nell'accezione realista, perché sembra difficile conciliare, sebbene in casi eccezionali e limitatamente a contesti straordinari, il ricorso alla violenza e all'uso delle armi con la volontà di ottenere la pace. A questa obiezione si può rispondere,

³³ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 98-100. Cfr. N. Bobbio, *Sul principio di legittimità*, in AA. VV., *Studi in memoria di Antonio Falchi*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 79-93; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto* (a cura di T. Greco), Torino, Giappichelli, 2012, p. 106-147.

³⁴ P. Flores D'Arcais, [La pace si difende difendendo la libertà degli ucraini](#), in *MicroMega*, 02.02.2022.; P. Flores D'Arcais, [Un deserto chiamato pace?](#), in *MicroMega*, 05.03.2022.; P. Flores D'Arcais, [Massacri, resistenza, logica](#), in *MicroMega*, 12.03.2022. Cfr. L. Manconi, [La resistenza armata è etica](#), in *la Repubblica*, 09.03.2022.

³⁵ L. Forni, *Ragionando su pandemia e guerra: significati, discorsi, prospettive*, in *Notizie di Politeia*, 2022, vol. 146, p. 112-136, in particolare p. 121.

ricordando che, se ci limitassimo a considerare il termine “pacifismo” nella sola accezione che denota una particolare scelta morale e/o filosofico-politica, caratterizzata dal rifiuto, sempre e comunque, dell’uso delle armi come risposta ad una guerra, ridurremmo tale nozione ad un significato limitato e radicale; dovremmo, allo stesso tempo, però, rilevare che questo è uno, ma non l’unico, significato con cui si può usare la parola “pacifismo”³⁶. Pur nella difficoltà di pervenire ad una ridefinizione precisa, stiamo ragionando su condizioni e circostanze d’uso particolari del concetto in esame. Infatti, se si ritiene che, di fronte ad una brutale invasione, per la nazione offesa vi siano spazi di legittima risposta, anche armata e che tale circostanza non sia pregiudizievole, di per sé, all’obiettivo, da tutti auspicato della pace, vi sono buone ragioni per considerare, tra le molte presenti nel dibattito, anche la ridefinizione di pacifismo nell’accezione realista. Del resto, non va dimenticato che il popolo ucraino, così come chi si è schierato dalla parte del soggetto aggredito, non ha voluto, né ha determinato o scelto, per primo, lo strumento della belligeranza quale mezzo per la composizione dei conflitti tra Stati. Non ha scelto neppure di porre fine a decenni di pace. Piuttosto, si è trovato nella condizione di dover subire azioni di guerra e, in tale contesto, sia le istituzioni ucraine e internazionali, sia i singoli cittadini, si sono trovati a dover scegliere tra due mali, di cui il ricorso alle armi, per la propria sopravvivenza nell’immediato, e per arrivare, nel minor tempo possibile, ad un negoziato che porti alla fine della guerra (vale a dire, in un’accezione ristretta, alla pace³⁷), è parso quello minore.

Infine, il pacifismo vitalista, che contesta l’opzione del pacifismo realista, rischia di confondere la scelta nonviolenta a cui spesso fa riferimento, che sarebbe quella propria delle lotte c.d. “incruente”³⁸, con una opzione politico- giuridica di rifiuto assoluto, di totale nonviolenza, ritenuta la sola scelta legittima e l’unica di cui si possa discutere nel contesto pubblico. Se si dà per scontato che parlare di “pacifismo” equivalga a parlare di “lotte incruente”, e che solo in questo modo si tuteli il valore della vita, si opera una semplificazione inappropriata. Quando si fa appello alle c.d. “lotte incruente”³⁹, infatti, si fa riferimento a movimenti e azioni collettive, che vogliono determinare un positivo impatto sullo scenario politico interno ad uno Stato, attuate, anche in forma radicale e incisiva, da cittadini che vogliono rivendicare obiettivi politici e intendono ottenere riconoscimenti giuridici per una o più istanze emergenti, senza ricorrere a scontri e a forme di violenza. La caratteristica di questa particolare forma di attivismo politico nonviolento è quella di essere sempre avvenuto, però, quando non vi è in atto un conflitto armato di uno Stato con altre Nazioni. Bisogna in proposito precisare che un conto è promuovere forme di resistenza nonviolenta, anche estreme, che

³⁶ M. Pianta, *Il pacifismo e i movimenti globali*, in *Parolechiave*, 2008, vol. 2, p. 193-205.

³⁷ Cfr., *infra*, paragrafo 3.

³⁸ G. Pontara, *Note sulla nonviolenza come azione e come pensiero*, cit. p. 3-5.

³⁹ *Ibidem*

muovano dal basso, nella società civile, per ottenere riconoscimenti politici o nuove sensibilità giuridiche quando non vi è una guerra (in atto). Un conto molto diverso, invece, è proporre il rifiuto radicale di qualunque forma di lotta armata durante una guerra quale strumento (talora necessario) per determinare condizioni di fatto propedeutiche ad un negoziato, la cui soluzione sia non solo il “cessate il fuoco”, bensì un trattato di pace. In poche parole, il pacifismo vitalista non precisa che le lotte incruente hanno sempre portato al conseguimento di obiettivi politici per via pacifica quando, e in ragione del fatto che, la pace c’è già, mentre sottostimano le conseguenze, non solo politiche, a cui condurrebbe un ostinato rifiuto di qualunque forma di (doloroso) combattimento, per ottenere la pace che al momento manca.

3. La pace: una risorsa vantaggiosa

Sottesa a questo contributo, come del resto ai diversi saggi e interessanti lavori sul tema, è la nozione di “pace”.

Pace è una parola spinosa⁴⁰. È, in breve, un termine che impegna i teorici in complesse attività di riflessione e di ridefinizione. Come scriveva Norberto Bobbio, «nella sua accezione più generale “pace” significa assenza (o cessazione, soluzione etc.) di un conflitto»⁴¹.

Bobbio ha proposto una prima distinzione, tra “pace interna” e “pace esterna”⁴². L’espressione “pace interna” denota un’assenza di conflitto tra comportamenti o atteggiamenti riferibili ad un solo soggetto, prevalentemente usata per riferirsi ad un singolo individuo, e che si traduce, il più delle volte, in frasi come: «Sono in pace!» oppure «Ho la coscienza in pace»; la seconda espressione, invece, denota un’assenza di conflitti fra individui o gruppi diversi e organizzati.

Ragionando sulle varie forme di “pace esterna”, la parola “pace” è messa in relazione, e in stretta connessione, prevalentemente con “guerra” e, alla luce di una seconda distinzione, può essere definita in negativo o in positivo. La definizione negativa di pace si riferisce ad ogni condizione di “non – guerra”, di assenza di scontro. Bobbio ricorda che, in quest’accezione, “pace” è considerato un “termine debole”, che denota lo stato in cui si trovano gruppi di individui, tra i quali non esista un rapporto di conflitto, caratterizzato dall’esercizio di violenza durevole e organizzata⁴³. La ridefinizione “positiva” di “pace”, invece, è specifica dell’ambito giuridico, e rinvia al significato di «conclusione giuridicamente regolata di un conflitto»⁴⁴.

⁴⁰ N. Bobbio, *La pace ha un futuro? Una domanda difficile*, in C.M. MARTINI, N. BOBBIO, *Pace. Dialoghi sul futuro*, Feltrinelli, Milano, 2014, p. 13-25, in particolare p. 21 e ss.

⁴¹ N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., p. 119-120.

⁴² *Ibidem*

⁴³ N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., p. 121-126.

⁴⁴ *Ibidem*

Tuttavia, questa seconda distinzione di aree di significato, negativo o positivo, pare non del tutto soddisfacente. Nel tentativo di ridefinire ulteriormente il termine, precisando l'accezione positiva, si potrebbe portare attenzione, oggi e primariamente, alla dimensione dell'impegno, di proficui e incessanti sforzi, istituzionali e individuali, volti a creare spazi di libertà, di diritti e di diritti fondamentali in particolare⁴⁵.

Viene ribadita la tesi, cara ad Immanuel Kant⁴⁶, così come ad Hans Kelsen⁴⁷, che sia proprio il diritto il principale strumento da mettere in campo, per promuovere, affermare e mantenere la "pace"⁴⁸. In particolare, Bobbio ha sostenuto con forza l'idea che la pace debba e possa essere ristabilita o ottenuta attraverso tre strade. La prima consiste nell'individuare una precisa azione politica, cioè volta a promuovere scelte e decisioni che limitino il più possibile le condizioni in cui si possa avere una proliferazione di conflitti. La seconda riguarda il ruolo principe del diritto, nazionale ed internazionale, che ha, come aveva teorizzato Kelsen, il compito preminente di regolare, istituzionalizzandola, l'uso della forza nei conflitti (latamente intesi). Infine, la terza si riferisce al compito di ogni individuo, e nello specifico di ogni studioso, giurista o intellettuale, che dovrebbe tendere alla maggior diffusione possibile della cultura e dell'etica della pace, intesa come valore portante di ogni società libera e democratica⁴⁹.

Il collegamento tra "pace e diritti"⁵⁰ rinvia al ruolo che il diritto, le istituzioni giuridico-politiche, non meno che i consociati, dovrebbero avere nel contrasto alle molte forme di insicurezza, di disuguaglianza, di povertà, cioè a quelle con-cause materiali, prima ancora che giuridiche o politico-ideologiche, che alimentano focolai di azioni violente e di feroci attacchi, perpetrati contro chi è considerato "il nemico" da colpire, indebolire e annientare.

⁴⁵ I. Trujillo, *Human rights, peace, and the concept of law. The story of an incomplete legal revolution*, in *Philosophy of Law and General Theory of Law*, 2019, vol. 1, p. 175-200; I. Trujillo, *L'oblio del diritto alla pace nella pratica dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2019, vol. 1, p. 19-33.

⁴⁶ I. Kant, *Per la pace perpetua*, prima traduzione italiana a cura di A. Massoni, Sonzogno, Milano, 1885.

⁴⁷ H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Torino, Giappichelli, 1990.

⁴⁸ W. Barberis (a cura di), *Guerra e Pace*, Einaudi, Torino, 2002; R. Paganelli, *Pensieri di pace*, EDB, Bologna, 2003; cfr. anche B. Rosenberg Marshall, *Parlare di Pace: quello che dici può cambiare il tuo mondo*, Esserci editore, Reggio Emilia, 2006; AA. VV., *Costruire una pace per imparare a non credere nella fatalità delle guerre*, Mondadori Milano, 2007; M. Simoncelli (a cura di), *La pace possibile: successi e fallimenti degli accordi internazionali sul disarmo e sul controllo degli armamenti* Ediesse, Roma, 2012, Cfr., infine, B.S. Mawajdeh et. Al., *The Culture of Peace and the Prevention of Terrorism from the Perspectives of Islamic Education and the United Nations*, in *Journal of Education and Practice*, 2017, vol. 8, p. 43-56; D. Cortright, M.C. Greenberg, L. Stone, *Civil Society, Peace, and Power*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Maryland, 2017.

⁴⁹ N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit.

⁵⁰ T. Greco, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, cit., p. 218 e ss.

La pace è senza dubbio lo scopo principale di ogni forma di pacifismo ed è un obiettivo che, come abbiamo chiarito poco sopra, è perseguibile, pur secondo diversi modelli, per via politica, giuridica, culturale o che, nei dibattiti contemporanei, è ritenuta possibile anche attraverso strumenti ausiliari, vale a dire per mezzo di decisioni economiche⁵¹.

La pace, nella sua ridefinizione positiva, può essere considerata, allora, (anche) una particolare attività/risultato di complesse procedure e norme.

La pace, come chiarito, ha molte dimensioni e può riferirsi alle condizioni di vissuto dei singoli soggetti, ma anche alle condizioni proprie di una comunità (statale, sovranazionale, internazionale). Potremmo allora domandarci cosa accomuni le due auspiccate condizioni di pace, del singolo e della collettività.

La ricerca, la costruzione della pace, in entrambe, è volta al superamento della guerra⁵². In proposito, possiamo richiamare la concezione hobbesiana di guerra continua, quando non vi è (ancora) diritto, espressa nella formula propria dello stato di natura: la guerra di tutti contro tutti. La radice hobbesiana del *bellum omnium contra omnes*, come è stato proposto in alcune analisi⁵³, è tanto più evidente se si considera la guerra fra Stati una sorta di nuova forma⁵⁴ di *statum naturae*, da superare.

A partire da questa preliminare osservazione, possiamo allora ipotizzare che, come i singoli individui, ad un certo punto, decidono di uscire dallo stato di natura, cedendo le proprie libertà e i loro poteri su tutti gli altri ad un solo soggetto, il Sovrano assoluto, che racchiude in sé il monopolio dell'uso della forza, così i singoli Stati, di fronte ad un conflitto, dovranno accettare e riconoscere come soluzione razionale la cessione dell'uso delle armi, della forza, ad un Terzo soggetto, un ente, un organo sovranazionale a cui conferire il diritto/potere di fermare le guerre in atto. Senza pretesa di esaustività, e consapevoli di non poter approfondire questi complessi temi, ci limitiamo a ricordare che la teoria di un soggetto Terzo per sancire la pace è stata una delle riflessioni più care a Norberto Bobbio⁵⁵ e che ha impegnato a lungo l'Autore, pur senza arrivare, per sua stessa ammissione, a risultati soddisfacenti. Ad ogni modo, tanto riguardo al superamento dello stato di natura da parte di un gruppo di individui, a livello nazionale, quanto in relazione al superamento dello stato di natura a livello sovranazionale, la cessione di poteri di fatto (che hanno generato conflitti e guerre)

⁵¹ G. Sadun Bordoni, *Tre modelli per la pace*, in V. Ferrari (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, Milano, p. 467-476, in particolare p. 471 e ss.

⁵² L. Forni, T. Vettor (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Giappichelli, Torino, p. 3-17.

⁵³ G. Sadun Bordoni, *Tre modelli per la pace*, cit.

⁵⁴ L. Forni, *Nuove forme di Stato di natura? Da Hobbes a La notte dei morti viventi*, in G. Viggiani (a cura di), *Didattica del Diritto*, Ledizioni, Milano, 2022, p. 211-239.

⁵⁵ N. Bobbio, *La pace ha un futuro?* cit.; N. Bobbio, *Il terzo assente*, Sonda, Casale Monferrato, 1989; N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., p. 161 e ss.

ad un Terzo sarebbe una scelta approvabile, in quanto funzionale ad ottenere reciproci vantaggi⁵⁶.

In considerazione di questo specifico rilievo, che meriterebbe un approfondimento diverso, specie per quanto attiene alla complessità del pensiero bobbio sul “soggetto Terzo assente”⁵⁷, possono tornare utili, nella riflessione sulla “pace”, alcuni contributi di Amartya Sen, proprio in relazione al concetto di “vantaggio” e di interazioni tra soggetti e contesto.

Sen ha teorizzato che ogni soggetto (sia considerato come individuo singolo, sia come entità complessa, statale etc.) ha la possibilità di influire sull’assetto delle istituzioni e, in particolare, nei processi decisionali che lo riguardano e che riguardano le istituzioni con cui si relaziona.

L’Autore ritiene, infatti, che i soggetti non abbiano la sola caratteristica di essere passivi⁵⁸, vale a dire che non siano meri destinatari di livelli decisionali (giuridico – politici) stabiliti altrove. Essi sono capaci di esprimere bisogni, a livello sovraindividuale, che esigono considerazione e sono, altresì, in grado di incidere direttamente sulla soddisfazione o sulla realizzazione delle proprie aspettative. In poche parole, ciascun agente, soggetto singolo o istituzionale, ha le potenzialità per essere un attore dinamico, in una realtà in continua evoluzione. Ciascun soggetto ha «la libertà di decidere a cosa attribuire valore e in che modo cercare di arrivarvi»⁵⁹, per migliorare la condizione in cui si trova; ciascun soggetto ha, pertanto, la libertà di valutare le opportunità di cui gode o potrà avvalersi, e di stimare i vantaggi della propria condizione. La teoria di Sen presenta elementi di grande interesse: egli sostiene, infatti, che la valutazione di una scelta deliberata e qualificata come “libera e giusta” debba essere stimata in riferimento al vantaggio generale che ne trae un soggetto. Sen propone una originale ridefinizione del termine “vantaggi”, in inglese *capabilities*. Per “vantaggio” o “vantaggi”, Sen intende la capacità concreta dei soggetti di interagire con l’ambiente in modo da modificarlo e di riuscire così a fare «ciò a cui il soggetto stesso assegna un valore»⁶⁰.

