UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO VI

ANNALI 2018
DEL DIPARTIMENTO JONICO

EDIZIONI JSGE

http://edizionidjsge.uniba.it/ • ISBN - 978-88-9428-103-3

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO
Bruno Notarnicola

DIRETTORE DEGLI ANNALI
Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO
Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Domenico Garofalo,
Francesco Mastroberti, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano,
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio,
Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Daniela Caterino,
Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato, Ivan Ingravallo,
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino,
Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza,
Paolo Pardolesi, Giovanna Reali, Umberto Salinas,
Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE
Patrizia Montefusco

Contatti:
Prof. Nicola Triggiani
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco
Via Duomo, 259 74123 Taranto, Italy
e–mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595
http://edizionidjsge.uniba.it/

ANNALI 2018
DEL DIPARTIMENTO JONICO

ANNO VI

EDIZIONI SGE

INDICE

Gli Autori 11

SAGGI

Mario Angiulli
Aree deforestate e provvidenze di salvaguardia territoriale per mancato reddito 17

Silvia Bellino
Il "prezzo della libertà" tra prescrizioni normative, vincoli ed equità 27

Cosima Ilaria Buonocore
Le tutele processuali speciali nei rapporti di lavoro 39

Lucianna Cananà, Antonella Zella
Esercizi di diritto: clausole illegittime nel leasing *traslativo* 55

Alessio Caracciolo
Sul prevalente interesse del bambino nato a seguito del ricorso alla maternità surrogata 63

Francesco Carrieri
Paradossi della testimonianza tra cinema e letteratura 79

Annamaria Dentamaro
L'autonomia contrattuale dei soci tra tecniche rappresentatative delle azioni e indici di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali. Brevi riflessioni 95

Mino Ianne
Spazi di tutela del paesaggio ambientale: il punto di vista filosofico e giuridico dei Greci 115

Michele Indellicato
E. Mounier: Maestro del terzo millennio 127

Ignazio Lagrotta
La democrazia senza partiti 137

Michele Liberio
Sulla non tassabilità delle plusvalenze derivanti dalla vendita infraquinquennale di immobili adibiti ad abitazione principale anche se accatastati ad uso ufficio 157

Luca Mannarelli
La tutela INAIL del lavoratore agile 169

Marina Moretti
La filiazione nell'ordinamento giuridico inglese: the status of the child 185

Concetta Maria Nanna
La riconoscibilità dei figli "incestuosi", tra paternalismo legislativo e prospettive di interpretazione evolutiva 201

Krzysztof Orzeszyna
The right of conscientious objection in a democracy in light of polish legal solutions 223

Chiara Palagiano
*La tranquillità violata. Il c.d. "*stalking *condominiale"* 239

Pietro Francesco Palmariggi
Accertamento e riscossione dei tributi comunali tra efficienza, economicità e funzionalità 251

Ferdinando Parente
Sistemi cibernetici, autoapprendimento integrale e intelligenza connettiva 265

Giuseppe Ruggiero Parente
Le disposizioni anticipate di trattamento: riflessioni e spunti sulla recente legge italiana 273

Salvatore Antonello Parente
Questioni controverse in tema di determinazione della rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica: il caso delle torri eoliche 281

Francesco Perchinunno
L'autodichia: parametri di legittimità costituzionale e garanzie giurisdizionali 307

Dorella Quarto
La costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: il caso "Ilva" 333

Giuseppe Antonio Recchia
Brevi note su flessibilità e precarietà del lavoro 349

Angelica Riccardi
Dalle "disposizioni urgenti" alla "disciplina organica" e ritorno: le continue riforme della somministrazione di lavoro 365

Paola Romito
L'autotutela decisoria: qualche riflessione sui poteri della stazione appaltante a seguito dell'aggiudicazione 389

Mario Santoro
Evoluzioni ermeneutiche sul regime impugnatorio delle ordinanze in tema di messa alla prova 403

Maria Laura Spada
In tema di appellabilità delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità necessaria 423

Francesco Sporta Caputi
La procedura di sovraindebitamento ex legge n. 3/2012: problemi interpretativi aperti e possibili soluzioni esegetiche 439

Alma Lucia Giuseppina Tarantino
Smart Villages*: pratiche innovative per la valorizzazione dei borghi antichi* 459

Umberto Violante
Neoformalismo negoziale e giudice legislatore 479

Eleonora Zizzo
Le zone economiche speciali: tra successo europeo e débâcle *italiana* 487

VITA ACCADEMICA

Giuseppe Buffon
Santi e città: il contributo francescano alla giustizia sociale e allo sviluppo socioeconomico 509

Danila Certosino
Processo penale minorile e meccanismi di diversion 543

Francesco Mastroberti
The Part II of the Code for the Kingdom of the Two Sicilies: an "excellent" criminal code in a despotic state 563

Federica Monteleone
Il frate di Assisi e il pontificato di Bergoglio secondo lo storico Franco Cardini 571

Francesco Perchinunno
Brevi considerazioni sull'attualità della Carta costituzionale 583

Gaetano Quagliariello
Piero Lacaita, l'editore ideale. Il libro come viaggio: dal paese al mondo 597

Emanuele Stolfi
Successioni a causa di morte e tradizione civilistica. Uno scenario pre–moderno 603

Nicola Triggiani
Considerazioni sulle proposte di legge in tema di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo 629

PROPOSTE DI LETTURA

Francesco Guastamacchia 637
[Marco Cavina, *Maometto Papa e Imperatore*, Collana "I Robinson", Bari, Editori Laterza, 2018, pp. 176, ISBN 9788858133187]

Michele Pepe 641
[Giovanni Minnucci, *Alberici Gentilis De papatu Romano Antichristo. Recognovit e codice autographo bodleiano d'Orville 607*. Archivio per la Storia del Diritto Medioevale e Moderno – Studi e Testi, Miscellanee raccolte da Filippo Liotta. Milano, Monduzzi, 2018, pp. CLXI-355]

Angelica Riccardi 645
[Domenico Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, in Mazzotta O. (diretta da), *Biblioteca di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, Vol. I – Disciplina pubblicistica, pp. 976, ISBN 9788892111196, Vol. II – Disciplina lavoristica, pp. 400, ISBN 9788892111202]

GLI AUTORI

Mario Angiulli – *Dottore di ricerca in Pubblica Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Università di Bari "Aldo Moro"*

Silvia Bellino – *Cultore di Diritto Processuale Penale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Giuseppe Buffon – *Professore Ordinario di Storia della Chiesa Moderna e Contemporanea, Pontificia Università Antonianum*

Cosima Ilaria Buonocore – *Professore a contratto di Diritto dell'Esecuzione Civile, Università di Bari "Aldo Moro"*

Lucianna Cannanà – *Professore Aggregato di Matematica Finanziaria, Università di Bari "Aldo Moro"*

Alessio Caracciolo – *Dottorando di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari "Aldo Moro"*

Francesco Carrieri – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari "Aldo Moro"*

Danila Certosino – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto Processuale Penale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Annamaria Dentamaro – *Professore Associato di Diritto Commerciale, Università di Foggia*

Francesco Guastamacchia – *Dottore in Giurisprudenza – Specialista in Professioni Legali, indirizzo giudiziario–forense, Università di Bari "Aldo Moro"*

Mino Ianne – *Dottore di Ricerca in Filosofia Antica, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

Michele Indellicato – *Professore Associato di Filosofia Morale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Ignazio Lagrotta – *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Bari "Aldo Moro"*

Michele Liberio – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari "Aldo Moro"*

Luca Mannarelli – *Dottorando di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari "Aldo Moro"*

Francesco Mastroberti – *Professore Ordinario di Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università di Bari "Aldo Moro"*

Federica Monteleone – *Professore Aggregato di Storia Medievale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Marina Moretti – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari "Aldo Moro"*

Concetta Maria Nanna – *Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bari "Aldo Moro"*

Krzysztof Orzeszyna – *Head of the Department of Human Rights of the Catholic University of Lublin – KUL (Poland)*

Chiara Palagiano – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari "Aldo Moro"*

Pietro Francesco Palmariggi – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari "Aldo Moro"*

Ferdinando Parente – *Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bari "Aldo Moro"*

Giuseppe Ruggiero Parente – *Specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni – Coordinatore sanitario e Responsabile medico di RSA*

Salvatore Antonello Parente – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto Tributario, Università di Bari "Aldo Moro"*

Michele Pepe – *Dottore di Ricerca in Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università di Bari "Aldo Moro"*

Francesco Perchinunno – *Professore Aggregato di Diritto Costituzionale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Dorella Quarto – *Dottoranda di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari "Aldo Moro"*

Gaetano Quagliariello – *Professore Ordinario di Storia Contemporanea, Università di Roma LUISS "Guido Carli" – Senatore della Repubblica*

Giuseppe Antonio Recchia – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto del Lavoro, Università di Bari "Aldo Moro"*

Angelica Riccardi – *Professore Aggregato di Diritto del Lavoro, Università di Bari "Aldo Moro"*

Paola Romito – *Dottoranda di Ricerca in Diritto, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari "Aldo Moro"*

Mario Santoro – *Collaboratore della Cattedra di Diritto Processuale Penale, Dipartimento Jonico, Università di Bari "Aldo Moro"*

Maria Laura Spada – *Professore Aggregato di Diritto dell'Esecuzione Civile, Università di Bari "Aldo Moro"*

Francesco Sporta Caputi – *Professore a contratto di Diritto Commerciale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Emanuele Stolfi – *Professore Ordinario di Diritto Romano, Università di Siena*

Alma Lucia Giuseppina Tarantino – *Dottore di Ricerca in Istituzioni e Politiche Comparate, Università di Bari "Aldo Moro"*

Nicola Triggiani – *Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale, Università di Bari "Aldo Moro"*

Umberto Violante – *Professore Associato di Diritto Privato Comparato, Università di Bari "Aldo Moro"*

Antonella Zella – *Dottore di Ricerca in Diritto dell'Economia, Università di Roma Sapienza*

Eleonora Zizzo – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari "Aldo Moro"*

SAGGI

MARIO ANGIULLI

AREE DEFORESTATE E PROVVIDENZE DI SALVAGUARDIA TERRITORIALE PER MANCATO REDDITO*

ABSTRACT

La deforestazione sta interessando l'intero pianeta causando cambiamenti climatici dannosi per gli ecosistemi. L'Autore, muovendo da detta constatazione, analizza i vantaggi della forestazione "spontanea" soffermandosi sull'assenza dei costi di impianto e di gestione, imputabili invece alla forestazione *ex novo*. Propone quindi, per il recupero delle aree boschive degradate, le stesse indennità compensative corrisposte agli imboschimenti di terreni agricoli dai PSR piani di sviluppo rurale regionali, in linea con "l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali", raccomandata dalle politiche ambientali dell'UE per lo sviluppo sostenibile.