“Vantaggio” è il termine che consente di attribuire valore a qualcosa sulla base di elementi, reali o potenziali, presenti per uno o più soggetti in una certa condizione. Egli precisa, in proposito, che “attribuire valore”, in un primo senso, può significare «ciò che vale la pena di fare/essere»⁶¹. In un secondo senso, Sen ritiene che attribuire valore, riflettere su “ciò che vale la pena fare o essere”, sia un altro modo di individuare ciò che è una risorsa⁶².

⁵⁶ G. Sadun Bordoni, *Tre modelli per la pace*, cit., p. 471 e ss.

⁵⁷ N. Bobbio, *La pace ha un futuro?* cit., p. 21 e ss.; cfr. anche D. Zolo, *La filosofia della guerra e della pace in Norberto Bobbio*, in *Iride*, 1998, vol. 1, p. 105-115.

⁵⁸ A. Sen, *L’idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, p. 261

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ A. Sen, *L’idea di giustizia*, cit., p. 243

⁶¹ A. Sen, *L’idea di giustizia*, cit., p. 262-277

⁶² A. Sen, *L’idea di giustizia*, cit., p. 262-263

La valutazione di “ciò che vale la pena”, ovvero “di ciò che è una risorsa” diventa un giudizio articolato di comparazione tra valutazioni soggettive e regole istituite in un certo contesto. Stimare nella situazione concreta cosa rappresenti per il soggetto/i soggetti coinvolto/i il vantaggio personale significa, in ultima istanza, secondo Sen, stabilire cosa rappresenti una risorsa.

Che si tratti allora della sua affermazione per via politica, o per via strettamente giuridica, o attraverso operazioni etico-culturali, non meno che mediante accordi economici, la pace dovrebbe essere proposta e considerata non solo un obiettivo comune da conseguire, ma anche una risorsa tra le più vantaggiose: sia che la si consideri nella ridefinizione negativo-fattuale (assenza di un conflitto), sia che la si proponga nel significato positivo-normativo (condizione espressamente regolata da norme giuridiche)⁶³, essa consente di dare concretezza a precisi impegni assunti dai soggetti coinvolti, rende possibili sviluppi materiali e culturali in ambiti pubblici e privati, innova apparati normativi, è funzionale all’incremento di condizioni generali di benessere, individuali e collettive.

4. Oltre la guerra: vita, pace, libertà. Alcuni rilievi (non) conclusivi

A muovere da queste considerazioni, non solo i singoli individui, ma anche le comunità statali in cui questi si organizzano, hanno la possibilità di esprimere bisogni e aspettative per la ricerca della pace, secondo la definizione di ciò che, per loro, vale la pena fare. La pace, come ridefinita a partire dal contributo seniano, e calata in una prospettiva di pacifismo realista, è stimata in base ad un complesso giudizio normativo, in cui la vita, ad esempio, è un valore tra i tanti in gioco, ma non il solo, né il primo, né deve necessariamente essere qualificata come ciò a cui attribuire valenza suprema, alla luce del fatto che anche la libertà è considerata un valore irrinunciabile e talora più rilevante della vita stessa.

La posizione pacifista vitalista, che chiede la pace a qualunque costo ha, come conseguenza sul piano giuridico e politico – militare, la resa e, su quello fattuale generale, l’accettazione di enormi perdite, non solo materiali, da parte del soggetto più debole e aggredito. Quest’ultimo, inoltre, sia per quanto riguarda situazioni giuridiche soggettive, sia per quanto attiene al profilo statale/ordinamentale e ai diritti/poteri/doveri della Nazione, dovrebbe sacrificare enormi spazi di sovranità, di indipendenza, di libertà e di autodeterminazione.

La resa incondizionata risulterebbe, allora, vantaggiosa, nell’ottica del pacifismo vitalista, nella misura in cui, cessando ogni attività bellica, si riescano a salvare, almeno nell’immediato, molte vite. Da questa situazione, tuttavia, deriveranno inevitabilmente gravi conseguenze, come la sottomissione per un tempo indefinito della nazione e dei cittadini arresi alla potenza straniera che li ha aggrediti.

⁶³ Questa è, in breve, la tesi che si può riscontrare in M. G. Losano, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2020.

Questa forma di pacifismo presenta, come abbiamo argomentato, non poche criticità, a cui aggiungiamo la considerazione che è appare semplice promuoverla da (ancora confortevoli e) distanti realtà occidentali e, qualora la si avallasse, si proporrebbe un modello basato su impegnative condizioni di fine della guerra, a cui far seguire altrettante e maggiormente impegnative condizioni di vita, che sarebbero prescritte, però, non a chi se ne fa sostenitore, ma ad altri uomini e donne, che appartengono ad una diversa collettività, come quella ucraina.

In effetti, dovremmo proprio domandarci quanto possa essere vantaggiosa tale opzione “pacifista vitalista”, dal momento che comporterebbe la rinuncia, per un tempo incalcolabile, di quelle libertà di cui, dal 1991 in poi, i cittadini ucraini hanno goduto, a cui hanno attribuito valore fortemente positivo e che per loro, negli ultimi trent’anni, hanno rappresentato ciò che valeva la pena fare, essere, difendere, scegliere.

La prescrizione del pacifismo vitalista, “Fermatevi!”, portata alle sue estreme conseguenze, sul piano giuridico, significherebbe, per l’Ucraina, rinunciare a dare durevole obbedienza⁶⁴ ad un ordinamento di tipo democratico-liberale.

Sarebbe una scelta che favorisce un certo significato di “pace”, intesa, in una limitata e opinabile ridefinizione, come assenza di azioni volte all’uccisione di un grande numero di individui, ma non sarebbe molto altro. Non potrebbe denotare, ad esempio, una condizione non solo materiale, ma anche morale o spirituale volta al miglioramento delle condizioni della popolazione dopo la cessazione delle ostilità e al ripristino di diritti fondamentali, tra cui i diritti di libertà, cari, invece, al pacifismo realista.

Inoltre, comporterebbe una conseguenza fattuale, individuale e collettiva, di tipo supererogatorio⁶⁵. Si chiederebbe alla popolazione e alla nazione ucraina di accettare e sopportare perdite, limitazioni e condizionamenti incalcolabili, ben oltre ogni ragionevole aspettativa.

In effetti, e concludendo, l’idea di pacifismo realista che qui si è proposta e difesa rinvia, a differenza di quanto affermato in relazione al pacifismo vitalista, non tanto ad una generica tutela della vita, ma si fonda, prioritariamente, su una precisa ridefinizione di “libertà”. Sia declinata in relazione alla qualificazione dello Stato (Ucraina intesa come Stato libero e sovrano), sia messa in relazione con le condizioni dei cittadini ucraini, (che rivendicano specifiche qualificazioni normative riguardo a certe condizioni fattuali, e che dunque non sono disponibili a perdere diritti), essa denota un complesso insieme di valori “non negoziabili”. Nell’usare questa espressione precisiamo, infine, che non ci si riferisce a valori sottratti a qualunque valutazione o ritenuti non disponibili e autoevidenti, da sempre e per sempre presenti nella natura umana; al contrario, si vuole far

⁶⁴ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 98-100.

⁶⁵ E. Lecaldano, voce *Supererogatorio* in *Dizionario di Bioetica*, Laterza, Roma- Bari, 2022, p. 293.

riferimento a quei valori qualificati come irrinunciabili da coloro che hanno in gioco la propria vita e il proprio destino⁶⁶, valori che, ad esempio, il popolo ucraino vuole salvaguardare, anche ad un costo molto elevato, e non solo per le vite già in essere, ma - anche e soprattutto - per le vite delle generazioni a venire⁶⁷.

Bibliografia

AA.VV., *Russia Invades Ukraine*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. n. 3, p. 593-604

AA. VV., *Costruire una pace per imparare a non credere nella fatalità delle guerre*, Mondadori Milano, 2007

A. Algostino, *Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione*, in AA. VV., *Il costituzionalismo democratico può sopravvivere alla guerra?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 67-90

A. Algostino, [Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia](#), in *AIC.it Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2022

W. Barberis (a cura di), *Guerra e Pace*, Einaudi, Torino, 2002

I. Berlin, *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano, 2000

R. Biselli et. Al., [A Historical Review of Military Medical Strategies for Fighting Infectious Diseases: From Battlefields to Global Health](#), in *Biomedicines*, 2022, vol. 10

N. Bobbio, *Sul principio di legittimità*, in AA. VV., *Studi in memoria di Antonio Falchi*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 79-93

N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1972, in particolare pp. 127-195.

N. Bobbio, *Pacifismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1976, p. 693 e ss.

N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, 1984

N. Bobbio, *La pace ha un futuro?* cit.; N. Bobbio, *Il terzo assente*, Sonda, Casale Monferrato, 1989

⁶⁶ P. Borsellino, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Mario Calderoni*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1979, vol. 3, p. 317 – 349; cfr. anche P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 393-395.

⁶⁷ G. Sobrino, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2022, vol. 1, p. 139-142

- N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto* (a cura di T. Greco), Torino, Giappichelli, 2012, p. 106-147
- N. Bobbio, *La pace ha un futuro? Una domanda difficile*, in C.M. MARTINI, N. BOBBIO, *Pace. Dialoghi sul futuro*, Feltrinelli, Milano, 2014, p. 13-25
- P. Borsellino, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Mario Calderoni*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1979, vol. 3, p. 317 – 349
- P. Borsellino, *Diritto naturale e diritto positivo. Le origini e gli sviluppi*, in A. Bonomi, N. Pasini, S. Bertolino (a cura di), *Struttura della società. valori e politica* Torino, UTET, 2010, pp. 8-29
- P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, Milano, 2018, p. 112-113 e p. 393-395
- E. Brighi, M. Chiaruzzi, *Pace e guerra*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2009, vol. 1, p. 113-146
- I. Brunk, M. Hakimi, *Russia, Ukraine, and the Future World Order*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. 4, p. 687-697
- D.L. Cady, *From Warism to Pacifism: A Moral Continuum*, Temple University Press, Philadelphia, 2010
- A. Capitini, *Antifascismo tra i giovani*, Célèbes, Trapani, 1966
- A. Capitini, *Italia nonviolenta*, Fondazione Centro studi Aldo Capitini, Perugia, 1981
- A. Casadei, *Romanzi di Finisterre. Narrazione della guerra e problemi del realismo*, Carocci, Roma, 2000
- T. Casadei, *Nonviolenza e educazione alla pace: rileggere Aldo Capitini, con uno sguardo all'Agenda 2030 dell'Onu*, in *Eunomia, Rivista di studi su pace e diritti umani*, 2021, vol. 1-2, p. 143-164
- A. Castelli, *Apologie della guerra e retoriche della pace in Europa (1914-1915)*, in *Storia del pensiero politico*, 2014, vol. 2, p. 239-263
- B. Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, vol. 1, p. 161-184
- E. Chachko, K. Linos, *Ukraine and the Emergency Powers of International Institutions*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. 4, p. 775-787
- F. Chesini, «Terminator Scenario»? *Intelligenza artificiale nel conflitto armato: Lethal Autonomous Weapons Systems e le risposte del diritto internazionale umanitario*, in *BioLaw Journal*, 2020, vol. 3, p. 441-471
- D. Cortright, M.C. Greenberg, L. Stone, *Civil Society, Peace, and Power*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Maryland, 2017

- M. Dogliani, *La guerra in Ucraina tra tabù nucleare e oltranzismo politico-mediatico*, in *Democrazia e diritto*, 2022, vol. 1, 2022, p. 7-14
- A. Fiala, voce *Pacifism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2006
- P. Flores D'Arcais, [La pace si difende difendendo la libertà degli ucraini](#), in *MicroMega*, 02.02.2022
- P. Flores D'Arcais, [Un deserto chiamato pace?](#), in *MicroMega*, 05.03.2022
- P. Flores D'Arcais, [Massacri, resistenza, logica](#), in *MicroMega*, 12.03.2022
- L. Forni, T. Vettor (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Giappichelli, Torino, p. 3-17
- L. Forni, *Ragionando su pandemia e guerra: significati, discorsi, prospettive*, in *Notizie di Politeia*, 2022, vol. 146, p. 112-136, in particolare p. 121
- L. Forni, *Nuove forme di Stato di natura? Da Hobbes a La notte dei morti viventi*, in G. Viggiani (a cura di), *Didattica del Diritto*, Ledizioni, Milano, 2022, p. 211-239
- R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014
- R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo* (a cura di V. Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2017
- T. Greco, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2022, vol. 3, p. 205-222
- D.C. Hodges, *La dottrina della Realpolitik e il positivismo politico*, in *Il Politico*, 1962, vol. 1, p. 147-168
- R. Ibrido, *I fattori costituzionali condizionanti della politica estera tra diritto e geopolitica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, Rivista trimestrale*, 2022, vol. 2, p. 343-378
- ISPI, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, [La più grande crisi europea dalla Seconda Guerra mondiale](#), 27.03.2022
- I. Kant, *Per la pace perpetua*, prima traduzione italiana a cura di A. Massoni, Sonzogno, Milano, 1885
- H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Torino, Giappichelli, 1990
- H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 98-100
- E. Lecaldano, voce *Supererogatorio* in *Dizionario di Bioetica*, Laterza, Roma- Bari, 2002, p. 293
- M. G. Losano, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2020
- L. Manconi, [La resistenza armata è etica](#), in *la Repubblica*, 09.03.2022

- M. Marzano, *Etica oggi. Fecondazione eterologa, «guerra giusta», nuova morale sessuale e altre grandi questioni contemporanee*, Erikson, Roma, 2022
- B.S. Mawajdeh et. Al., *The Culture of Peace and the Prevention of Terrorism from the Perspectives of Islamic Education and the United Nations*, in *Journal of Education and Practice*, 2017, vol. 8, p. 43-56
- M. Minakov, [Ucraina, l'Occidente alla prova. Ma per il Cremlino è l'inizio della fine](#), in *Mondo economico*, 28.02.2022
- M. Minakov, *Dialettica della modernità nell'Europa orientale. Una riflessione socio-filosofica*, Ledizioni, Milano, 2022
- L. Mellace, [Cosmopolitismo giuridico ed effettività del diritto internazionale oggi: è possibile andare oltre lo stato?](#), in *Materiales de Filosofia del Derecho*, 2022, vol. 2
- J. Narveson, *Pacifism: A philosophical analysis*, in *Ethics*, 1965, vol. 4, p. 259-271
- S. Occhipinti, [La Corte penale internazionale: limiti di giurisdizione e conseguenze sulla questione ucraina](#), in *Altalex*, 15.03.2022
- A. Orsini, [Cosa penso davvero su Nato, Usa, Ucraina, russi e guerre di Hitler](#), in *ilfattoquotidiano*, 14.05.2022
- R. Paganelli, *Pensieri di pace*, EDB, Bologna, 2003
- F. Pellicchia, [Pacifismo, libertà e nuda vita](#), in *MicroMega*, 12.05.2022
- M. Pianta, *Il pacifismo e i movimenti globali*, in *Parolechiave*, 2008, vol. 2, p. 193-205
- G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013
- G. Pontara, *Note sulla nonviolenza come azione e come pensiero*, in *Parolechiave*, 2008, vol. 2, p. 1-21
- G. Pontara, *Quale pace? Sei saggi su pace e guerra, violenza e nonviolenza, giustizia economica e benessere sociale*, Mimesis, Milano-Udine, 2016
- B. Rosenberg Marshall, *Parlare di Pace: quello che dici può cambiare il tuo mondo*, Esserci editore, Reggio Emilia, 2006
- F. Ruschi, *Il volo del drone. Verso una guerra post-umana? Una riflessione di filosofia del diritto internazionale*, in *Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2016, vol. 1, p. 12-38
- G. Sadun Bordoni, *Tre modelli per la pace*, in V. Ferrari (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, Milano, p. 467-476
- G. Sartori, [Il mondo irrealista dei ciecopacifisti](#), in AA. VV., *Dossier Guerre*, 2002
- U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. di Comunità, Milano, 1976

U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto*, Roma - Bari, Laterza, 1986, p. 28

G. Scocozza, *Dalla "nonviolenza" di Aldo Capitini alla "paz del hombre" di Eugen Relgis: umanesimo e pacifismo tra Italia e Uruguay*, in S. Ferrari, E. Leonardi (a cura di), *Rutas Atlánticas Redes narrativas entre América Latina y Europa*, Milano University Press, Milano, 2021, pp. 286-299

A. Sen, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, p. 243-277

M. Simoncelli (a cura di), *La pace possibile: successi e fallimenti degli accordi internazionali sul disarmo e sul controllo degli armamenti* Ediesse, Roma, 2012

I. Trujillo, *Human rights, peace, and the concept of law. The story of an incomplete legal revolution*, in *Philosophy of Law and General Theory of Law*, 2019, vol. 1, p. 175-200

I. Trujillo, *L'oblio del diritto alla pace nella pratica dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2019, vol. 1, p. 19-33

K. Waltz, *Teoria della politica internazionale*, il Mulino, Bologna, 1987

D. Zolo, *La filosofia della guerra e della pace in Norberto Bobbio*, in *Iride*, 1998, vol. 1, p. 105-115



Trust and fiduciary transactions. A still ongoing complex process: concise comparison between Italian and German systems

NUCCIA PARODI

Tenured Researcher

Università degli Studi di Milano

nuccia.parodi@unimi.it

ABSTRACT

Before The Hague Convention was signed (on 1st July 1985), it was not allowed to refer to any trust country's law as a framework for domestic trusts having no international objective elements. The Hague Convention has instead allowed it, but it has also enabled its signatory Member Countries to outlaw any reference to such a framework (art. 13 The Hague Convention). Well, shortly after The Hague Convention came into force, Italy has instead largely acknowledged the legitimacy of domestic trusts, while extensively enforcing some domestic rules deemed to be binding under articles 15 and 18 of the Hague Convention. France's and Germany's approach have been different. France has ratified the Convention, but it has also enacted a trust-related law regulating any domestic fiduciary transactions (Act dated 19th February 2007. De la fiducie). Germany (which has not ratified The Hague Convention) has drawn up specific rules about fiduciary



DOI: 10.54103/milanlawreview/19509

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 2, 2022
ISSN 2724 - 3273

transactions, giving rise to an increasingly clear development over the last twenty years. Therefore, three different solutions to the same substantial problems in major Civil-law Countries. This essay outlines and focuses on the development of the German system.

Keywords: trust; Italian system; German system

This paper has been subjected to double-blind peer review

Trust and fiduciary transactions. A still ongoing complex process: concise comparison between Italian and German systems

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Fiduciary transactions in the German system. – 2.1. Trusteeship – 2.2. “Legitimizing *trust*” Some concise comments. – 2.3. Further comments on fiduciary transactions in the German system. – 2.4. Some conclusions. The assets managed by the *trustee* as something separate.

1. Introduction

Before the Hague Convention was signed (1st July 1985), the legitimacy of a *trust*, established by expressly referring to some *trust* countries’ specific laws, had been substantially acknowledged in the main civil-law systems (particularly including France, Italy and Germany).

However, some remarkable issues remained open, regarding the fundamental principles of the law being referred to (first issue),¹ as well as the so-called domestic *trusts*, namely *trusts* whose “important” aspects were connected to a specific *civil-law* system not providing for *trust* as a legal concept or for the desired category of *trust* to be set up (second issue).²

With reference to the first issue, the Hague Convention has clearly identified the *essential elements* needed in order for a legal entity to be legitimately defined and therefore acknowledged as a *trust* (articles 2; 7; 8 and 11 of the Convention); whereas, as to the second issue, it has allowed the member Countries to freely acknowledge or decide not to acknowledge any *trust* whose main features (except for applicable law, place of administration and trustee’s habitual place of

¹ There being no doubt that the English system was and is still the main reference frame, many *trust countries*’ regulations and common practices have not enabled us to clearly figure out not only their respective peculiar features, but sometimes also the fundamental requirements for validly establishing a *trust*.

² Several Countries had acknowledged the legitimacy of domestic *trusts*, but there was still some uncertainty about possible issues arising from that practice as to whether a foreign law could be referred to without any objective international elements and without any *specific* international private law provisions underlying their legitimacy.

abode) are more closely connected to Countries alien to the concept of *trust* or to the relevant category of *trust* (art. 13 of the Convention).³

As we all know, the aforesaid approach has led to the development of domestic *trusts* without any substantial international elements, thus fostering a very complex evolution, particularly in Italy, starting as early as in the '90s, resulting in the definition of rules and principles and in the consolidation of a significant common practice.⁴

Domestic trusts have also been acknowledged in Switzerland (as of 2007).⁵ Other Countries (such as Belgium) have instead expressly outlawed any domestic *trusts*.⁶ Specific laws, allowing the establishment of *trusts* having no substantial international elements, were however already in force in some European Countries (which could legitimately be regarded as *trust countries*). Let us recall the Principality of Liechtenstein, where, as early as in 1926, a ruling was enacted by specifically regulating domestic trusts as well as foundations (*Stiftungen*) designed to manage their founders' private assets and institutions (*Anstalten*) pursuing purposes like those of a *trust*.⁷ More recently, in Europe, the Grand

³ In this respect, there had been discussions during the preliminary works. Some delegations from civil-law countries had formally asked *not* to allow any domestic trusts; the wording of art. 13 of The Hague Convention has quite ambiguously upheld the legitimacy of domestic *trusts* by envisaging the possibility of enabling any of its signatory Countries to outlaw such a legitimacy by way of specific law decree or judicial ruling ("No Member Country is obliged to acknowledge a *trust* whose main features - except for its applicable law, place of administration and *trustee's* habitual place of abode - are closer connected to Countries not providing for the legal concept of *trust* or the relevant category of *trust*"). Cf. Maurizio Lupoi, *Istituzioni del diritto del trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV Ed., Giuffrè, Milan, 2020, 267 ff.; for an introduction, cf. Angelo Busani, *Il Trust, Istituzione, gestione, cessazione*, Cedam, Padua, 2020, p. 47 ff.

⁴ For a general framework, again cf. Maurizio Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., p. 267 ff.

⁵ Cf. *Introduzione del trust: modifica del Codice delle obbligazioni*, (Explanatory report for the start of the consulting procedure dated 12th January 2022), 11 ff., with reference to the acknowledgement and spreading of *trusts* after the entry into force of The Hague Convention in 2007, which established the rules applicable to domestic *trusts*, along with their specific taxation system (19) as opposed to the institutions regulated by the Swiss law (18 ff) with special reference to *trusts* (20 ff.).

⁶ In other Countries, including Holland, the legitimacy of certain *trusts* can be outlawed by *ad-hoc* rulings issued by the judges empowered to adjudicate on the substantial legitimacy of a domestic trust, with reference to the specific purposes stated by the parties setting up the *trust*.

⁷ As to the trust-governing law dated 1926 but later amended and supplemented, cf. the remarks and clarifications by Francesco Armando Schurr, *La revoca del trustee e la sostituzione del medesimo con altro. Alcune riflessioni comparatistiche*, in *Trusts*, 2021, p. 17 ff. pointing out the restrictions applicable to domestic trusts in relation to the Principality's

Duchy of Luxembourg has approved specific rules designed to regulate *trusts* (law dated 27th July 2003 on *trusts* and fiduciary agreements) as well as Repubblica di San Marino. Such Countries can therefore be fully referred to as *trust countries*.⁸

In Switzerland, with its long-established legitimacy of domestic *trusts*, an important debate is now going on about the introduction of specific rules into the Code of obligations.⁹ Should the relevant decree be enacted, then Switzerland could also legally qualify as a *trust country*, in spite of its need for some upcoming supplementation and clarifications, due to the simplicity of current regulations presumably requiring an extensive process of interpretation.

Let us however emphasize that, in the main civil-law countries, many purposes achievable by establishing a *trust* had long been implemented by means of fiduciary agreements, so that a general legitimation of fiduciary transactions - according to guidelines substantially shared by both jurisprudence and case-law - has led to a *standardization* of the main types of fiduciary transactions. The legal concept of *trust* had been generally acknowledged in Germany since the beginning of the 20th century,¹⁰ whereas the features of major fiduciary transactions have been defined and embodied more recently (with special reference to *trusteeship* and to *trust* as a guarantee).¹¹

ethical code and the need for appropriate accounting records kept by the trustee in a *professionally adequate* and objectively verifiable way.

⁸ In the absence of specific rules, some problems and issues are still open as for the definition of rules and principles, with the consequent need to look at major *trust countries'* long-established rules (such as the UK system, whose fundamental principles and some guidelines are complied with - in the absence of specific rules - not only by *Commonwealth trusts* but also by systems more recently developing their specific *trust*-related rules), but on the basis of a substantial framework of references where no rules or principles are deeply rooted. As an example, cf. the issues relating to *sham trusts* and sham transactions regulated by the new rules approved by the Republic of San Marino (Court's ruling on *trusts* and fiduciary relations in the San Marino Republic dated 5.12.2017 in *Foro it.*, 2018, IV, p. 163 ff. and in *Trusts*, 2018, p. 222 ff.).

⁹ The initial project proposes the amendment to the Code of obligations to the Federal Assembly of the Confederation, by introducing title XXII bis regarding *trust* (new articles from 529 a through to 529 w). More generally, Guillaume Grisel, *Le trust en Suisse*, Schulthess Éd. Romandes, Genève, 2020, p. 121; Luc Thévenoz, *Propositions pour un trust suisse*, in Schweiz. Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzrecht, 2018, p. 99 ff.; Paolo Bernasconi, *Obblighi del trustee in diritto svizzero: novità legali e giurisprudenziali*, in *Trusts*, 2020, p. 624 ff.

¹⁰ For some comments on how the study of the Pandects has developed until the '30s, please refer to my essay: Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, Giappichelli, Turin, 2018, p. 9, focusing on notes 30 and 31.

¹¹ Let us emphasize the transition from an approach still based on the study of the Pandects, allowing the *trustee's* "power of abuse" as something typical of the so-called "Roman-law-based" *trust*, to the current system, extensively enforcing *trust* against any third parties if the entrusted assets are managed by the *trustee* in a strictly professional way as a "separate estate". Cf. para. 2.5 below.

In Italy, the legitimacy of major fiduciary transactions had already been fully acknowledged since the '30s. Some important fiduciary transactions have been increasingly standardized in various major sectors since the '50s (for example, the so-called "*fiducia amministrazione*" [trusteeship]; trust as a guarantee; trust for donation purposes; trust for winding-up purposes; trust as a collateral to ensure contractual obligations).¹²

In France, fiduciary agreements were *substantially* allowed as a common practice, whilst legal authors were quite reluctant to acknowledge the validity of the major fiduciary transactions and, even more so, their standardization. Furthermore, it was often pointed out that, should the *trustee* turn out to have no independent managerial powers, the relevant transaction would be considered illegitimate and referred to as *convention de prête nom*.¹³ After The Hague Convention was signed, the so-called "domestic" trusts were expected to become very common, referring to specific *trust countries* for regulation purposes, whereas traditional fiduciary transactions were expected to become less widespread even in those Countries where they had long-standing roots.¹⁴

¹²For an extensive overview of jurisprudence and case-law in the relevant sectors, cf. Nuccia Parodi, *La operazioni fiduciarie*, *ibidem*, from para. 2.2 to para. 2.10, in addition to para. 2.11 for conclusions.

¹³ In this respect, as an example cf. Philippe Malaurie – Laurent Aynès, *Les biens*, II Ed., Defrénois, Paris, 2005, par. 757 ff. about *Propriété fiduciaire*, which clearly points out the differences between a lawful fiduciary agreement, although just based on a recent common practice, and a conventional *prête-nom*, with a focus on the poor diffusion of structured and clearly standardized fiduciary transactions and on a common attitude viewing the various fiduciary agreements within the framework of a mandate, in spite of some controversial issues. In this connection, again Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, *cit.*, p. 73 ff.

¹⁴ The above remark particularly applies to Italy and Germany, where some major fiduciary agreements had long been standardized, as mentioned above. The same cannot be said about France, where *fiducie* has always been applied subject to restrictions. Please also note that, however, in Italy, after domestic trusts have been definitely legitimized by increasingly acknowledged jurisprudence and case-law, attention has also drawn to how the main fiduciary transactions could no longer be considered legitimate because of their extensively reported crucial issues. In this respect, above all cf. Maurizio Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milan, 2014, which, after accurately examining the traditional framework of fiduciary agreements (p. 59 ff.) and analytically referring to the major relevant judgements by the Supreme Court (p. 163 ff.), finally ends up by generally ruling out the legitimacy of fiduciary agreements (particularly p. 121 ff. "Conclusione sui contratti di intestazione e prestanome e sulle differenze del mandato", and p. 139 ff. "Critica della prassi del negozio fiduciario"). Furthermore, such a negative approach has remained substantially isolated, whereas positive opinions have instead been expressed about the proposal - generally shared by legal authors as well as by case-law - based on the need for a discipline of a specific agreement for *entrustment* under guidelines already acknowledged in both jurisprudence and common practice (cf. M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, *cit.*, p. 23 ff.) in spite of some issues still awaiting in-depth

But this turned out not to be the case. France is well known to have signed The Hague Convention, but, instead of enacting and making it come into force,¹⁵ it approved a specific *Loi sur la fiducie* (on 19th February 2007) that we will examine hereinafter. In some respects, the fiduciary [manager] can be regarded like a *trustee*, but there are still some major differences.¹⁶

The point is that Germany did not even sign The Hague Convention and has instead developed some very interesting *Treuhand*-related regulations, as detailed hereinafter (para. II). Let us now however mention the most interesting concepts, which are: standardization of several fiduciary transactions, based on both common practice and case-law, as well as *Verwaltungstreuhand* and *trust* as a guarantee.

It is interesting to point out the transition from a trend set since the early twentieth century – ruling out the possibility to enforce *trust* against any of the *trustee's* third-party creditors (with consequent “power of abuse” as a distinguishing feature of the “Roman-law-based” trust) – up to the consolidation of a system where the assets managed by the fiduciary manager can be regarded as *separate* assets very similar to the assets managed by a *trustee*.¹⁷

As mentioned above, Italy has joined The Hague Convention, has executed and enforced it, according to particular guidelines, thus giving rise (within the framework of specific regulations mostly regarding taxes) to an increasingly solid case-law and common practice about domestic *trusts*, while however interpreting and adjusting some expressly mentioned laws to our legal system's rules and principles. Not only internal rules have extensively been enforced, under art. 15 of The Hague Convention, but also domestic regulations and principles typical of the Italian legal system, through an adjustment process brilliantly referred to as “metabolization process”.¹⁸

It is also generally believed that Italy, due to its peculiarities, can be regarded as a country acknowledging and regulating trusts by enforcing its specific regulations (although based on rules and principles typical of the legal systems expressly referred to by the parties). Italy can therefore be considered as

examination (in further detail, cf. Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, cit., p. 138 ff.). The inclusion of fiduciary transactions within the legal framework of a mandate, in spite of its resulting from an outdated view, is still occurring in Italy (Cf. Angelo Busani, *ibidem*, p. 129 ff. In this connection, please also cf. Nuccia Parodi's comments, *Le operazioni fiduciarie*, cit., p. 74 ff. and particularly the notes on p. 89 and p. 189 ff.).

¹⁵ Hence, no space for the development of domestic *trusts*.

¹⁶ The Swiss Explanatory Report, *ibidem*, dated 12th January 2022, p. 55, emphasizes the restrictions to the possible applications of *trust* in France, by pointing out how the fiduciary agreement is void and null if it implies a donation in favour of the beneficiary and by pointing out that such a nullity is a matter of public order.

¹⁷ On the development of the German system, cfr. para. 2 below as well as, more generally, Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, *ibidem*, p. 189 ff.

¹⁸ Successful wording devised by Maurizio Lupoi. Cfr. Maurizio Lupoi, *ibidem*, p. 270 ff.

an actual trust country. The approval of art. 2645 *ter* Italian Civil Code has supported the above trend: according to a wide-spread view, the aforesaid article has been deemed to comply with principles which can definitively legitimize a legal structure, disciplined by our domestic regulations, having the same features as an actual trust.¹⁹

Finally, such an approach has not been shared: M. Lupoi has deemed it defective “if compared to other legal systems, because of its focus on the recipients’ profiles and because of its poor perception of the relevance of fiduciary obligations.” Accordingly, it cannot be argued that the Italian legal system provides for legal structures functionally comparable to an actual trust, although it must also be noted that The Hague Convention has turned out to be now virtually useless to the Italian legal system, considering how domestic trusts have developed their distinguishing features, often far from the law being referred to.