The deforestation affects the whole planet and accounts for climate changes damaging the ecosystems. On these bases, the Author discusses spontaneous reforestation which favorably compares with ex novo forestation in terms of starting and maintaining costs. Accordingly, he proposes that spontaneous reforestation benefits from PSR (rural developmetn projects) contributions devoted to artificial reforestation. Such a measure would conform to "the careful and rational use of natural resources" central to the UE recommendations for an ecofriendly development.

PAROLE CHIAVE

Deforestazione / forestazione spontanea / indennità

Deforestation / spontaneous reforestation / benefits

SOMMARIO: 1. La gestione sostenibile degli ecosistemi forestali. – 2. Valenza economica ed ecologica della naturalizzazione delle aree boschive. – 3. Ipotesi di indennità compensative per mancato reddito.

1. La definizione del concetto di sviluppo sostenibile, in linea generale, appare problematica[1].

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. In ordine al rapporto ambiente–sviluppo, le difficoltà di inquadramento della nozione di sviluppo sostenibile già appaiono nel contestato rapporto Meadows (1972) «*The Limits to Growth*» laddove risulta teorizzata la necessità di porre un freno alla crescita della civiltà industriale, evidenziando – come

L'accezione utile per il giurista è quella che meglio configura il rapporto tra lo scopo da conseguire, i mezzi leciti ed i limiti posti attraverso regole, cui non risulti estraneo il principio di prevenzione[2].

In tale prospettiva, nel settore forestale, l'Agenda 21, risalente alla Conferenza di Rio del 1992, recepita interamente dall'Agenda 2030 del 2015, nel capitolo undicesimo (Lotta alla deforestazione – Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente) formula criteri e linee guida valide per la gestione, la conservazione e lo sviluppo sostenibile delle foreste.

La disposizione comunitaria ripropone gli obiettivi identificati dal Vertice di Rio nel 1992[3] e sviluppati l'anno successivo dalla Conferenza di Helsinki[4] sulla conservazione della biodiversità delle foreste europee.

Tali obiettivi sembrano includere nella gestione sostenibile sia la tutela dell'ambiente, sia la salvaguardia dei beni ambientali.

Subito dopo il Vertice di Rio e la Conferenza di Helsinki, alla nozione di gestione sostenibile si associa quella di biodiversità, spostando l'attenzione da un problema quantitativo ad un problema qualitativo, essendo la diversità un segno distintivo della natura, posto alla base della stabilità ecologica.

Nell'assolvimento di tale ruolo, infatti, la diversità sana le molteplici turbative che l'intervento umano produce all'interno degli ecosistemi; e viene ad identificarsi non solo con il problema della salvaguardia delle specie vegetali ed animali rari o in via di estinzione ma con la funzione di recupero degli stessi ecosistemi.

Nel 1934 il botanico pugliese Enrico Carano[5] mutuò da Gregoròvius[6] la definizione della Murgia come terra delle querce, sia per evidenziare le imponenti formazioni forestali che un tempo si estendevano senza soluzione di continuità da mare a mare, sia perché i querceti rappresentavano – e rappresentano – l'aspetto vegetazionale più importante del nostro territorio[7].

sottolineato dal rapporto Goldsmith dello stesso anno «*A Blueprint for Survival*» – che una crescita esponenziale continua in un ambiente finito è impossibile.

Per originali spunti dottrinali cfr. Uricchio, 2004, 145–156; Cordini e Venturi, 2011, 14.

2. Per una ulteriore chiarificazione cfr. Cordini, 1997, 92 ss.

3. La conferenza mondiale su ambiente e sviluppo, svoltasi a Rio de Janeiro nel 1992, rielaborando il rapporto Brundtland del 1987 «*Our Common Future*» ha proposto di non porre limiti ma vincoli allo sviluppo, spostando l'attenzione sulla compatibilità ambientale affinché la soddisfazione dei bisogni dell'uomo avvenga secondo uno schema di interventi essenziali volti ad assecondare le leggi della natura, riducendo ed eliminando i modi di produzione e consumo insostenibili (Principio ottavo della Dichiarazione finale del succitato Vertice di Rio).

4. Conferenza di Helsinki del 1993 sulla protezione delle foreste in Europa. In dottrina vedi per tutti Abrami, 2017.

5. Carano, 1934, 32–50; Id., 1934, 579–585.

6. Gregorovius, 1856–1877.

7. Sul tema cfr. De Giorgi, 1876.

La natura aspra e selvaggia di questa terra era esaltata da un impenetrabile manto forestale, il cui pallido ricordo è negli esigui lembi di bosco, tuttora utilizzati qua e là come integratori di pascolo.

Gli irrazionali interventi di disboscamento, operati dall'uomo, e la distruzione delle aree boschive percorse dal fuoco[8] hanno reso necessaria l'adozione di misure volte alla creazione di nuovi impianti e alla ricostituzione dei boschi impoveriti dal taglio incondizionato della massa legnosa.

Per l'utilizzo dei terreni già adibiti a seminativo e pascolo, particolarmente elevati risultano i costi della forestazione che, nell'area murgiana, predilige il fragno, il cui areale è strettamente balcanico.

Per quanto attiene infatti alle modalità dell'impianto, in riferimento al contesto ambientale, l'acqua rappresenta il fattore limitante per eccellenza, per il quale risulta escluso il ricorso ai contributi comunitari.

Alla gravità dell'onere dell'approvvigionamento idrico si aggiungono i costi relativi ad una particolare preparazione del terreno – da effettuarsi prima della piantumazione – che consenta un maggiore assorbimento di acqua.

Costi ancora più elevati comporta l'esecuzione delle operazioni di scavo necessarie per la messa a dimora delle piantine – prelevabili da vivai specializzati –, fino a 1600 unità per ettaro, tenendo conto della successiva selezione mediante diradamento. Alla realizzazione del progetto bisognerà infine aggiungere opere sussidiarie quali recinzioni, stradelle, chiudende.

Ulteriori oneri rinvengono dall'esecuzione dei lavori successivi riguardanti le annaffiature estive e la sarchiatura delle erbe infestanti[9].

2. Nel quadro generale delle spese di impianto e di gestione degli imboschimenti va rilevato che l'incentivazione premiale non ha conseguito gli obiettivi auspicati dai piani di sviluppo rurali regionali[10] che prevedevano un considerevole ricorso a detti strumenti, in quanto l'accesso è stato condizionato dagli elevati costi di insediamento, spesso incrementati da condizioni climatiche sfavorevoli.

Nessun costo di impianto comporta invece la forestazione spontanea cioè la naturalizzazione di aree deforestate e di seminativi di scarso valore, con incentivazione della conservazione delle specie floristiche arbustive (ad esempio lentisco[11],

8. Tamponi, 1990, 697 ss.; Parente, 2002b, 57 ss.

9. Castellaneta, 2002, 120–126.

10. Vedi PSR 2000–2006 Misura 2h Reg. CEE 2080/92, Reg. CEE 797/85 e Reg. CEE 2328/91, *Imboschimenti di terreni agricoli. Disposizioni integrative relative a pagamenti premi annuali e a gestione impianti.*

11. *Pistacia lentiscus* L. Anacardiacae, Le foglie, ricche di tannino, venivano usate per la concia delle pelli; dai frutti si estraeva l'olio per alimentare le lucerne e per ottenere sapone. Dalle incisioni fatte sul

corbezzolo[12], pero mandorlino[13], terebinto scornabecco[14], alaterno–legno puzzolo[15], cisto[16], corniolo[17], timo[18] nelle sue varianti tra cui il timo Marinosci nell'area salentina[19] ecc.)[20] destinate ad integrarsi con determinate specie floristiche arboree (carpino nero[21], orniello–frassino minore[22], roverella[23], leccio[24], fragno[25] ecc.) tipiche della macchia mediterranea nella progressiva colonizzazione operata dalle stesse[26].

A titolo esemplificativo la ricerca contempla l'abbandono della coltivazione di seminativi marginali, a stento utilizzabili, con rese minime[27], ricadenti nel Parco naturale regionale "Terra delle Gravine"[28] istituito in agro di Crispiano e Martina Franca con legge Regione Puglia del 20 dicembre 2005, n. 18.

tronco si ricava un mastice usato come masticatorio, Palombi, 2010, 20.

12. *Arbutus unedo* L. Ericaceae, Tale denominazione fu attribuita al corbezzolo dai Romani, che fu apprezzato in passato dai medici per la rilevante quantità di tannino. I frutti sono commestibili, le foglie trovano impiego in campo medico, Id, 170.

13. *Pirus communis, amygdaliformis*. È pianta spontanea diffusa negli incolti e nei vecchi tratturi, ideale portainnesto per il pero, 427.

14. *Pistacia terebinthus*. L. Anacardiacae, Ottimo come portainnesto e combustibile. È utilizzato in ebanisteria. I frutti si possono usare per aromatizzare carni. I semi hanno il gusto del pistacchio.

15. *Rhammus alaternus*. Le foglie sono ricche di tannino e non vengono consumate dal bestiame.

16. *Cistus incanus* L. Cistacee, *cistus incanus* produce una resina detta Ladano. Ancora oggi Cipro produce ed esporta il "ladano in massa" usato in profumeria, Id, 75.

17. *Cornus mas*. Arbusto delle Cornacee. Il legno, elastico, compatto e resistente si presta per i lavori al tornio. Dai frutti, dal sapore acidulo, si ricavano sciroppi e confetture.

18. *Thimus.* Pianta sempreverde diffusa nei luoghi aridi delle regioni mediterranee; le foglie della specie più comune sono usate in cucina come aromatizzanti e in profumeria e in farmacia per l'olio essenziale che se ne ricava. Tra le varie specie anche il *thimus spinulosus*, Id, 250.

19. *Thimus* Marinosci dal nome del medico–botanico Marinosci che la catalogò come nuova specie sotto il genere Thimus Marinosci; v. a riguardo Marinosci, 1870; De Giorgi, 1870.

20. Di queste specie le piante officinali sono state accuratamente catalogate e custodite in preziosi erbari soprattutto ad opera dei monaci delle Abbazie; in ordine all'*Erbarium* conservato dai monaci–farmacisti dell'Abbazia di Casamari, v. Buttarazzi, 2011– 2012, 16.