In conclusion, as a result, the relevant legal framework for *trusts* and fiduciary transactions in major civil-law Countries (Germany, France and Italy) is nowadays quite complex. We will hereinafter just focus on the fundamental principles underlying the German system, which has maintained its important role in the development and consolidation of the traditionally allowed fiduciary transactions - so as to consider any assets duly and professionally managed by a *trustee* like separate assets (cf. para. 2 below) - and has instead not allowed the development of a domestic *trust* (incidentally, like France).²⁰

2. Fiduciary transactions in the German system

In the German system, rules and principles about *trusteeship* (*Verwaltungstreuhand*) and *trust* as a guarantee (*Sicherungstreuhand*) have become firmer and firmer over time, thus highlighting a standardization in the main fiduciary transactions in both sectors, along with the legal possibility of enforcing

¹⁹ This allegation is extensively upheld and evidenced by Gaetano Petrelli in particular, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. Not.*, 2020, p. 1091 ss. In addition, cf. Lucilla Gatt, “Il “*trust interno*”, *una questione ancora aperta. Dal trust al trust. Storia di una chimera.*, ESI, Naples 2011, p. 73 ff., with no substantial approval by the other legal authors, nor by the common practice. Cfr. Maurizio Lupoi, *ibidem* p. 270 ff.; Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, *ibidem*, p. 134-137.

Please note that the aforesaid Swiss Explanatory Report, dated 12th January 2022, instead assumes (p. 55) that Italy has already regulated *trust* by means of law 51 dated 23rd February 2006, which has introduced art. 2645 *ter* in the Italian civil code.

²⁰ As well known, France has regulated the main fiduciary transactions by way of a specific ruling (*Loi sur la fiducie*, 19th February 2007, n. 211). Only few lawyers still acknowledge the legitimacy of fiduciary transactions according to the traditional approach. Cf. Claude Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1980, p. 36 ff.; Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, *cit.*, cap. 4, para. 4.8/4.11.

any fiduciary transactions against any of the *trustee's* third-party creditors, far beyond the limits set by the *Reichsgericht* in early '900.²¹

Based on the aforesaid traditional trend, *trust* had been defined by lawyers studying the Pandects and jurists in early '900 as a "Roman-law-based" trust, because it was indeed difficult to effectively react to any possible "abuse powers" by the *trustor*, according to a tradition rooted in the analysis of Roman law.

Over the last few years, it has instead become increasingly clear that - whether within the framework of *trusteeship* or of *trust* as a guarantee - fiduciary transactions can generally be acknowledged by and enforced against any of the *trustee's* third-party creditors, especially in the event of his bankruptcy.

Let us now point out the most interesting highlights.

2.1. Trusteeship

When it comes to trusteeship, in case of *trustee's* bankruptcy (or, more generally, in case of actions taken against him by creditors claiming to enforce their rights on assets *formally* owned by him), it can actually be argued that, for the *trustor's* sake, the *trustee* is *only formally* owning the relevant assets, bought within the framework of a fiduciary transaction and therefore *actually* owned by the *trustor*.

The above objection could however only be raised under certain specific circumstances: as a rule, it was necessary to prove the *direct* conveyance of assets from *trustor* to *trustee*. In that case, it was possible to safely enforce the *trustor's* rights against the *trustee's* creditors. Such a circumstance could easily enable the *trustor* to enforce his rights against the *trustee's* creditors.²² If instead some amount of money had been transferred and if the *trustee* had used it to buy assets on the *trustor's* behalf and had undertaken to manage them, or if the real properties transferred to the *trustee* had been sold and therefore other assets had been bought, then the management of the entrusted assets was generally referred to as "*dynamical trust*", and in principle, according to well-established rules, under no circumstance could the *trustor's* rights, on the assets being so managed, be enforced against any third parties.

It must however be also pointed out that, over the last years, a different trend has become stronger and stronger, enabling the rights on any *trust*-based assets to be enforced against any third parties, even in case of *dynamical*

²¹ For a very clear analysis, Joachim Gernhuber, *Die fiduziarische Treuhand*, in *IuS* 98, Heft 5, p. 355 ff.

²² This is the trend based on many judgements over time. In this respect, cfr. Joachim Gernhuber, recalling the *Reichsgericht's* judgements dating back to early '900, considering that the aforesaid principle has even been substantially clinched by recent cases. Cfr. BGH, 7th July 2005, number III ZR 422/04, in *NZI* 2005, p. 265 ff.

trusteeship, as long as the trustee is *professionally* managing the assets and it is therefore possible to objectively reconstruct the executed transactions.

Such principles are also applicable in case of *trust* as a guarantee, and, more generally, a distinction is acknowledged between *trustor's* assets and *trustee's* assets, if the relevant accountancy is being accurately kept, like when it comes to amounts banked in safe custody at banks or entrusted to professionals' (*Anderskonto*) or, more generally, when it comes to assets managed according to professional and objectively ascertainable criteria.²³

When *trust* is set up as a guarantee, there is however a closer focus on fiduciary agreements and on whether they can be enforced against third creditors. In many cases, in the event of the *trustee's* bankruptcy (creditor), the trustor (debtor) has been entitled to keep his assets - being held in trust by the creditor - well apart from the bankruptcy estate, even if they were being managed by the creditor in a dynamical way.²⁴ Some *specific* evidence must however be provided about the executed administrative deeds, whereas the *trustor* must have paid off his debt towards the *trustee*.²⁵

Furthermore, the *trustor* might formally object to the *trustee's* credits being levied on the assets transferred to him by way of security, pursuant to paragraph 771 *Zivilprozessordnung* (ZPO).²⁶

Consequently, the *trustor's* rights are quite extensively acknowledged towards any of the *trustee's* third-party creditors, so that in many cases it can be argued that *trust* can "nearly" be regarded as a right *in rem* (*Quasidingliche Wirkung*), probably to a greater extent if compared to the cases of "trusteeship/fiducia amministrazione".

In the event of the *trustor's* bankruptcy (debtor), the *trustee's* legal protection (creditor) is less intense. In any event, although the *trustee* is not deemed to fully own a right *in rem* enforceable towards other creditors, he has been treated as if he was the owner of a *preferential* pawn.²⁷ He will therefore be given his due with the value resulting (after an accurate assessment - *Verwertung*) from the sale of the asset(s), but the transactions will be executed by the receiver in bankruptcy.

²³ G. Walter, *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand*, Moht Siebeck, Tübingen, 1974, p. 55 ff.; Dirk Andres, § 47 InsO, marginal number 38, in Nerlich/Römermann, *Insolvenzordnung*, C.H. Beck, München, 2019. Cf. also BGH, 7th July 2005, number III ZR 422/04, in NZI 2005, 625.

²⁴ Based on paragraph 47 of Bankruptcy Law (*Insolvenzordnung*).

²⁵ In this connection, cf. Heribert Hirte - J.P. Prab, 35 InsO marginal number 27, in Uhlenbruck, *Insolvenzordnung*, C.H. Beck, München, 2019, as well as *ibidem* the references to the extensive case-law justifying the trustor's right to separation based on his actual-economic ownership of the asset being assigned as a guarantee

²⁶ For an effective and still relevant overview, cf. Alessandra Braun, *I trust di garanzia in Germania*, in *Trusts 2000*, 42-43.

²⁷ In this connection, cfr. Moritz Brinkmann, § 47 InsO marginal number 86, in Uhlenbruck, *Insolvenzordnung*, C.H. Beck., München, 2019.

In case of normal levy by the *trustor's* creditors, the *trustee* can however file his legal objection (para. 771 ZPO) with good prospects of success in preventing his assets from being subject to enforcement.

Let us however add some further comments to the above remarks about trusteeship/"fiducia amministrazione".

Firstly, there must be an easy chance to ascertain the *actual* value of the assets provided as a guarantee and to ascertain their transfer from *trustor* to *trustee* (*Unmittelbarkeitsprinzip*: principle of immediateness). *Specific* evidence is required if the assets have been transferred and replaced with other ones, along with accurate and professional accountancy specifying the assets contributed on a fiduciary basis.

As a rule, the replacement of assets (whether entrusted in order to be managed or as a guarantee) with other assets can result in a forfeiture of the right to separation or opposition against the trustee's creditors' claims (*Bestimmtheit*: principle of determination) when there is no indisputable evidence of the executed transactions. If there has been a *dynamical trusteeship*, an accurate and professional management of the assets being held in trust is also required.

In conclusion, as for *trusteeship* and *trust* as a guarantee, the German system has well clinched the principle whereby any rights resulting from *trust* can even be enforced against the *trustee's* creditors (even in case of bankruptcy) not only when the assets held in trust have been directly bought by the *trustee*, based on a *certain indisputable evidence* (within the framework of a *static* management), but also whenever the *trustee* has purchased assets from third parties by using amounts of money made available to him by the *trustor*, provided that the assets have been managed (dynamically) in a professionally exemplary way in order for the relevant executed transactions to be easily traced.²⁸

2.2. "Legitimizing trust". Some concise comments

The issues regarding the so-called "legitimizing" *trust* are centred around the transfer of shares or stakes from joint-stock companies (*AG: Aktiengesellschaften*) or limited liability companies (*GmbH*) to trust companies.²⁹

²⁸ In this respect, cf. the comments by Alessandra Braun, *I Trust di garanzia, ibidem*, p. 43 and p. 44.

²⁹ Italian jurisprudence had focused on the possibility of transferring any shares or stakes held in public limited companies or limited liability companies, by considering the fiduciary [manager] not like an actual shareholder, but like a mere appointee. On this issue, let us recall the contributions by Giuseppe Portale and Enrico Ginevra, *Intestazione a società fiduciarie di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui*, in *Studi Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milan, 2011, also referring to Pier Giusto Jaeger's opinion, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di S.r.l.*, in *Giur. comm.* 1979, p. 182 ff., with special reference to the possible acknowledgement of the "legitimizing trust", not only for shares held in public limited companies but also for stakes held in limited liability companies (which is instead a solution outlawed by the German system, as pointed out by P.J. Jaeger).

We will however focus on few points.

In Germany, the view of the so-called “legitimizing” trust within the framework of a fiduciary transaction is deemed inappropriate. Such a transaction would qualify as fake (*unechte*) or improper (*uneigentliche*) trust. The trustor is indeed still the owner of the right. The “trustee” acts (in the cases regulated by the *AkG* or, otherwise, by para. 185 BGB, as mentioned above) as an indirect (*Unmittelbarer*) representative. In short, he is a mere proxy-holder empowered to carry out *certain transactions* during his management of securities whose *title* is however still being held by the shareholder.

Generally speaking, the *entitled* person can certainly be deemed to be vested with powers providing him with some managerial independence comparable to a trustee, but the differences from “true” trust are still significant.³⁰ Furthermore, it is all about a *dynamical* management of shares (purchase and sale of shares within the framework of an appreciation of the owner’s security portfolio), even if sometimes there can be a more specific mandate to optimize some narrower security portfolios. As a result, on the balance sheet of the company entitled to manage the securities, the shares must necessarily be recorded on specific dedicated accounts (instead of being recorded among the proper statements of assets and liabilities).

In case of need for intervention at shareholders’ general meetings, some *specific* instructions will have to be asked of the shareholder (who can however also intervene directly). In particular cases, there can also be a power of attorney resulting in an entitlement to some actions (*Ermächtigungstreuhand*)³¹ or in a wider entitlement providing the appointee with full powers, if necessary (*Vollmachtstreuhand*). Even in the latter event, the appointor however still holds the shares whereas the proxy-holder is empowered to carry out all necessary or advisable administrative and managerial ordinary transactions (interventions at shareholders’ general meetings, initiatives in possible disputes, etc.), but always for and on the shareholder’s behalf.

In the above scenarios, the appointee can be regarded as some sort of “improper” trustee, while however still acting as a proxy-holder (with consequent precise financial reporting obligations) and certainly not within the framework of a true fiduciary agreement, as characterized above.

In fact, strictly speaking, only the above-mentioned managerial agreements (*Verwaltungstreuhand*) and surety contracts can *truly* qualify as fiduciary agreements (whether *Echtetreuhand* or *Vollrechtstreuhand*), whereas any agreements giving rise to *Ermächtigungstreuhand*, as well as any agreements qualifying as

³⁰ In any case, please note that any transfer merely legitimizing the buyer of shares should be all about the transfer of shares and be therefore inapplicable to any transfer of stakes held in a limited liability company [GmbH].

³¹ Paragraph 185 BGB. In such cases (classified as sham trust), the *trustee* is vested with *specific* representative powers.

Vollmachtstreuhand pursuing the broader purposes outlined hereinabove, are reported to have fiduciary purposes, namely for mere entitlement, without however strictly qualifying as fully fiduciary transactions (*Echtstreuhand*).³²

2.3. Further comments on fiduciary transactions in the German system

After outlining the rules increasingly acknowledged in the German system about *trusteeship*, *trust* as a guarantee and legitimizing *trust* improperly labelled as *Echtstreuhand*, let us now draw some conclusions along with a short comparison with the rules progressively developed in our Country with regard to the *trust* that we call “confidential” because it is unknown to any third parties.

There is no doubt that the underlying rules about the fiduciary transactions tackled above (*trusteeship* and *trust* as a guarantee) are similar in the two Countries and usefully comparable.³³

Firstly, both German jurisprudence and case-law have very clearly acknowledged the *validity* of *confidential* atypical agreements with fiduciary purposes (and their spreading) by establishing some clear and well-defined rules relating the main issues underlying such transactions.

The risks for the *trustor* of being unable to duly cope with the *trustee's* defaults (and the issues in case of bankruptcy) are very clearly outlined. It is indeed still argued, in very explicit and general terms, that *trust*, understood in its strictest sense (*Echtstreuhand*), is however characterized by a certain *risk of abuse* by the trustee that can be mitigated (or almost totally neutralized in several ways) without *ever* being definitively ruled out.³⁴

³² This view is clearly upheld by C. Schäfer, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2020, para. 31 ff. and Claudia Schubert, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2018, para. 51 ff.

³³ Let us remember that, so far, we have applied a comparative method capable of considering both case-law and common practice (*law in action*) and jurisprudence (*law in books*) and of highlighting the underlying interests in order to better understand the solutions in force in other Countries for the purpose of classifying our solutions and of adjusting or modifying them, if necessary, in an appropriate way. Moreover, the aforesaid method is based on the teachings by comparative law's founders (*in primis*, of course, Gino Gorla and Rodolfo Sacco).

We have deemed such a method to be the most sensible with reference to both the current trend in the harmonization of rules from several systems (including regulations or principles set out in EU directives) and the more practical purpose of solving domestic problems in a clearer way, by better understanding the relevant complex underlying interests.

³⁴ We have outlined the most interesting solutions proposed by some major German lawyers for curbing the risk of abuse by the *trustee*, as well as the development of common practice in favour of a better protection of the *trustor's* rights towards the *trustee's* creditors.

The definition of *Roman-law-based* trust with its consequent possible abuses by the trustee seems to be still substantially correct. The protection of the trustor's rights has been enhanced over the last years, also considering that, in the German legal system, any difficulties caused by sham purchases of real properties by *trustees* do not give rise to the same problems reported sometimes in the Italian legal system: the fiduciary transaction regarding real properties must indeed be authenticated, even if the consequent limits may not be recorded on *Grundbuch*.³⁵ As to the contents of fiduciary agreements, we have already pointed out that the most common types have long been classified (like in our legal system) with special reference to both *trusteeship* and *trust* as a guarantee.³⁶ There are no substantial and important differences between the two systems. The cases of nullity are however marginal. Both in Italy and in Germany, invalidity is detected in any fiduciary transactions where the assets are *actually* managed by the *trustor*, as a matter of fact, whilst the *trustee* plays a merely passive role.³⁷

No particular fears are reported about whether fiduciary transactions can give rise to tax-related issues or problems in case of fictitious registrations. The legal system's reactions, including its jurisprudence and case-law, are indeed adequate.