21. *Ostrja carpinifolia* (*carpino nero o carpinella*). Nella Murgia è presente nelle lame e nelle gravine.

22. *Fraxinus ornus*. Pianta delle oleacee. Il legno per la sua elasticità è usato per la fabbricazione di mobili, attrezzi sportivi e da lavoro.

23. *Quercus pubescens*. La roverella è presente nell'area mediterranea; il legno, normalmente impiegato come combustibile, è usato anche nella costruzione di imbarcazioni, Castellaneta, 2003, *ibidem.*

24. *Quercus ilex*. Il leccio è il componente principale della vegetazione mediterranea, Id. *ibidem.*

25. *Quercus troiana.* Il fragno è la quercia tipica della Murgia: vegeta solo in questa area dell'Italia e nelle regioni che si affacciano sul Mediterraneo orientale (ex Jugoslavia, Albania, Grecia, Bulgaria e Turchia), Id. *ibidem.*

26. La forestazione spontanea crea un sesto di impianto irregolare che è alla base del fascino del bosco e che la forestazione artificiale non consegue.

27. L'aggiornamento a standard di coltivazione accettabile comporterebbe spese irrecuperabili ed un impatto sullo stato dei luoghi, implicante anche la macinazione della roccia affiorante, in contrasto con la normativa di tutela dell'ambiente.

28. Angiuli, 2007, 253–256.

L'aggiornamento a standard di coltivazione accettabile di tali aree comporterebbe invece notevoli spese e un impatto sullo stato dei luoghi, implicando ad esempio la macinazione della roccia affiorante, vietata peraltro in particolari contesti, tra cui rientra il Parco delle Gravine.

L'abbandono ha consentito un progressivo rimboschimento spontaneo recuperando anche le antiche foreste distrutte in occasione della Grande Guerra per costruire le traversine delle ferrovie. E ciò che da un lato potrebbe sembrare un arretramento apparente da un punto di vista agronomico, dall'altro potrebbe essere considerata una scelta di buon senso ed un sostanziale progresso[29].

Piuttosto che insistere nella coltivazione di terreni poco produttivi con interventi difficilmente sostenibili nell'attuale fase di recessione – che sta interessando negativamente l'intero pianeta – appare molto più logico che questi recuperino spontaneamente l'aspetto più conveniente grazie a cui vengano a trasformarsi in ecosistemi, veri e propri depuratori di anidride carbonica[30].

A tal proposito bisogna precisare che gli allevamenti bovini non incidono positivamente sulla salubrità dell'ambiente, in quanto comportano un notevole dispendio di acqua, una modificazione strutturale del suolo a causa delle concimazioni delle foraggere e dello sviluppo del gas metano prodotto dalle deiezioni della specie bovina, con effetti capaci di peggiorare l'effetto serra.

Per questi motivi, in alcuni Paesi, tra cui la Spagna, è stato intensificato l'allevamento di specie frugali (ad esempio capre) in luoghi non coltivabili, come quelli descritti, favorendo la produzione di carni più salutari per la presenza di una discreta frazione di acidi grassi polinsaturi[31].

29. Nel contesto territoriale un esempio è offerto dal rimboschimento spontaneo che ha avuto luogo nell'area della masseria *Foresta sotto i monti*, in agro di Crispiano, località *Orimini* e di Martina Franca, località *Iazzo Casavola*. L'Ispettorato forestale competente ha espresso parere favorevole in ordine alla realizzazione della viabilità e delle misure antincendio operate dai proprietari, ritenendo la tipologia dell'intervento particolarmente idonea alla conservazione dell'habitat naturale e del paesaggio. La ricostituzione spontanea dell'area interessata ha favorito lo sviluppo di rari esemplari tipici della macchia mediterranea afferenti a specie floristiche e faunistiche a rischio di estinzione, non riscontrabili facilmente negli impianti forestali creati ex novo.

30. Un albero, quale ad es. una essenza arborea di alto fusto, in un contesto naturale lontano da fonti di inquinamento, può effettuare, nell'arco di un anno, un assorbimento di CO_2 compreso tra i 20 e i 45 Kg. (www.reteclima.it/l–albero–mangia–la–co2) per cui un ettaro di bosco contenente un migliaio di piante arboree, nella stessa unità temporale, potrà assorbire un quantitativo di CO_2 variabile da 20 a 45 tonnellate. In tale ottica il D.D.L della regione Puglia – Delibera Consiglio regionale 30. 11. 2012 – risulta finalizzato alla valorizzazione del bosco quale elemento fondamentale per la salvaguardia ambientale del territorio. Sul tema cfr. Abrami, 2017b.

31. L'ambiente sopra descritto viene associato idealmente alla dieta mediterranea i cui prodotti, caratterizzati nella prospettiva ecologica da un minore dispendio energetico per unità di prodotto standard rispetto alla dieta continentale, sono consigliati in particolare per il contenimento del rischio di

Dall'analisi dei benefici economici ed ecologici provenienti dalla tipologia dell'intervento proposto, al fine di assicurarne l'effettività, discende l'opportunità di introdurre misure incentivanti per i terreni destinati a imboschimento.

In tale prospettiva la naturalizzazione delle aree interessate favorirebbe la tutela della salute e del paesaggio, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 9 e 32 della nostra Costituzione, trovando adeguato riscontro nel TFUE laddove annovera, tra gli obiettivi delle politiche dell'UE in materia ambientale, "l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali[32]". I Vertici di Rio hanno raccomandato la gestione forestale sostenibile supportando le modalità di attuazione sinora delineate, per contrastare lo stato di recessione che sta interessando l'intero pianeta.

3. La nozione di reddito nell'excursus storico risulta ricondotta alla utilità che la cosa somministra senza diminuzione della sua sostanza e alla importanza economica connessa alla gestione della stessa[33].

Nella connessione tra norma giuridica e formulazione tecnica il termine fructus sembra costituire "il portato di una prospettiva rigorosamente giuridica che muove proprio da una formula tecnica e specialistica enucleata sulla base di reditus"[34].

La dottrina moderna ha cercato di individuare gli elementi caratterizzanti la nozione di fructus, ritenendo insoddisfacente la concezione fondata sul legame naturalistico che ancorava il frutto alla cosa madre e, in tale ambito, ha attribuito rilievo alla concezione di natura tributaria in base alla quale il frutto equivarrebbe all'utile netto (reditus) percepito da un capitale[35].

L'art. 29 del previgente T.u.i.r., riproposto senza modifiche dall'art. 32 del nuovo T.u.i.r., al primo comma, identifica il reddito agrario nella parte del reddito medio ordinario dei terreni imputabile al capitale di esercizio e al lavoro di organizzazione impiegati, nei limiti della potenzialità del terreno, nell'esercizio delle attività agricole sullo stesso e l'art. 31, riprodotto senza modifiche dall'art. 34 dello stesso T.u.i.r., al primo comma, ai fini della determinazione delle imposte sui redditi, dispone che *il reddito agrario è determinato mediante l'applicazione di tariffe d'estimo stabilite per ciascuna qualità e classe secondo le norme della legge catastale*[36].

patologie metaboliche, cardiovascolari e neoplastiche. In ordine agli effetti dell'olio d'oliva sull'invecchiamento v. Alejandro Vazquez–Martin, Salvador Fernández–Arroyo, Sílvia Cufí, Cristina Oliveras Ferraros, Jesús Lozano–Sánchez, Luciano Vellón, Vicente Micol, Jorge Joven; Antonio Segura–Carretero and Javier A. Menendez., February 2012, 15 (1): 3–21. Doi: 10. 1089/rej. 2011. 1203; Published in volume: 15 Issue 1: february 21, 2012.

32. Cfr. art. 191, par. 1 del TFUE, *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.*

33. D. 50. 16. 77. (Paulus 49 *ad Edictum*); cfr. in merito le osservazioni di Picciaredda, 2004, 173 ss.

34. Id.174.

35. Cardilli, 2000, 397.

36. D'Amati, 2003, 50–55. L'evoluzione storica non ha sostanzialmente modificato la nozione di

L'applicazione della disposizione alla silvicoltura, definita per traslato "coltivazione del bosco al fine di rendere evidente la somiglianza con la coltivazione della terra, che costituisce l'attività agricola per eccellenza" non pone particolari problemi ermeneutici: se la silvicoltura è la scienza che si occupa dell'impianto e del razionale sfruttamento dei boschi, in ordine alla determinazione del reddito, la relativa attività deve riguardare gli alberi considerati nella loro attitudine immediata e diretta a fornire il legname, da opera e da ardere[37].

Ai fini di chiarire ulteriormente quanto esposto, si propone l'attribuzione di una indennità compensativa a fronte della mancata coltivazione delle aree interessate per la ricostituzione spontanea della preesistente foresta. Ciò in quanto all'assenza di coltura conseguirebbe la perdita del relativo reddito.

L'autore del presente saggio, che ha ottenuto positivo riscontro dall'Ispettorato forestale territoriale per il recupero della già menzionata Foresta sotto i monti, nella comparazione con impianto forestale ex novo dallo stesso operato in località Colucci in agro di Martina Franca, riscontra i vantaggi economici ed ecologici connessi alla naturalizzazione dei terreni boschivi proponendo la corresponsione di misure incentivanti a favore del reinsediamento spontaneo di specie autoctone forestali. Trattasi di indennità compensativa per mancato reddito in linea con gli aiuti agli investimenti destinati ad accrescere la resilienza ed il pregio ambientale degli ecosistemi forestali previsti dal più recente programma di sviluppo rurale della Regione Puglia per la forestazione ex novo[38] laddove sottesa agli stessi obiettivi della forestazione spontanea.

reddito agrario; sul punto cfr. Id. 2010, 76; Uricchio, 2017, 123–128. In ordine alla nozione di reddito da attività agricole nella differenziazione dal reddito d'impresa, cfr. Angiulli, 2013, 19–34.

37. D'Amati, 2003, 53.

38. PSR 2014–2020 Programma di sviluppo rurale Regione Puglia, modificato da ultimo il 18/30 maggio 2017, Misura 8, *Aiuto agli investimenti destinati ad accrescere la resilienza e il pregio ambientale degli ecosistemi forestali –reinsediamento spontaneo di specie autoctone forestali.*

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Aa. Vv. (2012)., Vasquez–Martin A., Fernandez–Arrojo S., Cufi S., Oliveras Ferraros C., Lozano–Sanchez J., Vellon L., Micol V., Joven J., Segura–Carretero A. and Menendez J.A. *Phenolic secoiridoids in extra virgin olive oil as a source of novel antiaging phytochemicals*, Rejuvenation research. February 2012, 15 (1): 3–21. Doi: 10. 1089/rej. 2011. 1203; Published in volume: 15 Issue 1: february 21, 2012.