On the other hand, fiduciary agreements, if dealing with real properties, must be authenticated in case of both *trusteeship* and *trust* as a guarantee.³⁸ Consequently, the German system does not need to cope with the same problems as the Italian system when it comes to the *simulation* of the official documents needed to convey real properties from *trustor* to *trustee*.³⁹ Consequently, the

³⁵ In the German system, the transfer of ownership of rights *in rem* is well known to involve the execution of a causal transaction (a sale or other transactions) that must be authenticated pursuant to para. 311 b BGB. The transcription does not take place on the basis of the aforesaid transaction, but on the basis of a second abstract transaction (*Auflassung*) kept apart from the first transaction: principle of separation (*Trennungsgrundsatzprinzip*) – para. 295 ff. BGB.

³⁶ With regard to trust as a guarantee, it would also be interesting to focus on fiduciary transactions dealing with chattels (by making a particular distinction between reservation of ownership and fiduciary transactions and a reference to the importance of long-established common practice – *Rechtsgewohnheit* – when it comes to legitimacy and classification of different fiduciary transactions dealing with chattels). On these matters, cf. Rolf Serick, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., p. 14 ff., as well as the still very interesting comments in the introduction by P. Rescigno.

³⁷ The same principles had long been extensively applied by the French system, cf. Philippe Dupichot, *Rapport de synthèse*, in Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Journée nationale, tome XV, Dalloz, Paris, 2011, p. 89 ff. and Philippe Malaurie-Laurent Aynès, *Les biens*, cit., p. 243 ff.

³⁸ When it comes to real properties, “notarization” is indeed required under para. 311 b BGB.

³⁹ As mentioned above (cf. footnote 38 above), under German system, the deed conveying the ownership of real properties is an abstract deed (not specifying the reason for

transparency of transactions, with reference to taxes and anti-money-laundering regulations, is *better* ensured.⁴⁰

Finally, it is clear that, when it comes to transactions un evidenced by authenticated papers or recorded deeds and when fiduciary agreements are designed to avoid tax issues affecting the trustor (by transferring his assets or money to the trustees), the relevant transaction would be deemed to have been executed for the sole purpose of paying lower taxes or however obtaining direct or indirect advantages in taxation.

We won't here tackle the above issues in further detail, but let us just remind that, generally speaking, paragraph 42 AO (*Abgabeordnung*) can regulate such cases, thus considering the agreement executed between the parties like an *abuse* of the regulatory options allowed by law, whenever it is proved that the controversial transactions were *exclusively* executed while aiming at paying lower taxes.⁴¹ It can also be useful to remind that the German system allows to set up a *trust* for fiduciary purposes, but only if it is a trust with *indisputably* international features. Therefore any "domestic" *trust*, according to rules well established in our Country, cannot be allowed in Germany. Only genuinely international *trusts* are admissible, subject to the limits set by the German system's mandatory regulations or public policy.⁴²

The analysis of the German experience is also interesting for the existence of rules shared about various types of fiduciary agreements and about the legitimacy of "confidential" fiduciary transactions, in even many more cases than

entitlement to conveyance of ownership), giving rise to no issues possible alleged shams, whenever the underlying entitlement is a fiduciary agreement. In addition, the fiduciary agreement, if dealing with real properties, is openly disclosed and authenticated. There is therefore no purchase and sale between *trustor* and *trustee* (*Kaufvertrag*) entitling to the conveyance of the asset, because the conveyance directly results from the fiduciary agreement, so that the relevant record is abstract.

⁴⁰ In all fiduciary transactions conveying assets (whether real properties or chattels, etc.) from *trustor* to *trustee*, any notices for the Inland Revenue Office are always deemed to be necessary whenever the cause for taxation changes, with special reference to any capital gains due to the difference between value upon purchase (*input*) and value upon exit from the *trustee's* assets (*output*).

⁴¹ Para. 1: "Through the abuse (*Missbrauch*) of lawful possibilities of conforming to regulations, no tax law can be dodged."

⁴² Cf. Hein Kötz, *Trust und Treuhand*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963, p. 156 ff. Objectively international aspects are therefore required of a *trust* in order for its validity to be acknowledged in the German system. Let us remind that Germany did not sign The Hague Convention and that, when it comes to *trusts* with international purposes and aspects, their clauses are assessed based on the German system's principles of public order. A substantially similar situation can be observed in France, which has signed The Hague Convention, without however ratifying it.

those we've already focused on, namely *trusteeship* and trust as a guarantee.⁴³ More importance can therefore be attached to the conclusions about fiduciary transactions intended as a guarantee whereby the creditor is expected to acquire an asset following an accurate assessment of its value.⁴⁴

It is also interesting to observe the use, in *trusts* as a guarantee, of agreements with simple and flexible clauses designed to regulate even complex situations that nowadays, in our Country, are preferably regulated by way of irregular pledges, revolving pledges and other kinds of atypical agreements, often inspired by international common practice with consequently tricky and complex issues in their implementation.⁴⁵

It must be pointed out that other forms of entrustment, in a broader sense, are quite common, as mentioned above, with special reference to the registration of shares in the name of companies authorized to manage security portfolios. However, in such cases, the appointed company usually does not *own* the shares, but it is simply *entitled* to manage the securities as per agreement with the shareholder.⁴⁶ It is all about a *Legitimaktionsaktionär* whose managerial powers are based on specific regulations meant for joint-stock companies (para. 129, third subparagraph, and 135, sixth subparagraph of *AkG*), even if it is sometimes argued that this particular type of "legitimizing" *trust* can generally be justified by para. 185 of the German Civil Code (BGB).⁴⁷ There can be a generic "fiduciary aspect" of

⁴³ Cf. several cases overviewed by Rolf Serick, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco, ibidem*, with special reference to fiduciary transactions undertaken as a guarantee dealing with chattels.

⁴⁴ The goal, pursued in Italy through a complex development of case-law about equitable pre-default agreement [so-called "*patto marciano*" in the Italian Consolidated Banking Act], has also been simply attained in Germany according to the principles safeguarding transparency in the transactions between debtor and creditor.

⁴⁵ For an introduction, cf. Enrico Gabrielli, *Sulle garanzie rotative*, ESI, Naples, 1998; G. Piepoli, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Jovene, Naples, 1980, p. 30 ff. for a comparison with the German system. Also cf. the critical comments by Franco Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milan, 1996, p. 401 ff., and the comments on the German system by Roberto Calvo, *La proprietà del mandatario*, Cedam, Padua, 1996, p. 82 ff. An important overview of security rights in European private law - in search for a *common core* shared by the various legal systems, including interesting connections between German and Italian system - can be found in the overview Eva Maria Kieninger (co-edited with Michele Graziade; George L. Gretton; Cornelius G. van der Merwe; Matthias E. Storme), *Security Rights in Movable Property*, in *European Private Law*, Cambridge University Press, 2004; p. 647 (*pactum commissorium*), with special reference to Greving (regarding the comparison between German and Italian system) and to Willem Zwalve, p. 50 ff. about *fiducia cum creditore*.

⁴⁶ Cf. the comments already worded on the in-depth and well-evidenced remarks by G.B. Portale and Enrico Ginevra, *Intestazione a società fiduciarie di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui, ibidem*, p. 121, footnote 24

⁴⁷ Para. 185 of BGB: dispositions by any non-legitimized person.

the transactions, but it is however no “confidential” trust qualifying as a *Roman-law-based* trust.⁴⁸

Let us also remember some German jurists’ proposals about the development of legal concepts enabling to enforce fiduciary agreements towards any third parties, thus resulting in an external effectiveness (*Außerwirkung*) whenever certain circumstances occur.⁴⁹

In addition, attention must be paid to relevant legal concepts or judgements allowing to “undermine” the *trustee’s* “ownership” (*Verdinglichung*), and therefore his power of abuse with interesting effects in terms of a wider protection of the *trustor’s* rights *in rem*.⁵⁰ Such trends allow to curb the *trustee’s* power of abuse, but they don’t rule it out in many situations, so that several issues are still unsolved.

2.4. Some conclusions. The assets managed by the trustee as something separate

However, the crucial question is whether the assets managed by the *trustee* on the *trustor’s* behalf can be deemed to be *separate*, even when they were not *directly* purchased by the trustee from the trustor, but they were bought by third parties by using either money made available by the trustor or assets bought by the trustor but *dynamically* managed by the trustee. This attitude has long developed in Germany, particularly over the last years, in both jurisprudence⁵¹ and case-law,⁵² thus giving rise to principles deemed to be definitively acknowledged, and qualifying the assets managed by the trustee on the trustor’s behalf as a *separate* estate, even in the absence of clearly defined rules on disclosure.⁵³

The traditional requirement limiting the enforceability of trust against third parties – namely the *direct* purchase of assets from the trustor and the *static*

Any disposition of an asset by a non-legitimized person is only effective with the relevant assign’s prior consent.

The disposition comes into force if ratified by the assign or if the settlor buys the asset or succeeds the assign, thus unlimitedly undertaking his hereditary obligations. In either case, if incompatible provisions apply to the relevant asset, then the earlier provision shall remain in full force and effect.

⁴⁸ Cf. in general, *ex pluribus*, Rudolf Lenders, *Treuhand am Gesellschaftsanteil*, Peter Lang Verlag, Frankfurt u. Bern, 2004.

⁴⁹ For a general framework, cf. M. Henssler, *Treuhandsgeschäft-Dogmatik und Wirklichkeit*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1996, p. 37 ff.

⁵⁰ Cf. M. Henssler, *Treuhandsgeschäft*, cit., p. 39 ss.

⁵¹ We refer to the interesting comments by J. Gernhuber, *Die fiduziarische Treuhand*, cit., p. 58 ff., who finally qualifies the *trustee’s* assets as a “formal” property and the *trustor’s* assets as an “economic property”, by emphasizing that the conveyed ownership of the real properties entrusted to the *trustee* can be enforced against any third parties whenever it is possible to prove that the money resulting from the sale have been reinvested into another specific real property, based on indisputable written evidence.

⁵² Cf. the authors and case-law recalled in Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, cit., p. 160.

⁵³ Again, cf. comments in para. i) on whether any fiduciary agreements intended as a guarantee can be enforced in case of the *trustee’s* bankruptcy.

management of the purchased assets - seems to be no longer in force. It was indeed a principle worded by the *Reichsgericht* over one century ago.⁵⁴

It is nonetheless necessary to point out that the *trustee* must manage the assets in an *objectively* verifiable way, which is actually the case whenever the asset management is simple and can easily be ascertained.⁵⁵

In more complex cases, a *professionally exemplary* management is always required, based on accounting rules suitable for the importance of the assets being managed subject to a clear distinction between such assets and other assets personally belonging to the *trustee* or managed by him on other *trustors'* behalf.⁵⁶ If such rules are complied with, the trustor can enforce his rights against third parties even in case of *trustee's* bankruptcy, so that trust can therefore be really effective to a greater extent than acknowledged according to stricter regulations in force in the past.⁵⁷

Let us now briefly recall the long-applied criteria.

Firstly, there is a need for a professional management, not necessarily based on conservative criteria, but sufficient to identify the assets managed by the *trustee* as a *separate estate*, other than his own assets or than other assets managed by the *trustee* on behalf of different *trustors*.⁵⁸

It is still too early to say whether a system is being developed where the fiduciary manager is getting closer and closer to a *trustee*, as long as it is possible to apply rules capable of *objectively* preventing the confusion between *trustee's* personal assets and assets entrusted to him.⁵⁹ However, the aforesaid approach seems to be an *objectively* ascertainable trend in Germany, which substantially changes one of the features deemed to be *peculiar* to traditional *Roman-law-based* trust, with the remarkable difficulties in remedying any abuses by the *trustee*.

⁵⁴ Cf. the comments by Joachim Gernhuber, *Die fiduziarische Treuhand, ibidem*, p. 360 ff.

⁵⁵ As an example, let us think of a real property transferred from *trustor* to *trustee* whereby the relevant countervalue is reinvested into another real property on the basis of clearly defined entitlements to buy and to sell.

⁵⁶ It is an implementation and development of the theses already worded by Joachim Gernhuber, *ibidem.*, p. 360 ff. Please note that the Principality of Lichtenstein allows the separation of assets, within the framework of trusteeship or of *trusts* regulated by the Principality's laws, subject to the requirement of appropriate accountancy to be kept by the *trustee* or fiduciary [manager] in a professionally adequate and objectively verifiable manner. In this connection, cf. the remarks by Francesco Armando Schurr reported in *Trusts*, 2021, p. 17 ff.

⁵⁷ In this respect, cf. the comments on *trusteeship* and trust as a guarantee in my article: *Le operazioni fiduciarie, ibidem*, 158 ff. and 163 ff.

⁵⁸ In this respect, again cf. Nuccia Parodi, *ibidem*, Chapter 4, para. 4.7.

⁵⁹ The rules viewing the assets managed by the *trustee* as something separate are substantially in line with the long-established rules based on articles 2 and 11 of The Hague Convention: the assets entrusted to the *trustee* must be viewed as "separate estate", clearly distinguishable from his personal assets.

It clearly appears to us that the above trend (enabling to qualify the assets managed by the trustee as a *separate* estate) is similar to the trend getting stronger and stronger in Italy as well.⁶⁰ In addition, we can well argue that the rules enabling to enforce trust against any third-party creditors are better rooted in the German system, particularly in case of the trustee's bankruptcy, where more attention is paid to substance than to formalities and where attempts are made to oppose the claims raised by the bankrupt trustee's personal third-party creditors over assets objectively not belonging to the bankrupt debtor's estate.

A further major issue must be carefully investigated. In the Italian legal system, a common belief regulates fiduciary transactions by applying the same rules as the mandate. We have worded our critical remarks, but also pointed out the existence in Italy of a quite wide-spread tendency not to comply with the restrictive rules of articles 1705, 1706, and 1707 Civil Code whenever the assets are professionally managed by the agent.⁶¹

In the German system, the reference to the rules about mandates does not seem to be a problem, since the provisions applicable to mandates (*Auftrag*, para. 662 ff. BGB) and to the well-remunerated business management (*Geschäftsbesorgungsvertrag*, para. 675 ff. BGB) exclusively apply to managerial agreements without any reference to the *framework agreement* that such agreements might justify.⁶²

It is therefore sensible to point out the atypicality of our specific rules as to whether a mandate is enforceable against the agent's creditors (within the framework set by articles 1705, 1706 and 1707 Civil Code) if compared to the principles in force in other legal systems and particularly in the German and French systems.

On the other hand, even in common-law systems, the *framework agreement* for an *agency*⁶³ is regulated by specific rules and is nearly always a "standardized" agreement.⁶⁴ In any event, according to a commonly shared principle, if the *agent* buys assets on the *principal's* behalf, then *trust*-related rules will apply to the assets or estate being managed, and the agent will be regarded as a *trustee* managing

⁶⁰ In this connection, cf. my comments in my article *Le operazioni fiduciarie, ibidem*, Chapter 4, para. 4.12.

⁶¹ Again, cf. Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie, ibidem*, Chapter 1, para. 1.6.

⁶² Interesting comments on the differences between the German system and our system, when it comes to mandates, are found in Michele Graziadei, *Mandato in diritto comparato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Civ., Vol. XI, UTET, Turin, 1994, p. 192 ff. and particularly p. 197 and p. 198. In France, no specific rules apply to the enforceability of the *mandat* against any of the agent's third-party creditors (articles 1984 ff. *Code Civil*), whereas the aforesaid issue is now being expressly considered after the approval of *Loi sur la fiducie*.

⁶³ Which is clearly no agreement, but an *authority* resulting in a relationship between *principal* and *agent*.

⁶⁴ A tender, an employment or self-employment contract, etc.

assets on his principal's behalf whilst his managerial deeds will be enforceable against any third parties subject to the relevant rules peculiar to *trust*.⁶⁵

In this general framework, the German system, developing according to the applicable guidelines, is closer to the international common practice.

The clear distinction between mandate and trust, which has long been developing in the German jurisprudence and common practice, allows to directly protect the *trustor* in any conflict with the *trustee's* possible creditors against unauthorized conveyances of assets bought on the *trustor's* behalf. The aforesaid approach shows a similarity between the solutions wide-spread in German on this matter and the solutions typical of the common-law systems where the agent can be easily regarded as a *trustee* on behalf of his *undisclosed principal*.⁶⁶

The Italian system seems instead to be still based on more traditional interpretations not allowing a correct distinction between *framework agreement* (as an example, a fiduciary management agreement or a fiduciary agreement as a guarantee) and any mandate related thereto, thus enforcing articles 1705, 1706 and 1707 Civil Code even when they are not compatible with the specific provisions of the *framework agreement*.⁶⁷

Bibliography

Andres D., § 47 InsO, marginal number 38, in Nerlich/Römermann, *Insolvenzordnung*, C.H. Beck, München, 2019

Anelli F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milan, 1996

⁶⁵ For further details, cfr. Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, cit., Chapter 1, para. 1.6.

⁶⁶ Further remarks on this issue in Nuccia Parodi, *Le operazioni fiduciarie*, *ibidem*, Chapter 1, para. 1.6.

⁶⁷ The relations between mandate and trust have been brilliantly investigated by Maddalena Semeraro, *Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante*, ESI, Naples, 2011, p. 155 ff. (*Disciplina applicabile all'esecuzione del programma gestorio*) and p. 225 ff. (*Proprietà del mandatario e fiducia*). With reference to articles 1705 ff. c.c. and to the allocation of several proprietary components to different subjects, attention should be paid to M. Graziadei's well-known thesis about the acknowledgement of the appointor's ownership of the asset and the acknowledgement of the appointee's sole entitlement to a higher protection of the appointor's rights over third parties, particularly when the assets are being managed in a *professional* way. We disagree with M. Graziadei's approach arguing that ownership on somebody else's behalf, typical of trust, can refer to mandate without representative powers according to a solution well-established in Switzerland too. Cf. Michele Graziadei, *Mandato in diritto comparato*, *ibidem*, p. 197 and p. 198. We can however point out a very clear trend becoming stronger and stronger in our Country in favour of an equalization between the role of a fiduciary manager, professionally managing the assets entrusted to him, and a trustee's role, without therefore applying the general rules on mandate and particularly art. 1707 c.c.

- Bernasconi P., *Obblighi del trustee in diritto svizzero: novità legali e giurisprudenziali*, in *Trusts*, 2020, p. 624
- Braun A., *I trust di garanzia in Germania*, in *Trusts* 2000, p. 42 ff.
- Brinkmann M., § 47 InsO marginal number 86, in *Uhlenbruck, Insolvenzordnung*, C.H. Beck, München, 2019
- Busani A., *Il Trust, istituzione, gestione, cessazione*, Cedam, Padua, 2020
- Dupichot P., *Rapport de synthèse*, in Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Journée nationale, tome XV, Dalloz, Paris, 2011, p. 89 ff.
- Calvo R., *La proprietà del mandatario*, Cedam, Padua, 1996
- Gabrielli E., *Sulle garanzie rotative*, ESI, Naples, 1998
- Gatt L., *“Il “trust interno”, una questione ancora aperta. Dal trust al trust. Storia di una chimera*, ESI, Naples, 2011
- Gernhuber J., *Die fiduziarische Treuhand*, in *IuS* 98, Heft 5
- Graziadei M., voce *Mandato in diritto comparato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Civ., Vol. XI, UTET, Turin, 1994, p. 192 ff.
- Grisel G., *Le trust en Suisse*, Schulthess Éd. Romandes, Genève, 2020
- Henssler M., *Treuhandsgeschäft-Dogmatik und Wirklichkeit*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1996, p. 37 ff.
- Hirte H. - Praß P.J., § 35 InsO marginal number 27, in *Uhlenbruck, Insolvenzordnung*, C.H. Beck, München, 2019
- Jaeger P.G., *Sull'intestazione fiduciaria di quote di S.r.l.*, in *Giur. comm.* 1979
- Kieninger E.M. (co-edited with M. Graziadei; G.L. Gretton; C.G. Van der Merwe; M.E. Storme), *Security Rights in Movable Property*, in *European Private Law*, Cambridge University Press, 2004
- Kötz H., *Trust und Treuhand*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963
- Lenders R., *Treuhand am Gesellschaftsanteil*, Peter Lang Verlag, Frankfurt u. Bern, 2004
- Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffré, Milan, 2014
- Lupoi M., *Istituzioni del diritto del trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV Ed., Giuffré, Milan, 2020
- Malaurie P. – Aynès L., *Les biens*, II Ed., Defrénois, Paris, 2005
- Parodi N., *Le operazioni fiduciarie*, Giappichelli, Turin, 2018
- Petrelli G., *Destinazioni patrimoniali e trust*, Giuffré, Milan, 2019

- Petrelli G., *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. Not.* 2020, p.1901
- Piepoli G., *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Jovene, Naples, 1980
- Portale G.B. and Ginevra E., *Intestazione a società fiduciarie di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui*, in *Studi P.G. JAEGGER*, Milan, 2011
- Schäfer C., *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2020, para. 31 ff.
- Schubert C., in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2018, para 51 ff.
- Schurr F.A., *La revoca del trustee e la sostituzione del medesimo con altro. Alcune riflessioni comparatistiche*, in *Trusts*, 2021, p. 17 ff.
- Semeraro M., *Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante*, ESI, Naples, 2011
- Serick R., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Giuffrè, Milan, 1990, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1988
- Thevenoz L., *Propositions pour un trust suisse*, in *Schweiz. Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzrecht*, 2018
- Walter G., *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1974
- Witz C., *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1980



Criminal liability for the “unlawful” trafficking of waste in Italy: what relevance for the European Best Available Techniques?

STEFANO ZIRULIA

Associate Professor

Università degli Studi di Milano

stefano.zirulia@unimi.it

ABSTRACT

The paper deals with a much-debated topic in Italian criminal law scholarship and jurisprudence, that of criminal liability for carrying on formally authorised polluting activities, with a focus on its EU law profiles. After an overview of the concept of “unlawfulness” in environmental criminal law, the paper turns on the Italian offence of waste trafficking, addressing in particular two recent rulings of the Court of Cassation that held that the violation of EU “Best Available Techniques” can determine the “unlawful” nature of conduct, even when the latter is formally authorised. The author argues that this approach cannot be shared in its absoluteness, but deserves attention in order to avoid that, in certain well-defined hypotheses, authorisation becomes a factor of unjustified impunity for environmental damage.



DOI: 10.54103/milanlawreview/19511

MILAN LAW REVIEW, Vol. 3, No. 2, 2022
ISSN 2724 - 3273

Keywords: authorised polluting activities; unlawfulness; waste trafficking; Best Available Techniques; BAT

This paper has been subjected to double-blind peer review

Criminal liability for the “unlawful” trafficking of waste in Italy: what relevance for the European Best Available Techniques?

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The “unlawfully” clause and its problematic interpretation. – 3. The assessment of unlawfulness in the light of European Best Available Techniques: the case of the unlawful trafficking of waste. – 3.1. The illegal trafficking of waste in the Italian legal system. – 3.2. The Best Available Techniques: an overview of the European regulatory framework. – 3.3. A controversial case of waste management compliant with national authorization, but not with the Best Available Techniques. – 4. The relevance of the BAT in criminal matters, in the light of the principle whereby regulations must be knowable and penalties foreseeable. – 5. Concluding remarks: the “unlawfully”

1. Introduction

Since Italy implemented directive 2008/99/EC on the protection of the environment through criminal law, introducing a series of environmental offences into the Italian Criminal Code (by Law no. 68 of 2015), there has been much discussion, in scholarship and in case law, on the issue of liability for environmental damage caused by *formally authorized activities*¹. The issue presents numerous aspects, one of which, probably the most important, concerns the interpretation to be given to the term “*abusivamente*” (henceforth in English, “unlawfully”), which constitutes an essential element of the newly introduced main environmental offences. Italy’s Court of Cassation has recently ruled on this point, with regard to some operators who disposed of waste in a manner that was compliant with national authorization but, from a certain point on, differed from the European Best Available Techniques. The Court found that their conduct constituted the offence of unlawful waste trafficking under article 452-quaterdecies of the Italian Criminal Code. This decision was informed by a desire to maintain a high level of environmental protection, yet seems problematic in the light of the criminal law principle whereby rules of conduct must be accessible and

¹ For a detailed discussion of the topic, worthy of attention for its completeness and the importance of the arguments proposed, see A. DI LANDRO, *La responsabilità per l’attività autorizzata nei settori dell’ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Giappichelli, 2018.

penalties foreseeable. This paper, after briefly going over the main interpretative issues of the “unlawfully” clause (para. 2), focuses on this recent and controversial judicial case, examining the crime of illegal waste trafficking (para. 3.1.), the regulatory framework of the European Best Available Techniques (para. 3.2.) and finally the positions expressed by the Italian courts called upon to deal with the issue. Some critical considerations are then formulated, aimed at proposing a stricter use of the Best Available Techniques for the purpose of ascertaining criminal liability (para. 4). The conclusions propose a key to understanding the “unlawfully” clause, to be related, according to the author, to the criminal law concept of “permitted risk” (para. 5).

2. The “unlawfully” clause and its problematic interpretation

Environmental crimes were introduced into the Italian Criminal Code under Law no. 68 of 2015, which belatedly implemented directive 2008/99/EC on the protection of the environment through criminal law. In implementing the obligations established under art. 3 of the directive to ensure that certain conduct constituted a criminal offence, legislators adopted a model that, building on the legal scholarship that has most theorised the issue², could be defined as based on the idea of partial administrative dependence. This means that they did not decide simply to punish under criminal law the mere violation of administrative regulations (pure administrative dependence), nor did they establish completely autonomous offences, i.e. offences which could be committed regardless of a violation of administrative regulations (pure criminal law model). Instead, the choice was to establish offences which, on the one hand, display autonomous characteristics of danger to the environment and/or to humans; and on the other, the commission of which also requires a violation of administrative regulations. This requirement was provided for by inserting, in the definitions of the main types of environmental crime, the clause according to which the conduct had to be carried out “unlawfully”.

This clause has led to much debate among Italian commentators³. The first problem concerns its inclusion in the crime of *disastro ambientale* (“environmental disaster”) (art. 452-quater), which consists of damaging an ecosystem irreversibly, or in a way which may be reversed only by means of exceptional interventions, or

² For further information on the various models of criminalization of environmental crimes, see the not recent but still essential essay by M.G. FAURE, M. VISSER, *How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, 4, 316 ff.; more recently, S.F. MANDIBERG, M. G. FAURE, *A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 2009, 34, 447 ff.; in Italian scholarship, A. DI LANDRO, *La responsabilità per l’attività autorizzata nei settori dell’ambiente e del territorio*, cit., p. 121 ff. and *ivi* for further bibliographic references.

³ For an overview, see C. RUGA RIVA, *La nuova disciplina dei delitti ambientali*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l’ambiente e il territorio*, volume del Trattato teorico-pratico di diritto penale, diretto da F. PALAZZO, C.E. PALIERO, II ed. Giappichelli, 2019, p. 81 ff.

of creating situations which endanger the life and physical integrity of an indefinite number of people. According to one line of thought, this crime should have been defined according to the pure criminal law model, since the inclusion of the “unlawfully” clause presupposes that, paradoxically, a disaster may be occasioned in a non-unlawful and therefore lawful manner, an unacceptable conclusion if the aim is to provide effective protection to the environment⁴. According to another position, however, the clause simply represents the implementation, on a national level, of a requirement set forth in art. 3 of Directive 2008/99/EC, which establishes the obligation to incriminate conduct which is dangerous for humans and/or the environment, provided however that it is, among other things, “unlawful”, i.e. carried out in violation of environmental regulations listed in an annex to the directive⁵.

The second problem with the clause in question concerns its indeterminacy. It has been observed that the concept of “unlawfulness” is extremely vague, and could be interpreted as referring only to clandestine conduct, thus excluding conduct which, although carried out within the scope of an authorized activity, violates the technical and legal regulations for its performance⁶. From this point of view, it would be unreasonable to include the clause in question also in other environmental crimes, such as environmental pollution (art. 452-bis) and waste trafficking (art. 452-quaterdecies), insofar as their punishment would be unreasonably limited to conduct carried out in the total absence of authorization. This objection was answered by observing that, in a previous draft of the 2015 reform bill, the clause was formulated in a more precise manner, since it referred to the violation of legal and administrative provisions on environmental matters. Its current formulation was pushed for by environmental organisations, which intervened in the parliamentary discussions, and which actually intended to extend its scope of application rather than restrict it, including, in addition to the violation of any environmental law, also the violation of various other regulations, such as those regarding safety at work, the landscape, urban planning, transport, etc., which may sometimes also have effects on the environment.⁷

This last broad interpretation has also been accepted in case law, which today considers as unlawful⁸: (i) clandestine polluting activity, i.e. carried out without authorization; (ii) polluting activity carried out on the basis of unlawful

⁴ G. AMENDOLA, *Il disastro ambientale abusivo non è stato imposto dalla UE ma per introdurre nella nostra legislazione ambientale una restrizione della normale responsabilità penale delle industrie*, in www.lexambiente.it, 26 June 2015.

⁵ Along these lines, see C. RUGA RIVA, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, in www.lexambiente.it, 23 June 2015, in a part of the essay (section 1.2.) expressly dedicated not only to the offence of environmental pollution, but also to the more serious crime of environmental disaster.

⁶ G. AMENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in www.lexambiente.it, 17 March 2015.

⁷ C. RUGA RIVA, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, loc. cit.

⁸ For a detailed reconstruction of the current case-law guidelines on the subject of “unlawfulness” in environmental crimes, see A. GALANTI, *I delitti contro l'ambiente*, Pacini Giuridica, 2021, p. 290 ff.

or expired permits; (iii) polluting activity carried out on the basis of a valid authorization, but in violation of provisions relating, for example, to the type of activity that can be carried out, the correct methods of carrying it out, compliance with emission threshold limits, etc.⁹. Unlawfulness may also derive from the violation of EU Regulations, considering that we are dealing with a derivative right directly applicable to individual operators¹⁰. It has also been clarified that the unlawful activity need not be exclusive, since it may be combined with activities which are lawful, authorized and correctly carried out¹¹.

3. The assessment of unlawfulness in the light of European Best Available Techniques: the case of the unlawful trafficking of waste

The illegal trafficking of waste represents a million-euro business in Italy, partly managed by organized crime (eco-mafias¹²), and partly the result of illegal practices carried out by companies which, while carrying out legitimate economic activities, save on waste management and disposal costs. Precisely with reference to the latter activities, straddling legality and illegality, it is crucial to correctly interpret and apply the “unlawfully” clause contained in the provision that governs the illegal trafficking of waste (article 452-*quaterdecies*). In particular, given that a significant number of the technical standards on waste management have a European source, in the form of the Best Available Techniques published by the European Commission, the question is whether and how these provisions may be directly binding for national operators, determining liability, even of a criminal nature, for violations. To this end, it is first of all necessary to examine briefly the fundamental characteristics of the crime of illegal waste trafficking, and then to turn our attention to a very recent case, which came to the attention of the Italian Court of Cassation, regarding precisely the problem of ascertaining unlawfulness on the basis of the European Best Available Techniques.

⁹ See Cass. pen. 46029/2008; Cass. pen. 46819/2011; Cass. pen. 46170/2016, CED 268060; Cass. pen. 15865/2017, CED 269491; Cass. pen. 28732/2018. For a recent articulated review, see [ALEX H. BELL, *L'inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione. Quel che è stato detto e quel \(tanto\) che resta da dire sui confini applicativi dell'art. 452-bis cod. pen.*](#), in *Lexambiente - Rivista Trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, n. 3, 2022, p. 20 ff.

¹⁰ See Cass. pen. no. 32737/2020; Cass. pen. no. 54703/2018, the latter ruling relating to the violation of the requirements imposed by Chinese legislation for the import of waste, implemented by a 2006 regulation as conditions for exporting to China.

¹¹ See Cass. pen. 47870/2011.

¹² The expression *eco-mafia* was coined by one of the most important Italian environmental associations, Legambiente, which publishes a detailed report on this form of organized crime every year. For an examination of its criminal law implications, see M. PALMISANO, [Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto](#), in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, n. 1/2018, pp. 93-110.