Abrami A. (2017). *Governo e territorio e disciplina giuridica dei boschi e delle aree protette*, 2ª Edizione. Roma: Aracne.

Abrami A. (2017). *Gli alberi in città o del problema del verde urbano*, consultabile nel sito *pensalibero.it* – periodico di informazione on line, 27 novembre 2017.

Angiuli A. (2007). *Il Parco Terra delle Gravine come strumento di tutela e valorizzazione dei beni costituenti l'area protetta*, in Atti del convegno *La protezione ambientale tra tecnologia e legislazione*, Università degli Studi di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di diritto privato, Taranto 23 novembre 2005, Tipografia Aquaro, maggio 2007, pp. 253 ss.

Angiulli M. (2013). Attività agricole e reddito d'impresa, consultabile nel sito *www.annalidipartimentojonico.org/index*1.1 negli *Annali di Facoltà,* 2013, pp. 19–34.

Brundtland G. H., Report 1987 *Our Common Future*.

Buttarazzi S. (2012). *Tradizione erboristica e farmacologica dell'Abbazia di Casamari*, in Atti del convegno di studi *Alimentazione, salute e ambiente*, Martano 1–2 ottobre 2011, Lecce 2012, p.16.

Carano E. (1934). Un nuovo elemento della flora meridionale d'Italia; l'Arum nigrum Schott. Var. apulum..., in *Ann. di bot*..., XX, 1934, pp. 579–585.

Carano E. (1934). *Il suolo e la flora delle Puglie*, in Atti d. Soc. ital. per il progresso delle scienze, Riunione XXII, Bari 1934, III, pp. 32–50.

Cardilli R. (2000). *La nozione giuridica di fructus*. Napoli: ESI, Collana Università di Salerno, pp. 397 ss.

Castellaneta A.M. (2003). *Il recupero forestale nella salvaguardia dell'ambiente. Tipologia di un intervento*, in Atti del convegno *Ambiente e territorio*, Università degli Studi di Bari, Dipartimento di diritto privato, Bari–Martina Franca 4–5 ottobre 2002. Martina Franca: Tipografia Aquaro, pp.120 ss.

Cordini G. (1997). *Diritto ambientale comparato*. Padova: Cedam, pp. 92 ss.

Cordini G. (2011). *Sviluppo sostenibile e autonomia gestionale. Profili di diritto comparato, in Lo sviluppo sostenibile nelle aree protette del mediterraneo*, Atti dell'XI convegno annuale dell'Associazione Club Giuristi dell'Ambiente, a cura di G. Cordini e A. Venturi, Roma, p.14.

Cordini G. (2012), a cura di, Atti del convegno di studi *Alimentazione, salute e ambiente,* Martano 1–2 ottobre 2011, Lecce, p. 16.

D'Amati N. (2003). *Le istituzioni dell'agricoltura*. *Diritto e ambiente*. Bari: Cacucci, pp. 50–55.

D'Amati N. (2010). *Sistema istituzionale del diritto tributario*. Bari: Cacucci, p. 76.

D'Ancona I. (2012), a cura di, Atti del convegno di studi *Alimentazione, salute e ambiente*, Martano 1–2 ottobre 2011, Lecce, p. 16.

De Giorgi C. (1870). Cenni biografici e critici sulla vita e sulle opere del dott. Martino Marinosci.

De Giorgi C. (1876). *Note geologiche sulla provincia di Lecce*.

Goldsmith L. (1972). Report *A Blueprint for Survival*.

Gregorovius F. (1877). *Wanderjahre in Italien*, 1856–1877.

Marinosci M. (1870). *Flora salentina*, Collana scrittori di terra d'Otranto (a cura di Grande S.), Lecce 1870.

Meadows D.L. Report (1972). *The Limits to Growth*.

Palombi D. (2010). *Erbario Salentino*. Lecce: Edizioni Grifo, pp. 20, 75, 170, 250, 427.

Parente F. (2003). *Il regime vincolistico delle terre percorse dal fuoco*, in Atti del convegno *Ambiente e territorio*, Università degli Studi di Bari, Facoltà di giurisprudenza, Dipartimento di diritto privato, Bari–Martina Franca 4–5 ottobre 2002. Martina Franca: Tipografia Aquaro, pp. 57 ss.

Tamponi M. (1990). *Gli incendi forestali nella legislazione italiana nazionale e regionale*, in Atti IV Giornate camerti di diritto agrario comunitario, Camerino 26 e 27 ottobre – Lerida 2 e 3 novembre 1990, pp. 697 ss.

Uricchio A. F. (2005). *Strumenti finanziari di tutela ambientale*, in Atti del convegno "*La realtà culturale nella tutela del paesaggio*", Università degli Studi di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di diritto privato, Bari–Taranto 25–26 giugno 2004. Martina Franca: Tipografia Aquaro, pp. 145 ss.

Uricchio A. F. (2017). *Percorsi di diritto tributario*. Bari: Cacucci, pp. 123–128.

SILVIA BELLINO

IL "PREZZO DELLA LIBERTÀ" TRA PRESCRIZIONI NORMATIVE, VINCOLI ED EQUITÀ*

ABSTRACT

L'indennizzo da corrispondere per la riparazione dell'ingiusta detenzione subita deve essere regolamentato dalle norme processuali penali e dovranno restare estranei i precetti civilistici posti dall'ordinamento che tutelano il risarcimento danni da fatto illecito; pertanto, non può consentirsi la duplicazione di voci di danno già autonomamente e direttamente compensate, il cui riconoscimento comporterebbe forme di locupletazione sull'ingiusta detenzione, ferma restando, però, la corresponsione del risarcimento del danno morale ed esistenziale laddove realmente accertato.

The indemnity for the reparation of the unjust detention has to be regulated by the criminal laws and must remain far from dispositions that protect the compensation for damages from illicit fact, therefore, cannot allow the duplication of reasons damage already directly compensated, the recognition of which would involve forms of unlawful imprisonment, without prejudice, however, the payment of compensation for moral and existential damage has to be payed it is actually established.

PAROLE CHIAVE

Processo penale / ingiusta detenzione / indennizzo

Criminal process / unjust detention / indemnity

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Riconoscimento del "prezzo della libertà". – 3. Riflessioni sull'interpretazione giurisprudenziale. – 4. I criteri di quantificazione del danno da ingiusta detenzione. – 5. La tesi dei burocrati. – 6. Conclusioni.

1. L'istituto della riparazione per ingiusta detenzione deve la sua connotazione giuridica più all'interpretazione giurisprudenziale che alla penna del legislatore. Questo, infatti, ha dedicato all'istituto in esame una disciplina assai scarna, i soli artt. 314 e 315 cod. proc. pen. che, connotando poco di darti certi la fattispecie,

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

favoriscono numerose interpretazioni della giurisprudenza, alla quale resta affidato il compito di delineare in maniera più articolata l'ambito di operatività della disciplina in argomento[1].

Uno dei temi più dibattuti attiene, senza ombra di dubbio, il *quantum* da corrispondere a titolo di equo indennizzo, ovvero quel *quid* cui aspira ciascun legittimato attivo alla richiesta. È proprio in ordine a questo "prezzo della liberta'" ed alla relativa corresponsione che la norma mostra tutti i limiti della sua esiguità, laddove per determinarlo è prescritto *ex lege* il solo limite massimo, lasciando al giudicante l'onere della decisione, nonché quello, più importante, della quantificazione.

2. La riparazione per ingiusta detenzione è un istituto assolutamente inedito per la tradizione codicistica italiana[2], che lo relegava nell'oblio, non prevedendo alcun correttivo riparatorio in favore della vittima dell'errore giudiziario, perché l'istituto deve considerarsi una declinazione della fattispecie più generica di danno derivante da errore giudiziario[3].

1. In tal senso si legga Di Lernia, 2012, 287 ss., in cui l'autore stigmatizza con chiarezza come «lo scarno riferimento codicistico, relativo ad un istituto alquanto complesso e suscettibile di varie applicazioni, ha determinato la necessità di molteplici interventi da parte sia della Corte costituzionale sia della Corte di cassazione a Sezioni Unite».

2. In tal senso Aa.Vv., 2016, 500 ss., in cui gli autori ricostruendo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sull'istituto sottolineano l'importanza dell'attività connotativa operata dalle corti di legittimità e costituzionale, la cui funzione ha permesso all' interprete di trarre più di un'indicazione per la ricostruzione sistematica dell'istituto in chiave garantista. La Corte è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale delle norme in materia di riparazione per ingiusta detenzione e dalle sue pronunce è possibile cogliere una forte spinta etica verso l'affermazione di maggiori garanzie in favore di chi abbia subito una temporanea limitazione della libertà personale, a causa di un errore anche se incolpevole, commesso nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In questo senso deve essere letto il principio, affermatosi già precedentemente all'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, espresso nella sentenza C. Cost. n.1/ 1969: premesso che « l'ultimo comma dell'art. 24 della Costituzione enuncia un principio di altissimo valore etico e sociale, che va riguardato quale coerente sviluppo del più generale principio di tutela dei *diritti inviolabili dell'uomo*" (art. 2 Cost.)», si pone chiaramente in evidenza l'importanza e la peculiarità di una disciplina che, ancora *in nuce* per ciò che concerne gli aspetti di garanzia sviluppati successivamente dal legislatore, anche mediante l'introduzione dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, rivela la sua natura di principio etico fondamentale affermando il diritto del cittadino ad ottenere un *giusto ristoro* per le conseguenze personali e patrimoniali derivanti dall'errore commesso nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Nella sentenza testè citata, la Corte sembra dar corpo ad una nuova figura di riparazione, costituente dunque una *species del genus* errore giudiziario, con il quale condividere presupposti e finalità ma non confini operativi.

3. Sebbene Iannelli, 2005, 733 lo consideri come una replica concettualmente e strutturalmente della riparazione dell'errore giudiziario. È proprio in attuazione della comune funzione normativa dispiegata dai due istituti che il legislatore delegato ha previsto un «fisiologico processo osmotico» tra le relative discipline: le regole fissate negli artt. 644–647 cod. proc. pen. sono applicabili, in quanto compatibili, in materia di ingiusta detenzione (art. 315, co. 3, cod. proc. pen.).

Prima del 1948, anno di entrata in vigore della Costituzione, l'istituto della riparazione dell'errore giudiziario era possibile esclusivamente quale mero ristoro economico riconosciuto al soggetto che, ingiustamente detenuto a causa di una sentenza erronea[4], accertata tale in seguito ad un giudizio di revisione, si trovava in uno stato di indigenza, che necessitava di un intervento riparatore per aver inciso, aggravandola oggettivamente, su una situazione di debolezza economica evidentemente preesistente.

La fonte dell'indennizzo non era ravvisata tanto nell'errore giudiziario che aveva ingiustamente privato il soggetto della propria libertà, bensì nella condizione economica, personale e familiare, dell'avente diritto che, soltanto perché bisognoso, poteva accedere al beneficio economico[5].

I casi di riparazione per ingiusta detenzione si devono tuttavia distinguere da quelli di riparazione derivante da errore giudiziario: per i primi si ha la detenzione subita in via preventiva, prima dello svolgimento del processo, e perciò prima della condanna eventuale, mentre per i secondi, si tratta di una condanna, spesso già eseguita, o alla quale, comunque si sia già dato corso, oggetto di un successivo giudizio di revisione[6].

Continuando l'*excursus* normativo sull'istituto, è l'art. 24, co. 4 della Costituzione che statuisce che la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione dell'errore giudiziario e che di fatto introduce, quindi, nel sistema delle garanzie costituzionali, il diritto soggettivo alla riparazione economica derivante dal riconoscimento dell'erroneità di una sentenza accertata in un giudizio di revisione.

È solo grazie alla legge–delega 16.2.1987, n. 81, però, che detta fattispecie fa ingresso nel panorama processualpenalistico italiano: infatti, la riparazione pecuniaria per ingiusta detenzione[7] è stata introdotta con l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, in ossequio ad un obbligo sancito dall'art. 5 par. 5 C.e.d.u.

Le fonti normative della riparazione per ingiusta detenzione si possono riassumere, pertanto, in tre categorie: i principi internazionali in tema di garanzie dei

4. Per un'analisi storica puntuale dell'istituto si legga Coppetta, 1993, 3 ss., nonché Rivello, 1997, 327.

5. Cfr. Catania, 2014, 1.

6. Concas, 2017, 1.

7. Si legga Rivello, 1997, per cui l'istituto in esame risponde ai rilievi critici mossi dalla dottrina, che riteneva ingiustificata la limitazione della riparazione pecuniaria al solo errore giudiziario, nella cui nozione si ritenne che dovesse rientrare tutta quell'area attinente alla privazione della libertà personale che, quantunque non collocabile nella disciplina positiva dell'errore giudiziario, e cioè del riconoscimento dell'erroneità di una decisione in seguito ad un giudizio di revisione, tuttavia era accomunata a questa quanto agli effetti derivanti dall'ingiusta privazione della libertà, auspicando l'ampliamento dell'area della tutela riparatoria a tutte quelle situazioni nelle quali il diritto di libertà, ingiustamente sacrificato per errore giurisdizionale, era meritevole di tutela economica analogamente a quanto avveniva in seguito alla revisione del giudicato erroneo.

diritti umani; le norme interne di rango costituzionale; la legge–delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale; gli artt. 314–315 cod. proc. pen.

Per quel che attiene le norme di rango internazionale, giova ribadire come l'art. 5, par. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dispone che ogni persona vittima di arresto o di detenzione abbia diritto ad una riparazione, inserendo, invece, solo nell'art. 3 del VII Protocollo il diritto alla riparazione per errore giudiziario. Mentre l'art. 9, par. 5 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, a sua volta, prevede che chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali abbia diritto ad un indennizzo, sancendo la riparazione per errore giudiziario all'art 14 par. 6.

Entrambe le fonti normative internazionali fanno salva la distinzione tra le due fattispecie, quasi mostrando una forma di automatismo nel diritto all'indennizzo, indipendentemente dal comportamento serbato dal soggetto gravato dalla misura restrittiva, poiché la fattispecie ingiusta detenzione resta riconducibile a forme di illegittimità *ex ante* della detenzione, mentre una causa di esclusione dall'indennizzo , fondata su comportamenti imputabili alla "persona" ingiustamente detenuta, sarebbe, invece, prevista solo in caso di errore giudiziario[8].

Tali disposizioni sono state recepite nel nostro ordinamento, in virtù del fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata ratificata con legge 4.8.1955 n. 848, e il Patto internazionale reso esecutivo con legge 25.10.1977 n. 881, per cui è sorto l'obbligo del legislatore di disciplinare con legge ordinaria tale materia nel pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona, che hanno valore universale.

Tale rinvio alla legge ordinaria è anche previsto dalla Costituzione, la quale prevede all'art. 24, ultimo co., che la legge determini le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari[9].

A sua volta, l'art. 13 Cost. sancisce l'inviolabilità della libertà personale conseguendone la necessità di una disciplina particolare per gli errori in tema di custodia cautelare, sia essa subita in carcere sia agli arresti domiciliari, in quanto misure detentive applicate prima della sentenza definitiva e, quindi, nella sola ipotesi che ci sia una previsione di un'alta probabilità di condanna, trattandosi di un valore fondamentale nello Stato di diritto che può essere sacrificato solo in presenza di gravi indizi di colpevolezza e di esigenze cautelari specificamente individuate.

8. Coppetta, 1193, 86, ove si legge come le due forme riparatorie previste dalla normativa internazionale siano legate a valutazioni da operare *ex ante*. In tal senso non può non considerarsi come la Corte europea dei diritti dell'uomo ritenga che la fattispecie così come descritta dal legislatore italiano sia assorbente della valutazione di illegittimità della custodia come si legge in C.e.d.u. 2.10.2002, *Pisano c. Italia*.

9. Per una più ampia disamina, si legga Corso, 2012, 389 e ss.

Infine, la legge–delega 16.2.1987 n. 81 all'art. 2, co. 1, n. 100 ha concretizzato l'inserimento normativo di una disciplina per la previsione del rimedio idoneo a compensare, in chiave solidaristica, gli effetti pregiudizievoli patiti dalla vittima di una indebita privazione della propria libertà[10], disponendo che la disciplina afferente sia la riparazione dell'ingiusta detenzione sia l'errore giudiziario debba essere attuata nell'ambito di un procedimento le cui linee guida debbano essere contenute nel cod. proc. pen., previsione che consente di determinare con certezza la natura dell'istituto nella legislazione vigente, attraverso una collocazione in sintonia con le disposizioni delle convenzioni internazionali, che fanno derivare la riparazione dalla violazione del diritto alla libertà dalla necessaria eccezionalità della privazione di questo diritto.

L'art. 314 cod. proc. pen. è dedicato ai presupposti ed alle modalità della decisione, mentre l'art. 315 cod. proc. pen. detta disposizioni per il procedimento di riparazione, richiamando, in quanto compatibili, le norme sulla riparazione dell'errore giudiziario a completamento della disciplina[11].

Il presupposto del diritto di ottenere l'equa riparazione consiste nella ingiustizia sostanziale o nella ingiustizia formale della custodia cautelare subita.

L'ingiustizia sostanziale, prevista dall'articolo 314 co. 1 cod. proc. pen. ricorre quando c'è proscioglimento con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non avere commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato.[12]

L'ingiustizia formale è, invece, disciplinata dal co. 2 dell'articolo 314 cod. proc. pen. e ricorre quando la custodia cautelare è stata applicata illegittimamente, cioè senza che ricorressero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., indipendentemente dalla sentenza di assoluzione o di condanna.

Rilevanti modifiche in materia sono state poi apportate dalla legge 16 dicembre 1999 n. 479, che ha aumentato il limite massimo di risarcimento per avere patito un'ingiusta permanenza in carcere, elevandolo oggi ad € 516.456,90[13], ed ha modificato il termine ultimo per proporre, a pena di inammissibilità, domanda di riparazione, da un anno e mezzo a due anni.

10. Cfr. Spagnolo, 2017, 1.

11. Tonini, 2010, 297 ss.

12. Si deve tenere presente che, ai sensi del successivo comma 3 dell'art. 314 cod. proc. pen, alla sentenza di assoluzione sono parificati la sentenza di non luogo a procedere e il provvedimento di archiviazione.

13. Per una più ampia lettura Lozzi, 2016, 336 ss. ove l'Autore sottolinea come il *quantum* della riparazione è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice, ma non può, comunque, superare la somma di euro 516.456,90.

3. La riflessione circa la quantificazione del "prezzo della liberta" nasce dalla lettura di una recente pronuncia della Cassazione[14], conseguenza dell'appello di una sentenza della Corte di appello di Bari, la quale riconosceva al ricorrente il diritto all'equo indennizzo per la detenzione domiciliare subita per un reato dal quale era stato irrevocabilmente assolto. Nel determinare la somma da corrispondere, il giudice di appello riconosceva un ulteriore importo a titolo di ristoro per la retribuzione corrisposta nella misura della metà nel periodo in cui era stato sospeso dal servizio, rivestendo il ricorrente la funzione di funzionario dirigente in un ente pubblico.

Detta seconda somma veniva riconosciuta, esclusivamente e dichiaratamente, quale perdita della capacità di guadagno subita a causa della condizione detentiva, anche in ragione del fatto che il pregiudizio morale patito, nonché quello all'integrità psicofisica, venivano già ricompresi dalla Corte nell'aumento dell'indennizzo base operato al momento della liquidazione.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ricorreva non ritenendo necessaria la corresponsione dell'ulteriore somma in favore dell'ingiusto riconoscimento della maggiorazione corrisposta a titolo di mancato guadagno, eccependo un travisamento del fatto in ordine al "*quantum*" dell'indennizzo accordato.

Non può tacersi, infatti, come sovente le misure restrittive ingiuste abbiano un notevole impatto nella sfera del soggetto, soprattutto in quella patrimoniale, oltre che ovviamente in quella soggettiva, per i risvolti all'immagine e all'inevitabile danno morale che le stesse recano, conseguenze che, ove accertata la loro illegittimità, non possono che essere valutate[15].

Orbene, è in questa ottica che la formulazione della norma, così come sancita dal legislatore, pare fornire risposta all'esigenza di limitare al massimo la possibilità di ricorso a simile rimedio in un'ottica di chiara riduzione dell'impatto economico che un largo impiego dell'istituto avrebbe sull'erario[16].