3.1. The illegal trafficking of waste in the Italian legal system

The repression of waste trafficking under criminal law in Italy goes back a long way. The crime of illegal waste trafficking was introduced by Law no. 93 of 2001, which added art. 53-bis to Legislative Decree no. 22 of 1997; subsequently, the collocation of the offence was moved to art. 260 of the Testo Unico Ambiente or TUA (Legislative Decree no. 152/2006), a consolidation law regarding environmental issues, and in 2018 was further moved to article 452-*quaterdecies* of the Criminal Code. These movements took place without any changes either in the description of the type of crime, or in the penalty envisaged¹³, consisting of imprisonment from one to six years (three to eight years in the case of radioactive waste). Law no. 68 of 2015 provided for the mandatory confiscation of the tools used to commit the crime, as well as any profits made from the crime. The commission of this offence by natural persons can also lead to liability of the entity that benefited from it (art. 25-*undecies* (2(f)) of Legislative Decree 231/2001).

The offence established under art. 452-*quaterdecies* of the Criminal Code is made up of three fundamental elements. Firstly, the conduct, which consists alternatively of the transfer, receipt, transport, export, import or unlawful management of waste. For there to be an instance of the crime, several actions must have been performed, in an ongoing and organized manner, and means must have been provided to carry them out. Consequently, occasional conduct or conduct without any organization does not fall within the scope of the definition. It is equally essential, as with other environmental crimes, for the conduct to be “unlawful” in the sense specified above. The second fundamental element is the subject matter of the conduct, i.e. waste, which must be in “substantial” quantities. The third element is the *mens rea*, which is represented by the intention to carry out the trafficking in order to obtain unfair profit.

With reference to the interests protected, case law usually states that this is a multi-offence crime, introduced to protect both the environment (i.e. the environmental context, which may be polluted by waste) and public safety. Some judgments even refer to competition between companies, on which the conduct in question could have distorting effects. However, the reference to public safety is improper, because the crime may also regard non-hazardous waste. It is clear that the accumulation of waste in the environment may potentially always affect public safety (or rather, public health), but this is merely one possible aspect, which therefore cannot be considered an essential element requiring protection on the basis of which the offence was introduced. On closer inspection, the law does not even require proof of danger to the environment having occurred. However, the

¹³ For a detailed comment on this offence, see A. GALANTI, *I delitti contro l'ambiente*, Pacini Giuridica, 2021, p. 275 ff.; for a critical analysis of the most significant case law, see M. PALMISANO, [Il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti nell'applicazione giurisprudenziale](#), in *Lexambiente – Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'ambiente*, 3, 2022, 23 ff.

fact that a “substantial” quantity of waste is required represents a threshold below which there can be no criminal liability.

3.2. The Best Available Techniques: an overview of the European regulatory framework

To better understand the critical issues underlying the judgments examined, it is necessary to extend the focus of attention, specifically taking into consideration the European regulations on Best Available Techniques (BAT). Since the 1990s, European environmental law has attributed to BAT, and to the emission limits associated with their adoption (BAT-Associated Emission Levels or BAT-AELs), a fundamental role in the prevention and control of pollution caused by manufacturing industries (BAT-based policy). The relevant regulatory framework is currently dictated by Directive 2010/75/EU (Industrial Emissions Directive or IED), which has ordered previous directives on the subject to be recast and at the same time amended¹⁴.

It being understood that authorizations for the exercise of polluting installations are the responsibility of Member States, the IED establishes that the BAT and BAT-AELs “serve as a reference” for the national authorities when they set the conditions for the issue of such measures¹⁵. In Italy, this function is performed by the *Autorizzazione Integrata Ambientale* or AIA (“integrated environmental authorization”), issued by the Ministry of the Environment or by regional administrative authorities (based on the division of responsibilities referred to in Article 7 of the TUA), according to the provisions laid down in Title III-*bis* of the TUA (art. 29-*bis* et seq. TUA), adopted in implementation of the IED¹⁶.

It should be emphasized that, in the light of the *notion* of the BAT and the form of the *procedure* leading to their drafting, the “best available techniques” do not correspond, as one might think at first reading, to the highest level of technology achieved at a given moment in time, but are the result of *cost-benefit assessments*, in the drafting of which all interested stakeholders take part. In general terms, in fact, the “best available techniques” are defined as “the most efficient and

¹⁴ For the evolution of the regulatory framework, see A. MILONE, *L'autorizzazione integrata ambientale dopo il d. lgs. n. 128/10*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 4, 2011, p. 145 ff.; M.A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 1, 2013, p. 1; S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2015, p. 1698 ff. On the relevance of the IED in the framework of European pollution control policies, with particular reference to the tension between regulations in line with the “command and control” model on the one hand, and with the criteria of decentralization and flexibility on the other, see A. ZERI, [Deconstructing the Industrial Emissions Directive's \(2010/75/EU\) Regulatory Standards: A Tale of Cautious Optimism](#), in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2013, p. 173 ff.

¹⁵ Art. 14 par. 3 IED. On the application of BAT by the Member States, see J. MAŚNICKI, *Decentralised Application of the BAT Conclusions*, in *European Energy and Environmental Law Review*, April 2018, p. 53 ff.

¹⁶ On the tool of the AIA and its European derivation, see S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali*, cit., p. 1701 ff.

advanced stage of development of activities and related methods of operation indicating the practical suitability of certain techniques to form the basis of emission limit values and other conditions of authorization intended to prevent or, where impracticable, to reduce emissions and their impact on the environment as a whole”¹⁷. So far, the notion would seem to refer to concepts of an exclusively technical-scientific nature. However, it acquires another aspect as soon as we consider the sub-notions specifically dictated for the concepts of “available” and “best” techniques.

The former are “techniques developed on a scale which allows their application under *economically* and technically *feasible conditions* within the relevant industrial sector, *taking into account costs and benefits*, whether or not they are applied or produced in the State member in question, provided that the operator has *access to them on reasonable terms*” (emphasis added)¹⁸. The latter, for their part, are “the most effective techniques for obtaining a high level of protection of the environment as a whole”¹⁹. European legislators have therefore used defining elements that introduce assessments of a “political” nature, i.e. pertaining to the economic sustainability of the operation and the achievement of a level of environmental protection that is generically specified as “high”²⁰.

Therefore, the concept of “impracticability” of a measure, which, as we have seen, opens the way to solutions aimed at reducing rather than eliminating polluting emissions, does not only concern its availability or feasibility per se, but also its *cost-effectiveness*, within the framework of *balancing costs and benefits of the operation* considered as a whole²¹. Of course, these will still have to be measures that guarantee a “high level of environmental protection”, within the framework of the more general objective of “sustainable development” envisaged by the Treaties and by the EU Charter of Fundamental Rights. However, these concepts, in the absence of further specifications (not to be found even in the preamble of the directive), are destined to have an insignificant prescriptive capacity.

As anticipated, the also “political” nature of the BAT is reflected in the procedures that lead to their development and their subsequent reviews and

¹⁷ Art. 3 para. 10 IED. The same provision also specifies that “techniques” means not only functioning and control measures in the strict sense, but also the methods of design, construction, maintenance, operation and closure of the installation (art. 3 (10) (a)). This notion of BAT was almost verbatim implemented by Italian legislators in art. 5 (1) (1-ter) of the TUA. On the strengthening of the role of the BAT in the system of the IED compared to the previous IPPC directive, in order to fill the implementation deficit from which the latter suffered, see ZERI A., *Deconstructing the Industrial Emissions Directive’s (2010/75/EU) Regulatory Standards*, cit., p. 184.

¹⁸ Art. 3 (10) (b) IED.

¹⁹ Art. 3 (10) (c) IED.

²⁰ Along these lines, see S. VERNILE, *L’autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali*, cit., p. 1709; M. BOSI, [Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, 1, p. 198.

²¹ It is precisely to this rule that the diffusion of the acronym BATNEEC (BAT Not Entailing Excessive Cost) is connected, as reported by M.A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT*, cit., p. 10.

updates, described by the IED and by the guidelines adopted by the European Commission in decision 2012/119/ EU (hereinafter: guidelines)²². The BAT relating to the individual sectors are in fact described in a BAT Reference Document, or BREF, which is drawn up as part of a procedure launched by the Commission and focused on the exchange of information among the interested stakeholders. The BREFs are materially drawn up by the Technical Working Groups or TWGs, whose members are chosen on the basis of their technical, economic, environmental and legal expertise by an assembly (so-called forum), set up and chaired by the Commission, in turn composed of representatives of the Member States, the industries concerned and NGOs that campaign for environmental protection. The work of the TWGs is coordinated, directed and supervised by the staff of the European Integrated Pollution Prevention and Control Bureau (EIPPCB), based in Seville, where the plenary meetings of the groups take place (for this reason we often refer to the procedure in question as the “Seville process”). The draft BREF is presented by the EIPPCB to the forum, which expresses its opinion, which the Commission will have to take into account in formulating the so-called *BAT conclusions* (BATC)²³. The latter include, among other things, the description of the BAT, the information required to evaluate their applicability and the emission levels associated with them²⁴. The BATC are formulated according to the comitology procedure²⁵ and incorporated into a Commission decision addressed to the Member States, published in the Official Journal of the EU in all official

²² This is the decision “which establishes the rules relating to the guidelines concerning the collection of data and the elaboration of reference documents on the BAT and their quality assurance referred to in Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council related to industrial emissions”.

²³ Guidelines, chap. 1.3.

²⁴ The notion of “BAT conclusions” is dictated by art. 3(12) IED.

²⁵ Art. 75(2) IED refers to the regulatory procedure pursuant to art. 5 of decision 1999/468/EC (so-called comitology rules), on the basis of which the Commission submits a draft measure to be adopted to a committee made up of representatives of the Member States, which issues an opinion (substantially binding, since in the event of any discrepancy, the matter is submitted to the Council, which can oppose the Commission’s proposal). This decision was in the meantime repealed by Regulation (EU) No. 182/2011, which established the rules and general principles relating to the methods whereby Member States could monitor the exercise of the implementation powers attributed to the Commission. Pursuant to the transitional provisions of the regulation, references to the regulatory procedure pursuant to decision 1999/468/EC must be understood as references to the new examination procedure under art. 5 of the regulation itself, according to which, in the event of a negative opinion from the committee (and possibly from the appeal committee), the Commission’s proposal is not approved. On the importance of the procedures in question, in order to stem the preponderant role played by industries in the forum (but also on their weaknesses in terms of democratic deficit), see A. ZERI, *Deconstructing the Industrial Emissions Directive’s (2010/75/EU) Regulatory Standards*, cit., p. 189 s.

languages²⁶. After the decision is taken, the EIPPCB amends the BREF if necessary based on the decision, and makes the final version available to the public²⁷.

As for the binding nature of the Commission’s decisions, it should first of all be underlined that by virtue of a clause usually inserted in art. 2, these are expressly addressed to the States. Furthermore, these decisions contain a standard clause which states that “the techniques listed and described in these BAT conclusions are neither prescriptive nor exhaustive”, and consistently that “other techniques may be used which ensure at least an equivalent level of environmental protection”. Therefore, these are decisions which establish, on the part of the States, obligations in terms of results but not of means (unless otherwise provided for by specific provisions²⁸). This approach is not confirmed in the IED directive, which, as we have seen, merely establishes that the BAT conclusions “serve as a point of reference” for establishing authorization conditions, and that as a rule national limits must be set in such a way that emissions do not exceed the BAT-AELs²⁹, at the same time providing for situations in which States may envisage more or less rigid authorization conditions³⁰.

Finally, the IED provides, on the one hand, for the periodical review of the BREFs (ideally at least every eight years)³¹, in order to take into account any scientific progress or other intervening factor that could modify the previous assessment; on the other hand, that the States review each single authorization conditions within four years of the publication of the decision containing new BAT conclusions³², and in any case when levels of pollution or safety require it³³.

3.3. A controversial case of waste management compliant with national authorization, but not with the Best Available Techniques

The Italian courts have recently had to deal with the following question: whether an operator that carries out authorized waste management activity may incur criminal liability for an offence pursuant to art. 452-*quaterdecies* where the

²⁶ The BAT conclusions are freely downloadable, together with the respective BREFs, at: <https://eippcb.jrc.ec.europa.eu/reference/>

²⁷ Guidelines, chap. 1.4. Again on the basis of the guidelines (chap. 1.2.4) the procedure for drawing up a BREF should have a maximum duration of 39 months; for the review of an existing BREF, as a rule, the maximum duration should be 29 months.

²⁸ For example, decision 2017/1442, laying down the BAT for large combustion plants, alongside the specified clauses also provides that “Where emission levels associated with the best available techniques (BAT-AEL) are indicated for different averaging periods, all the BAT-AELs indicated must be respected”.

²⁹ See, respectively, Arts. 14 (3) and 15 (3) IED.

³⁰ See Arts. 14 (4) (“stricter authorization conditions”); 15 (4) (“less stringent emission limit values”); 15 (5) (“temporary derogations” to the regulations on BAT and limit values). On the issue, see once more J. MAŚNICKI, *Decentralised Application of the BAT Conclusions*, cit., p. 56 ff.

³¹ Along these lines, see Recital no. 13.

³² Art. 21 (3).

³³ Art. 21 (5).

European BAT, subsequent to the operator’s authorization, envisage more stringent standards.

The case concerns a plant for the treatment of solid urban waste which had been authorized, by means of an administrative provision dated 1 December 2017 (AIA), to directly treat waste containing organic putrescible material, without carrying out any preliminary separation from non-organic waste. However, the most up-to-date BAT on the subject (issued with EU implementing decision 2018/1147 of 10 August 2018) establish that if the waste contains a putrescible fraction, it is first necessary to sort the waste to remove any putrescible wet material. For this reason, Rome’s Public Prosecutor’s Office launched an investigation into six plant operators for the crime of illegal waste trafficking, allegedly carried out between 2017 and 2019. As part of the investigation, on 21 May 2020, the Public Prosecutor’s Office asked the Judge for preliminary investigations to place the plant under preventive seizure, in order to prevent illegal conduct from being carried out during the course of the proceedings, which would further aggravate the offence. Following the rejection of the seizure request by the Judge for preliminary investigations, the Public Prosecutor’s Office filed an appeal with the Court of first instance of Rome, which nonetheless confirmed the magistrate’s decision.

The Public Prosecutor’s Office then successfully petitioned the Court of Cassation, which cancelled the appeal ruling and asked the Court of first instance to re-examine the matter (sentence 33089/2021). In support of this conclusion, the Court of Cassation affirmed that the BAT must be considered relevant since they constitute, by law, a fundamental parameter of legitimacy of the AIA (point no. 3)³⁴. The passage, formulated in rather obscure language, appears circular, in the sense that it does not fully clarify why the BAT in question should have been respected by the operators³⁵.

This problem subsequently influenced a further ruling by the Court of first instance, which again failed to grant seizure. The judges in fact observed that, on the basis of the provisions of art. 21 (3) IED, implemented by Italy through art. 29-*octies* of the TUA, whenever new BAT conclusions are approved by the European

³⁴ The English translation of the passage is as follows: “Verification of compliance of environmental authorizations with the BAT, in relation to the type of activity carried out and to the existence of any discrepancies, and, in any case, compliance with the latter (also in this case taking into account of the type of activity and the relevance of any non-compliance with the BAT Conclusions), is important for the purpose of ascertaining the illegality of the conduct. This because such authorizations contribute to defining the legal or authorizing parameter the violation of which is punished and non-compliance with which, if affecting the content, methods and results of the activity carried out, may determine the unlawfulness thereof, it being carried out on the basis of authorization not compliant with the relevant BAT Conclusions for the purposes of this activity or in violation of such conclusions”.

³⁵ In criminal law scholarship, the first comments on the sentence were critical: see ALEX H. BELL, *L’inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione*, cit., p. 30 ff.; N. PISANI, [Best Available Techniques \(BAT\) e abusività della condotta nel traffico illecito di rifiuti](#), in *Lexambiente – Rivista Trimestrale di diritto penale dell’ambiente*, n. 2/2022, p. 67 ff.

Commission, the Member States have four years (running from publication of the BAT conclusions in the Official Journal of the European Union) to review any authorizations previously issued. In the meantime, plant managers can continue their activity on the basis of the authorization in their possession (art. 29-*octies* (11)). In the case at hand, the Court observed, the request for preventive seizure refers to BAT adopted by the European Commission on 10 August 2018 and published in the Official Journal of the European Union on 17 August 2018, so that the deadline for complying with these technical standards would expire on 17 August 2022. Up to then, they could at most be considered useful technical parameters, in any case non-binding, the violation of which, therefore, could not result in the conduct being declared unlawful.