4. Delicata è la questione attinente l'individuazione del fondamento giuridico del diritto riparatorio: se qualificabile quale diritto soggettivo, interesse legittimo o, più semplicemente, legittimazione a richiedere[17].

In tal senso, la giurisprudenza in maniera concorde ritiene trattarsi di un vero e

14. Il riferimento è a Cass. 13.07.2016, n. 7387.

15. In tal senso Scomparin, 1996, 407.

16. Balsamo, 2017, 169.

17. Si legga Miele, 2013,1172 ss., ove l'Autore stigmatizza doversi ritenere «il cittadino ingiustamente privato della libertà titolare di un vero e proprio diritto soggettivo a cui corrisponde l'obbligo per lo Stato ad una prestazione consistente nel pagamento di una somma di danaro». Si tratterebbe di un "diritto soggettivo pubblico", stante il carattere autoritativo dell'atto emanato dal potere pubblico che

proprio diritto soggettivo[18], per cui il soggetto, sottoposto ingiustamente a limitazione della propria libertà personale, abbia diritto ad una forma di indennizzo, derivando il pregiudizio patito da una legittima attività dell'autorità giudiziaria.

Ciò che rileva, pertanto, è la obiettiva ingiustizia della forma privativa della libertà che, coinvolgendo un bene costituzionalmente garantito, quale quello della libertà, postula una misura riparatoria[19], conferendo all'indennizzo una connotazione riequilibratrice[20].

Particolarmente controversa si presenta la questione relativa all'individuazione dei criteri cui deve attenersi il giudice chiamato a determinare il *quantum* di pregiudizio patito dalla vittima dell'ingiusto provvedimento, posto che il riferimento all'equità, unico elemento discriminante considerato *ex lege,* ha contenuto incerto e si presta a svariate valutazioni[21].

Ciò che è interessante verificare, pertanto, è la modalità di quantificazione della somma di cui il soggetto ingiustamente detenuto diventa creditore nei confronti dello Stato. Sono due i criteri che la giurisprudenza distingue: quello nummario e quello equitativo[22].

Il criterio nummario è teso a garantire la giustizia distributiva, sottraendo la determinazione dell'indennizzo ad un'eccessiva discrezionalità del giudice tesa ad assicurare, in modo razionale, un'uniformità di indirizzo nelle quantificazioni indennitarie. Il criterio nummario o quantitativo, infatti, è il punto di partenza per la valutazione del *quantum* di cui l'ingiustamente detenuto è creditore e si risolve in un mero calcolo con due variabili di riferimento: l'importo economico corrispondente all'indennizzo per un singolo giorno di ingiusta detenzione e la durata

consenta la sottoposizione alla custodia cautelare e/o all'internamento del cittadino che ne è attinto (Cass. 6.3.1992, Giovannini, Cass. pen., 1992, 2041).

18. Bellucci, 2010, 485 verifica come per consolidata giurisprudenza di legittimità, possa essere considerato un "diritto soggettivo pubblico" distinto dal risarcimento del danno, in quanto l'obbligo statale non nasce *ex illecito*, bensì da una doverosa solidarietà verso la vittima della indebita detenzione.

19. Per una lettura di diverso avviso si legga Iannelli, 1995, 2980 ss., in cui si legge un ameno raffronto sulla circostanza per cui non possa considerarsi nemmeno assimilabile la riparazione all'indennità tipica del procedimento ammnistrativo.

20. Ciò rappresenta il superamento di quella ormai anacronistica concezione secondo la quale nei confronti dello Stato che, in seguito all'accertamento di un errore giudiziario poteva venire in soccorso della vittima, il cittadino vantava semplicemente un interesse legittimo, se non addirittura una legittimazione a richiedere. Qualificato, quindi, il diritto alla riparazione quale diritto soggettivo di ordine pubblicistico, lo Stato ha l'obbligo di pagare una somma di denaro qualora sia definitivamente riconosciuta la fondatezza della domanda volta ad ottenere una equa riparazione. La giurisprudenza ritiene che in tali casi le parti, cittadino e Stato, diano vita ad un rapporto obbligatorio definibile "obbligazione pubblica" o di "diritto pubblico".

21. In senso critico Turco, 2008, 4735.

22. Cass. S.U. 09.05.2001 n. 24287, Cariddi Dejure.

della restrizione patita. Per calcolare detto valore si deve partire dal tetto, normativamente stabilito *ex* art. 315 co. 2 cod. proc. pen., di € 515.456,90 quale somma massima riconoscibile per la riparazione per ingiusta detenzione, e va posta detta somma in rapporto alla durata massima della custodia cautelare che la legge fissa, a livello di regola generale, all'art. 303 co. 4 cod. proc. pen.[23]

Solo in un secondo momento il Giudice può valutare, in relazione alla specifica situazione, elementi ulteriori al fine di adattare la somma al caso concreto; salva la facoltà di discostarsi da tale parametro *standard* in aumento o in diminuzione, purché sostenuta da idonea motivazione: circostanza che rientra a pieno nella valutazione equitativa demandata al giudicante.

La liquidazione dell'indennizzo per la riparazione dell'ingiusta detenzione, pertanto, è vincolata a parametri aritmetici e, comunque, a criteri rigidi dovendosi basare su una valutazione equitativa che tenga globalmente conto non solo della durata della custodia cautelare, ma anche, e non marginalmente, delle conseguenze personali e familiari scaturite dalla privazione della libertà[24].

A tal fine, chiarisce la Suprema Corte, una volta assunto quale punto di partenza il risultato del calcolo aritmetico, il giudice non dovrà omettere di considerare, ai fini della decisione, tutte le conseguenze pregiudizievoli che la durata della custodia cautelare ingiustamente subita ha determinato per l'interessato sia dal punto di vista biologico, sia dal punto di vista morale, sia da quello sociale, avendo inciso la stessa profondamente sulla fisicità, sulla psiche, sull'immagine, sulla vita di relazione e sull'attività lavorativa[25].

La Cassazione affronta dettagliatamente la questione della risarcibilità dei danni non patrimoniali conseguenti all'ingiusta detenzione grazie alla notissima "vicenda Barillà"[26], nella quale conferma il risarcimento di tale danno, negando la sussistenza di una duplicazione risarcitoria rispetto al danno biologico in considerazione del fatto che il primo pregiudizio, quello non patrimoniale, fosse diverso dal secondo, non riguardando alcuna lesione fisica o psichica, né una compromissione dello stato di salute del soggetto in senso stretto, ma riferendosi, piuttosto, agli sconvolgimenti delle abitudini di vita, delle relazioni interpersonali conseguenza del fatto illecito. Nemmeno le voci di danno morale ed esistenziale potevano considerarsi una duplicazione secondo la Corte perché il danno morale soggettivo si

23. In tal senso Cass. 01.04.2014 n. 29965 Chaaij, n. 259940 Dejure, ove vi è un'ampia sintesi della modalità di applicazione del criterio nummario.

24. Ci si riferisce a quello che la giurisprudenza identifica con lo *strepitus fori*, ben circostanziato da ultimo in Cass. 19.12.2016 n. 53734 Dejure.

25. In tal senso si leggano *ex multis*: Cass. S.U. 09.05.2001 n. 24287; Cass. 21.06.2005 n. 30317, ivi, n. 232025; Cass. 1.4.2014 n. 29965, ivi, n. 259940.

26. Il riferimento è al celebre caso Barillà, Cass. 11.7.2007 n. 39815, in *www.penale.it*.

esaurisce nel dolore provocato dal fatto dannoso ed è un danno transeunte di natura puramente psicologica, mentre il danno esistenziale pur avendo conseguenze di natura psicologica, si manifesta con cambiamenti peggiorativi permanenti, anche se non sempre definitivi delle proprie abitudini di vita e delle relazioni interpersonali[27]. La non sovrapponibilità tra le due categorie di danno emerge chiaramente proprio in relazione all'ingiusta detenzione: la privazione della libertà personale per un solo giorno può comportare un grave danno morale, ma il danno esistenziale, in questi casi, può anche non essere presente[28].

Nel *quantum* da erogare a titolo di riparazione vanno ricomprese le spese legali sostenute per difendersi, che entrano a pieno titolo fra i disagi economici ingiustamente patiti dal soggetto[29].

L'unico limite alla quantificazione finale dell'indennizzo resta costituito dal tetto massimo dell'importo riconoscibile ai sensi dell'art. 315, co. 2, cod. proc. pen., che funge, in tal senso, da mera "base di calcolo" ed assolve ad una funzione "normalizzatrice", finalizzata a garantire un trattamento tendenzialmente uniforme presso le diverse corti territoriali. Ciò, tuttavia, non esime il giudicante dall'obbligo di valutare[30] le specificità, positive o negative, di ciascun caso e, quindi, dall'integrare opportunamente tale criterio, innalzando ovvero riducendo il risultato del calcolo aritmetico per rendere la decisione più equa possibile e rispondere alle diverse situazioni sottoposte al suo esame[31].

Si tratta di interpretazioni dell'istituto fortemente garantiste, sebbene ampiamente condivisibili, lontane dall'attività giurisprudenziale che qui si annota, ispirata, evidentemente, ad una sorta di *revirement* rispetto alle forti concessioni del passato e, dunque, ad un'idea dell'istituto, prossima a diversi ideali.

5. Il Ministero ricorrente riteneva che l'art. 27 del CCNL "Comparto Regioni e Autonomie Locali per il quadriennio normativo 2002/2005", stipulato il 22 gennaio 2004 e pubblicato sulla G.U. n. 81 del 06/04/2004, da applicarsi al caso *de quo,* già prevedesse meccanismi risarcitori/restitutori della parte di retribuzione non corrisposta durante il periodo in cui il dipendente fosse stato sospeso dal servizio perché colpito da misura restrittiva della libertà personale per reati dai quali è stato successivamente ed irrevocabilmente assolto. Come pure risultava dalla norma che

27. Bonaccorsi, 2010, 783.

28. Cfr. Concas, 2017, 1.

29. Così in Cass. 18.10.2002, De Benedictis, Resp. Pen., 2006, 864.

30. Per una più ampia disamina delle problematiche circa la valutazione equitativa, Zanetti, 2006, 111.

31. *Ex multis* si leggano: Cass. 17.06.2011 n. 34857, CED Cass. n. 251429; Cass. 29.1.2014 n. 3912, ivi, n. 258833.

l'art. 27, co. 8, CCNL cit., che escludesse dal conguaglio le indennità o compensi comunque collegati alla presenza in servizio, agli incarichi ovvero a prestazioni di carattere straordinario.

A tal proposito, giova precisare come debba al riguardo osservarsi che la causa dell'importo aggiuntivo riconosciuto dalla Corte di appello è costituita esclusivamente dalla parte di retribuzione non corrisposta durante il periodo di sospensione dal servizio, non anche da quella da ricevere quale "perdita di *chance*", della quale è assente in atti qualsiasi allegazione, come pure non sarebbe in ogni caso possibile riconoscere al dipendente, riammesso in servizio, somme maggiori di quelle che la stessa contrattazione collettiva riconosce per il medesimo titolo, altrimenti si incorrerebbe in una ingiusta duplicazione risarcitoria e, quindi, in una forma di arricchimento ingiusto. Si è di conseguenza sostenuto che, ai fini della quantificazione dell'entità della somma da attribuire a titolo di equa riparazione per l'ingiusta detenzione, è ininfluente il fatto che all'interessato siano state corrisposte le competenze economiche non erogate a causa della sospensione dal servizio, derivando il relativo obbligo dalla normativa a tutela degli impiegati dello Stato e perseguendo l'istituto dell'equa riparazione non tanto lo scopo del ristoro del lucro cessante, proprio invece della riparazione dell'errore giudiziario, ma essenzialmente il riconoscimento all'individuo di un risarcimento per la lesione del diritto morale conseguita alla ingiusta compressione della libertà nella fase processuale precedente alla sentenza definitiva e rappresentando sostanzialmente il "prezzo della libertà" [32].

Ciò però non significa che possa essere consentita la mera duplicazione di voci di danno già autonomamente e direttamente compensate, poiché altrimenti la detenzione ingiusta, da causa di ristoro del danno stesso si trasformerebbe in fonte di arricchimento, parimenti ingiusto.

Nel caso di specie appare evidente che l'indennità aggiuntiva riconosciuta dalla Corte di appello di Bari non è dovuta perché, richiesta in virtù della contrazione della capacità di guadagno patita in seguito a privazione della libertà personale, costituisce un'ingiusta duplicazione di una misura restitutoria, già contrattualmente disciplinata e assicurata al soggetto, che non può giovarsene due volte, locupletando sulla ingiusta detenzione subita.

La fonte del diritto per cui il soggetto ha diritto all'indennizzo va ravvisata nell'ingiustizia della detenzione, quindi il titolo dell'obbligazione di dare si rinviene nelle norme processuali penali e non in quelle civilistiche, così individuandosi un'autonoma dimensione della riparazione[33].

32. In tal senso Cass. 22.9.1994 n. 2466, CED Cass. n. 200379.

33. Cfr. Cass. 27.06.2005, Dolce, Guida dir., 2006, 15, 67.

Pertanto, ciò che spetterebbe al soggetto è il solo indennizzo conseguente alla contrazione della capacità di guadagno, patita a seguito della restrizione.

Non può non leggersi nella tesi ministeriale una familiarità con orientamenti interpretativi restrittivi, dettati dalla volontà di disincentivare il ricorso a tali forme riparative che, di fatto, però tendono allo svilimento della reale portata, soprattutto fisica e morale, dell'ingiusta privazione della propria libertà personale[34].

6. Quel che emerge è una flessibilità di fondo dei contenuti prescrittivi che si manifesta, dapprima nel carattere generico della formulazione della norma stessa scelta dal legislatore, che favorisce un'effervescenza nella produzione giurisprudenziale[35] di grande ausilio a plasmare le linee guida dell'istituto, senza tuttavia mai riuscirci compiutamente.

La notevole mole di pronunce sul tema, però, esorta a considerare come forte si avverta l'esigenza di coordinamento, tentando, con l'ausilio di una produzione normativa *ad hoc,* di cogliere l'occasione di ampliare i contenuti prescrittivi dell'istituto, conferendo loro il riconoscimento normativo che meritano, anche in considerazione dell'importanza della fattispecie giuridica che garantisce il privato dall'errore giudiziario, tutelando un bene primario quale è quello costituzionalmente garantito della libertà.

34. La Muscatella, 2017, 1.

35. Il riferimento terminologico è a Scalfati, 2017, 217 ss. in cui l'Autore analizza l'eccesso di filiazione normativa applicato, però, alla fattispecie cooperazione investigativa. Effervescenza che, nel caso *de quo,* pare sussistere per la mole di giurisprudenza relativa alla riparazione per ingiusta detenzione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Aa.Vv. (2016). *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam.

Balsamo A. (2009). Riparazione per ingiusta detenzione. Misure Cautelari. In Scalfati A., a cura di, *Trattato di diritto processuale penale*. Torino: Utet, II, p. 660.

Balsamo A. (2017). La riparazione per il danno da ingiuste misure cautelari (personali e reali) nella prospettiva europea in Spangher G., a cura di, *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino: Giappichelli, p. 169 ss.

Bellucci A. (2010). *Ingiusta detenzione* (*riparazione per la).* Dig. disc. pen.. Agg.. Torino: Utet, p. 485.

Bonaccorsi F. (2010). I danni da ingiusta detenzione ed il confine della responsabilità da attività giudiziaria. *Danno Resp*. 8–9, p. 783 ss.

Bonsignore A. (2010). La riparazione per ingiusta detenzione, *Arch. Pen.,* I, p. 53 ss.

Catania E. (2014). L'istituto della riparazione per ingiusta detenzione con giurisprudenza. *www.diritto.it*

Concas A. (2017). La riparazione per ingiusta detenzione. *Diritto & diritti.*

Coppetta. M.G. (1993). *La riparazione per ingiusta detenzione*. Padova: Cedam. p. 220 ss.

Corso P. (2012). Le misure cautelari, in AA.VV., *Procedura Penale*, Torino: Giappichelli, p. 389 ss.

Di Lernia S. (2012). La riparazione per ingiusta detenzione: profili ermeneutici e problematiche applicative. *Dir. pen. proc*. 7, p. 827 ss.

Iannelli E. (1995). *Sulla natura civilistica o pubblicistica del procedimento riparatorio: la Corte di cassazione alle soglie di un nuovo cambiamento di rotta?*. *Cass. Pen.* 35, p. 2980 ss.

Iannelli E. (2005). La riparazione dell'errore giudiziario. In Chiavario M., Marzaduri E., a cura di, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*. Torino: Utet, p. 733 ss.

La Muscatella D. (2017). La Cassazione individua i criteri da seguire nel giudizio di riparazione per ingiusta detenzione. *Dir. giust*, p. 63.

Lozzi G. (2016). *Lezioni di procedura penale*. Torino: Giappichelli.

Miele A. (2013). La procedura di riparazione per ingiusta detenzione. In Gaito A., *Procedura penale*. Milano: Ipsoa, p. 1308.

Rivello P.P. (1997). Riparazione per l'ingiusta detenzione. *Dig. disc. pen*., XII Torino: Utet., p. 327.

Scalfati A. (2017). Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento. *Proc. pen. giust.* 2, p. 217 ss.

Scomparin L. (1996). La riparazione per ingiusta detenzione. In Chiavario M., a cura di, *Libertà e cautele nel processo penale. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale* a cura di, Torino: Utet, p. 407.

Spagnolo P. (2017). La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale. *Legisl. pen.,* p. 1.

Tonini P. (2010). *Manuale breve di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè.

Turco E. (2008). Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale. *Cass. pen.*, p. 4735.

Zanetti E. (2006). La riparazione dell'ingiusta detenzione alla prova dell'equo indennizzo. *Riv. dir. proc.*, p. 111.

COSIMA ILARIA BUONOCORE

LE TUTELE PROCESSUALI SPECIALI NEI RAPPORTI DI LAVORO*

ABSTRACT

Il legislatore italiano ha utilizzato più riti per contenere il grave problema della durata irragionevole dei processi quando i diritti sostanziali violati siano particolarmente delicati, come nel caso delle controversie di lavoro. Ma la semplice introduzione di nuove procedure, in competizione tra loro, non appare idonea a risolvere il problema in assenza di un intervento sul sistema giudiziario.

The italian legislature has used multiple processes to contain the serious problem of unreasonable duration of trials when the substantive rights violated are particularly delicates as in the case of employment disputes. But the mere introduction of a new procedure, which is competing with others, certainly doesn't solve the problem of unreasonable duration of labour trial.

PAROLE CHIAVE

Processo civile / tutela differenziata / controversie di lavoro

Civil trial / special trials / labour disputes

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La soluzione prescelta dal legislatore. – 3. (*Segue*): i procedimenti civili differenziati. – 4. Elementi comuni tra i riti speciali in riferimento alla sommarietà *lato sensu* marcata. – 5. Eccesso di tutele differenziate? – 6. Osservazioni conclusive.

1. La tutela giurisdizionale è garantita a livello costituzionale dall'art. 24 che, in combinazione con il fondamentale principio di eguaglianza c.d. sostanziale *ex* art. 3, 2°, comma, Cost., consente di conseguire il soddisfacimento della situazione sostanziale dedotta in giudizio. È pertanto compito del legislatore individuare gli strumenti tecnici processuali idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli che derivino dagli ostacoli di ordine economico e sociale che limitino di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini. Benché il sistema giuridico italiano non da oggi sia caratterizzato da riforme volte a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

ambito processuale civile, ciononostante la durata media delle cause civili in Italia non è ancora ragionevole[1]. Com'è noto il diritto al «*délai raisonnable*» è consacrato nel celeberrimo art. 6, § 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[2]; la sua violazione è valsa allo Stato italiano numerose condanne della Corte di Strasburgo – la prima di esse è la (tristemente) nota sentenza di condanna dell'Italia nella causa Capuano contro Italia[3] – la quale, in numerose occasioni, ha accertato l'incapacità del sistema giuridico italiano di assicurare ai contendenti una tempestiva risposta alle domande di giustizia e l'esistenza in Italia di una «pratica incompatibile» col rispetto del principio del termine ragionevole[4].