Following a new appeal by Rome’s Public Prosecutor’s Office, the Court of Cassation once again ruled on the matter and, again, annulled the order of the Court of first instance (judgment 39150/2022). This time, however, the Cassation did not rely, as in the 2021 ruling, on the direct applicability of the BAT, but on the fact that, according to the *Testo Unico Ambiente* (art. 29-*bis* (1)), as long as the BAT do not become binding, the authorization conditions must be based on documents periodically published by the European Commission in accordance with the directives on integrated pollution control and prevention (Directive 2008/1/EC, now replaced by the IED). These documents include the *BAT Reference Documents* or *BREFs* (i.e. the preparatory technical documents on the basis of which the EU Commission issues the BAT) which in the present case date back to 2006 and contain provisions very similar to those of the 2018 BAT. In particular, according to the BREF “*Waste Treatments Industries - August 2006*”, undifferentiated municipal waste containing some putrescible components cannot be subjected to mechanical treatment only, but must also undergo biological stabilization or drying treatment; that is, exactly the conduct which, in the present case, the operators of the plant under trial were accused of.

4. The relevance of the BAT in criminal matters, in the light of the principle whereby regulations must be knowable and penalties foreseeable

The position adopted by the Italian Court of Cassation, in the two judgments examined, with reference to the relevance of the BATs and the BREFs in determining the unlawfulness of the operator’s conduct, and therefore of its criminal liability for illicit trafficking of waste, raises various perplexities.

First of all, the judges do not clarify whether the operators’ conduct must be considered unlawful because it fails to comply with European technical standards, which were not implemented in the national authorization measure; or whether it is the authorization measure itself that must be considered incompatible with European standards, making the operator’s conduct unlawful because it complies with an illegal authorization. Adopting one approach or the other would probably not have changed the outcome of the decision, but at least it would have made the underlying reasoning clearer.

In any case, the outcome of the decisions appears to be open to criticism, on the basis of considerations concerning both European Union law and, more in depth, the fundamental principles of ascribing criminal liability.

As explained above, BAT conclusions are published by means of a decision of the European Commission explicitly addressed to the States. Therefore, these sources are not binding for individual operators, but for the national administrative bodies that issue authorizations³⁶. The same argument, *a fortiori*, applies to the BREFs, since they are, as seen, documents prodromal to the subsequent issue of the BAT conclusions. Of course, since these are technical requirements issued through a participatory procedure which, as we have seen, should guarantee compliance with the most recent scientific and technological knowledge, they should be taken into consideration, also by operators, as an asset useful for carrying out a dangerous activity while minimizing risks for the environment. In this perspective, the BAT and the BREFs could be used to demonstrate possible instances of negligence on the part of the operators, for example where a formally authorized activity has caused damage to the environment, and the operator's *mens rea* needs to be assessed³⁷.

It is something different, and much more disruptive, to exploit the rules dictated by the BATs and the BREFs with the aim of considering as substantially illegal an activity that is formally lawful, since it was carried out in accordance with an authorization that does not take into account those rules, and to consider that the automatic outcome is an instance of criminal liability for carrying out unlawful activity. Any assessment regarding the use of European technical standards to increase the level of environmental protection imposed on operators must in fact take into account the fundamental principles governing criminal liability. In this case, it is important to focus on the principles of the accessibility of offences and the foreseeability of criminal penalties³⁸. Both of these principles can be traced back to the more general principle of legality in criminal matters (*nulla poena sine lege*), enshrined both in national constitutions (the Italian Constitution provides for it in art. 25 (2)), and in art. 7 of the European Convention on Human Rights, as well as in art. 49 (1) of the EU Charter of Fundamental Rights (undoubtedly applicable in this matter, since it is an area in which the EU has

³⁶ Decisions addressed to the States, like directives, can be appealed to by individuals against States (vertical effect), provided the additional conditions of sufficient precision and expiry of the transposition deadline are met; however, they cannot be appealed to in relations between private individuals (horizontal effect) or *a fortiori* by a (non-performing) State against a citizen (reversed vertical effect). Cf. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, III ed., Sweet&Maxwell, 2011 p. 918.

³⁷ On negligence as a breach of the duty of care, see J. KEILER, D. ROEF (eds.), *Comparative concepts of Criminal Law*, 3rd ed., Intersentia, 2019, p. 195.

³⁸ For an extensive discussion of the topic, see M. FAURE, M. GOODWIN, F. WEBER, *The Regulator's Dilemma: Caught between the Need for Flexibility and the Demands of Foreseeability. Reassessing the Lex Certa Principle*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 24/2, p. 291 ff.

exercised its own competence)³⁹. The basic idea is that citizens must be able to foresee the criminal consequences of their actions, since otherwise they would be unable to trust in the lawfulness of their behaviour, exactly as would happen if a criminal law unfavourable to them were applied retroactively⁴⁰. The use of the technique of “blanket reference” or “legislation by reference” (i.e. the technique where substantive provisions of criminal law, when setting out the constituent elements of criminal offences, refers to legal provisions outside criminal law, such as the clause under examination) is not in itself incompatible with the requirements of accessibility and foreseeability, provided that both norms (the referencing and the referenced provision) taken together enable the individual concerned to foresee, if need be with the help of appropriate legal advice, what conduct would make him or her criminally liable⁴¹. Conversely, the lack of foreseeability can be due to various factors, such as the obscurity of the criminal law or of the law referred to, or a sudden change in case law⁴².

With respect to the matter under examination, we should distinguish between two different scenarios. On the one hand there are situations in which the authorization is illegitimate from the outset, as it is in conflict with the BAT conclusions already issued by means of a Commission decision published in the EU Official Journal. In these cases it can be assumed that the operator may be aware of the situation of illegality, and therefore that the criminal penalty is a predictable effect of its conduct. These cases could be equated to that in which new

³⁹ For an overview of the principle of legality in criminal matters and its articulations, in a comparative and supranational perspective, see J. KEILER, D. ROEF (eds.), *Comparative concepts of Criminal Law*, cit., Ch. III.

⁴⁰ The connection between legality, knowability of the regulations and foreseeability of the penalty, which the Constitutional Court in Italy has focused on since the sentence no. 364 of 1998 regarding the concept of innocent mistake in criminal law, has now also been clearly confirmed in the case law of the European Court of Human Rights: see Grand Chamber, *Del Rio Prada v. Spain*, 2013, para. 91: “When speaking of “law” Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability [...]. These qualitative requirements must be satisfied as regards both the definition of an offence and the penalty the offence carries”.

⁴¹ Cf. European Court of Human Rights, Grand Chamber, 29 May 2020, Advisory opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law. For the conclusion according to which, overall, the case law of the European Court does not yet offer a satisfactory level of protection of the foreseeability of the criminal penalty, see M. FAURE, M. GOODWIN, F. WEBER, *The Regulator’s Dilemma*, p. 315; V. MAIELLO, on the other hand, underlines the fundamental role that the rule of foreseeability has played in introducing a “hinge” between legislative legality and case law activism in [La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi](#), in *Sistema penale*, n. 3, 2020, p. 135.

⁴² See, with reference to a case in which criminal law intersects with administrative law, European Court of Human Rights, 10 October 2006, *Pessino v. France*, where the European Court recognized the violation of art. 7 ECHR in the fact that the national courts had for the first time charged an appellant with the offence of building without planning permission, when the appellant had continued the construction of a building despite a subsequent administrative decision suspending the building permit initially granted (and then effectively cancelled).

BAT have been published and the four years granted to the States to review authorizations previously issued have actually elapsed. Otherwise, moreover, the illegitimate authorization would become a factor of de-responsibilization, a pretext for carrying on an activity that is no longer permitted and therefore ultimately a factor of impunity.

On the other hand, there are situations in which the formally legitimate authorization does not comply with the new, more up-to-date European technical provisions, but the national legislator is still within the time limit to review the previous authorizations. In these hypotheses, if it were held that the operator’s conduct is “illegal”, we would find ourselves faced with the paradoxical situation whereby the European decision is not yet binding on national legislators (that is, on its only addressee), to whom a longer period of time is given for compliance; but is already so for the single operator, under threat of a criminal penalty. This solution, in addition to being contrary to the principle of the separation of powers, since it leads to a judicial modification of a legislative measure, involves an intolerable sacrifice of the trust placed by the operator in its own conduct and therefore the violation of the principle of accessibility of criminal regulations and foreseeability of penalty⁴³. In conclusion, in similar cases, coinciding with the one examined by the Court of Cassation in the sentences referred to above, the conduct cannot be considered “unlawful”⁴⁴.

Furthermore, the concept of trust also constitutes the limit through which to prevent the protective function of the “unlawfulness” clause from turning into an undesirable factor of impunity. In other words, the operator could not invoke the formal legitimacy of its activity in the face of clear alarm signals, just as a motorist who has caused an accident cannot defend himself by appealing to formal compliance with a speed limit if the actual circumstances made it clear there was a need to further reduce speed or even stop the vehicle. *A fortiori*, an operator could not seek protection behind formal compliance with an authorization if⁴⁵, by means of corrupt activities⁴⁶, or even simply by concealing information of which it was aware, it unduly influenced the decision-making process on which its authorization was based. On the contrary, according to authoritative Italian criminal law scholarship, it would be possible to derive from the precautionary

⁴³ Along these lines, see N. PISANI, *Best Available Techniques (BAT) e abusività della condotta nel traffico illecito di rifiuti*, cit., p. 74-75.

⁴⁴ In favour of this solution, on the basis of arguments in part coinciding with those developed here, see M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 1, 2018, p. 206 ff.

⁴⁵ Along these lines, see ALEX H. BELL, *L’inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione*, cit., p. 30. On the importance of the role of industries in the “Seville process” for drafting the BAT, on the asymmetrical availability of information and how this may negatively affect the quality of available information, see A. ZERI, *Deconstructing the Industrial Emissions Directive’s (2010/75/EU) Regulatory Standards*, cit., p. 187.

⁴⁶ Along these lines, see M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 1, 2018, p. 207.

principle, which as a rule is addressed to the authorities and not to the operators, a real obligation on the part of the operators to share information on the risks available to them, including information relating to situations of doubt regarding a certain risk situation, in order to contribute to the drafting of more effective preventive rules⁴⁷. These considerations should reassure those interpreters, such as the Italian Court of Cassation, which have expressed concern that an excessive focus on formalities may result in undue de-responsibilization of polluters.

5. Concluding remarks: the “unlawfully” clause as an expression of “allowed risk”

The above analysis has highlighted that there are still some issues to be resolved in relation to the correct interpretation of the “unlawfully” clause. In the background emerge a series of interests worthy of protection, which often appear in conflict with each other: private economic initiative and environmental wellbeing; the protection of the trust placed by operators in the legitimacy of activity compliant with administrative authorizations; and the responsibility of the operators themselves in the face of conduct dangerous to the environment. In reality, if correctly interpreted, the “unlawfully” clause should allow for the reconciliation of the interests at stake, establishing reasonable points of equilibrium that allow for their coexistence.

To this end, it may be useful to relate the function of the “unlawfully” clause to a broader concept of the general theory of crime, that of “acceptable risk”⁴⁸. This is an old concept, coined to justify the exclusion of culpable liability in the event of the occurrence of foreseeable harm caused by the exercise of dangerous yet socially useful activities, such as the construction of bridges and tunnels, the trade in alcohol and tobacco, the movement of motor vehicles and so on. Acceptable risk is based on the awareness that, when dealing with inherently dangerous human activities, there are basically two viable solutions: either the activity in question is prohibited altogether (as happened in Italy, for example, with respect to the extraction of asbestos or the production of nuclear energy); or it is authorized within certain limits, which are the result of balancing interests, considered in the light of scientific knowledge but also of political assessments⁴⁹.

⁴⁷ G. FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 155 ff.; for a more radical view, in favour of basing liability also on the failure to search for new information, in the light of which preventive standards should be raised with respect to those formally envisaged (“development risk liability”), a view moreover tempered by recourse to the mechanism of “prospective overruling”, see M. FAURE, M. GOODWIN, F. WEBER, *The Regulator’s Dilemma*, cit., p. 340 ff.

⁴⁸ In favour of this approach, see C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, 2021, p. 258.

⁴⁹ On the notion of acceptable risk in Italian criminal law, with extensive references to the corresponding German theory of *erlaubtes Risiko*, see V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1988, p. 56 ff.; 140 ff.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 457 ff.; F.

When this second solution is opted for, as happens for the activities regulated by the BATs, it is completely normal for the limits of what is allowed to change over time, in line with changes in social consciousness and/or technical and scientific progress. But that does not mean that operators may be held criminally liable for conduct that complies with previously permitted risk levels. In fact, this would mean violating the rationale underlying the principle of unfavourable non-retroactivity, sacrificing the trust legitimately placed by the operator on the legitimacy of its actions and imposing a criminal penalty that was unforeseeable *ex ante*.

It is not important here to join the academic dispute on acceptable risk, and in particular regarding the category of offence to which it belongs (*actus reus*, justifications or culpability); and whether it is a concept that merely repeats conclusions based on other principles (certainty of law, separation of powers, non-retroactivity, accessibility and foreseeability) or is a principle which independently restricts the scope of criminal liability⁵⁰. What is important is to highlight how the reasoning behind this concept, i.e. the acceptance that risks cannot always be eliminated but must be tolerated within certain limits, could be useful in trying to change the direction of case law, which, as examined above, is often characterized by an excessively repressive attitude towards private operators.

Bibliography

G. Amendola, [Il disastro ambientale abusivo non è stato imposto dalla UE ma per introdurre nella nostra legislazione ambientale una restrizione della normale responsabilità penale delle industrie](#), in www.lexambiente.it, 26 June 2015

G. Amendola, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in www.lexambiente.it, 17 March 2015

Alex H. Bell, [L'inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione. Quel che è stato detto e quel \(tanto\) che resta da dire sui confini applicativi dell'art. 452-bis cod. pen.](#), in *Lexambiente - Rivista Trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2022, 3, 15

M. Bosi, [Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, 1, 196

F. Consulich, *Rischio consentito*, in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, Enciclopedia del Diritto I tematici, II-2021, 1102

CONSULICH, *Rischio consentito*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, Enciclopedia del Diritto I tematici, II-2021, p. 1102 ff.

⁵⁰ For an overview of this debate, see F. CONSULICH, *Rischio consentito*, cit., p. 1109 ff.

- A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Giappichelli, 2018
- M.G. Faure, M. Visser, *How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, 4, 316
- M. Faure, M. Goodwin, F. Weber, *The Regulator's Dilemma: Caught between the Need for Flexibility and the Demands of Foreseeability. Reassessing the Lex Certa Principle*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 24/2, 283
- G. Forti, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 155
- G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990
- A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, Pacini Giuridica, 2021
- J. Keiler, D. Roef (eds.), *Comparative concepts of Criminal Law*, III ed., Intersentia, 2019
- M.A. Labarile, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013, 1, 1
- K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, III ed., Sweet&Maxwell, 2011
- S.F. Mandiberg, M. G. Faure, *A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 2009, 34, 447
- V. Maiello, [La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi](#), in *Sistema penale*, 2020, 3, 129
- J. Maśnicki, *Decentralised Application of the BAT Conclusions*, in *European Energy and Environmental Law Review*, April 2018, 48
- V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1988
- A. Milone, *L'autorizzazione integrata ambientale dopo il d. lgs. n. 128/10*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2011, 4, 145
- M. Palmisano, [Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto](#), in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 2018, 1, 93
- M. Palmisano, [Il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti nell'applicazione giurisprudenziale](#), in *Lexambiente – Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'ambiente*, 2022, 3, 23
- N. Pisani, [Best Available Techniques \(BAT\) e abusività della condotta nel traffico illecito di rifiuti](#), in *Lexambiente – Rivista Trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2022, 2, 67

C. Ruga Riva, *La nuova disciplina dei delitti ambientali*, in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro l’ambiente e il territorio*, volume del *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, II ed. Giappichelli, 2019, 81

C. Ruga Riva, [Il nuovo delitto di inquinamento ambientale](#), in www.lexambiente.it, 23 June 2015

C. Ruga Riva, *Diritto penale dell’ambiente*, IV ed., Giappichelli, 2021

S. Vernile, *L’autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell’ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 6, 1697

A. Zeri, [Deconstructing the Industrial Emissions Directive’s \(2010/75/EU\) Regulatory Standards: A Tale of Cautious Optimism](#), in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2013, 1, 173