Nel 1999 la Costituzione italiana ha recepito la garanzia di rango europeo della ragionevole durata del processo sì che, all'indomani della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, il novellato art. 111 Cost. sancisce che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge e che ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. Tale fondamentale modifica, se per un verso ha senz'altro rappresentato un positivo e apprezzabile passo in avanti per la tutela dei diritti umani per quanto concerne il diritto delle parti processuali ad avere garanzie in uno Stato democratico, civile e moderno, per altro verso non ha visto l'introduzione di efficaci meccanismi tali da poter offrire adeguate risposte ai contendenti processuali. Il legislatore italiano, pressato dalle sempre più frequenti condanne pronunciate dalla CEDU, oltre all'inserimento della garanzia della ragionevole durata del processo tra i precetti costituzionali, annoverandola tra i canoni del giusto processo, è nuovamente intervenuto nel 2001 con la legge c.d. Pinto (l. 24 marzo, n. 89) al fine di creare un "rimedio interno" e di disciplinare, anche attraverso una normativa processuale *ad hoc* (che attribuisce la competenza, in unico grado, alla Corte d'appello), il "diritto ad un'equa riparazione" in caso di violazione del "termine ragionevole", previsto

1. V. la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*, tenuta il 26 gennaio 2018 dal Presidente della Corte di cassazione Mammone, p. 12 e s., il quale ha affermato che si assiste ad una riduzione della durata media dei procedimenti civili, ma che occorre tuttavia ridurre ulteriormente tale durata. La Relazione è reperibile sul sito internet http://www.cortedicassazione.it/cassazione–resources/resources/cms/documents/Relazione_pronunciata_dal_Presidente_Giovanni_Mammome_26_gennaio_2018.pdf.

2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848; essa enuncia il diritto della persona «ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole».

3. V. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 25 giugno 1987, Capuano c. Italia, in *Foro it*., 1987, V, 385.

4. Con particolare riferimento al rapporto tra diritto di impugnare e garanzie dettate dall'Unione europea, v. Cipriani, 2004, 979 ss.

dall'art. 6, par.1 della citata Convenzione, a chiunque abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale.

2. È del tutto evidente che l'introduzione di una legge che riconosca un'equa riparazione del danno da irragionevole durata del processo civile non risolve il problema dell'arretrato e delle conseguenti lungaggini processuali. In disparte le considerazioni che verranno successivamente esposte a tal proposito, si vuole in questa sede indagare su una tecnica legislativa adottata in un settore rilevante e delicato, vale a dire quello dei rapporti di lavoro.

In Italia, nell'ambito del processo civile, parallelamente alla progressiva disfunzione del rito ordinario si ha la progressiva valorizzazione di forme urgenti di tutela giurisdizionale, quali uniche idonee ad evitare che il processo si risolva in un diniego di giustizia. La tutela processuale dei rapporti sostanziali che legano il prestatore di lavoro con il datore si ramifica in molteplici procedimenti a seconda dell'oggetto e dei soggetti coinvolti nella controversia di lavoro. Infatti, il lavoro in favore di terzi in Italia può essere prestato facendo ricorso a varie tipologie contrattuali: *a*) rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2094 c.c., richiamato dall'art. 409, nn. 1, 4 e 5 c.p.c.; *b*) rapporto di lavoro subordinato di dipendenti di enti pubblici a cui rinvia l'art. 409, nn. 4 e 5; *c*) rapporto di lavoro parasubordinato (rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, di agenzia, rapporto tra società controllata e componenti degli organi di gestione o di controllo, tra asl e medici convenzionati) previsto dall'art. 409 n. 3[5]; *d*) rapporto di lavoro in agricoltura di cui all'art. 409, n. 2; *e*) rapporto di lavoro in cooperativa ex art, 1, 3° comma, l. n. 142/2001, (tuttavia per questa tipologia di rapporto di lavoro la tutela processuale dipende dal tipo di contratto concluso); *f*) lavoratore autonomo *ex* art. 2222 c.c.; *g*) il libero professionista, ovvero il lavoratore che esercita una professione intellettuale *ex* artt. 2229–2238 c.c. I molteplici rapporti di lavoro ora elencati registrano differenze non solo in relazione alla fonte normativa che li disciplina, ma anche in riferimento alla tutela processuale del lavoro, equamente ripartita tra giudice civile e quello del lavoro: i rapporti *sub* lettere *f*) e *g*) rientrano nella competenza del primo, mentre i restanti rapporti in quella del giudice del lavoro, quasi a voler rimarcare la distanza che tuttora esiste tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Appare, tuttavia, opportuno precisare che la suddetta distanza permane solo in riferimento al rito giacché, in ordine alle tutele specifiche previste per il lavoro subordinato, si sta assistendo ad un'estensione delle stesse

5. Tale disposizione è stata novellata dall'art. 5, 1° comma, lett. *a*), l. n. 81/2017, che ha specificato la nozione di "coordinamento".

al lavoro autonomo (ponendo così il dubbio se tale differenziazione di rito abbia ancora ragione di esistere)[6].

Per ciascuna di tali fattispecie esistono altrettanti rimedi processuali. Gli anni '70 hanno rappresentato una svolta in termini di tutela processuale speciale dei rapporti di lavoro, dapprima con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300), il quale ha disciplinato con l'art. 28 la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro. Il legislatore ha poi introdotto la prima legge di parità di genere, l. 9 dicembre 1977, n. 903, rubricata «*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*», che ha rappresentato una svolta decisiva nella tutela della donna perché ha introdotto elementi di parità di trattamento tra le donne e gli uomini in materia di lavoro e un rimedio processuale differenziato all'art. 15[7]. Nel 1991, con la l. 10 aprile, n. 125 rubricata «a*zioni positive per la realizzazione della parità uomo–donna nel lavoro*», il legislatore ha previsto un ulteriore tutela differenziata volta ad eliminare le disparità in ambito lavorativo[8]. Con l'inizio del nuovo secolo, sono stati emanati, il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, recante «*Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*», applicabile sia per il settore pubblico sia per quello privato, con specifico riferimento al mondo del lavoro, ma anche all'assistenza sanitaria, alle prestazioni sociali, all'istruzione, all'accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio, e il d.lgs. n. 216, emanato in pari data, rubricato «*Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*» indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale. Dopo tre anni, la l. 1° marzo 2006, n. 67, «*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*», ha previsto una tutela *ad hoc* per le persone con disabilità vittime di discriminazioni: con la suddetta legge si è inteso promuovere l'attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali. L'anno successivo, il legislatore con il d. lgs. 6 no-

6. V. la l. n. 81/2017 cit.

7. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez.VI, 24 settembre 1983, n. 686, in *Foro it*., 1984, III, 13, secondo cui è illegittima «la clausola del bando di concorso per posti di usciere presso la Banca d'Italia che, richiedendo agli aspiranti il requisito della pregressa appartenenza a corpi armati (arma dei carabinieri, corpo della guardia di finanza o della pubblica sicurezza), esclude(va) indirettamente le donne, che allora non erano ammesse nelle carriere di tali corpi.

8. Nel senso che «è discriminatoria nei riguardi dei candidati di sesso femminile e va di conseguenza disapplicata la clausola del decreto ministeriale che prevede l'altezza minima di un metro e cinquantacinque centimetri come requisito fisico per l'assunzione nella qualità di «addetto di stazione» della metropolitana, Cass. civ., sez. lav., 12 gennaio 2012, n. 234, in *Foro it*., 2012, I, c. 424.

vembre 2007, n. 196 rubricato «*attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura*», ha introdotto il Titolo III del Codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006) che riguarda la «*parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura*». Infine, con la l. 28 giugno 2012, n. 92, rubricata «*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*», è stato introdotto con l'art. 1, commi 47–68, uno speciale procedimento di impugnativa del licenziamento individuale, in tutela reale previsto dall'art. 18 St. lav., meglio noto come "rito Fornero".

3. Compiuta questa rapida panoramica delle molteplici tutele processuali speciali nonché delle varie tipologie contrattuali che l'ordinamento giuridico italiano ha apprestato nella materia del lavoro in favore di terzi, si passa all'analisi delle singole procedure.

In riferimento alla repressione della condotta antisindacale, l'art. 28 St. lav. disciplina l'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia assunto comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e attività sindacale nonché il diritto di sciopero[9]: per tale ipotesi il legislatore ha previsto un rito speciale, la cui domanda si propone con ricorso al giudice del lavoro il quale, assunte sommarie informazioni, pronuncia decreto motivato immediatamente esecutivo, che non è né revocabile né soggetto a sospensione; è previsto un eventuale giudizio di opposizione che si conclude con sentenza immediatamente esecutiva; non è reclamabile[10], ma è impugnabile con appello nelle consuete forme e ricorribile per cassazione. Legittimato ad agire è esclusivamente il sindacato («su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali»)[11].

In relazione alla parità di trattamento tra donna e uomo in materia di lavoro,

9. L'art. 28 dispone che «qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunziato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. / L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il tribunale definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo. / Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti, opposizione davanti al tribunale che decide con sentenza immediatamente esecutiva. / Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. / L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale».

10. Trib. Roma, 14 luglio 2005.

11. Essendo una procedura posta esclusivamente a vantaggio del sindacato, la giurisprudenza ha ri-

occorre rilevare che l'art. 15, l. 9 dicembre 1977, n. 903, è stato dapprima modificato dall'art. 3, 2° comma, d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145, e poi abrogato dall'art. 57, 1° comma, lett. c), d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, c.d. Codice delle pari opportunità; talché oggi la disciplina delle controversie di lavoro attinenti alle disparità di genere è dettata nell'art. 38 del medesimo "codice delle pari opportunità"[12]. Anche la tutela processuale speciale contenuta nella l. 10 aprile 1991, n. 125 (che ai commi 4, 5 e 6, dell'art. 4 recante «*azioni in giudizio*» prevedeva una tutela differenziata) è stata fagocitata dal "codice delle pari opportunità che, agli artt. 36 e ss., disciplina *a*) un'azione ordinaria individuale prevista all'art. 36; *b*) un'azione speciale individuale all'art. 38; *c*) un'azione ordinaria ed una speciale a carattere collettivo all'art. 37. L'azione individuale di repressione delle discriminazioni può essere esercitata nelle forme ordinarie, oppure nelle forme sommarie previste dall'art. 38 cit., che, come l'art. 15, l. n. 903/1977, si ispira al modello processuale contemplato dall'art. 28 St. lav. È prevista quindi una prima fase sommaria svolta in contraddittorio che si chiude con decreto motivato immediatamente esecutivo, ed una seconda fase, eventuale, di opposizione che si sviluppa in contraddittorio pieno disciplinato con le forme del rito del lavoro. Il procedimento va, dunque, pianamente ascritto alla categoria dei procedimenti decisori sommari[13].

Quanto ai d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003, occorre rilevare che essi dettano, il primo

tenuto, non da oggi, che la procedura ex art. 28 St. lav., sia alternativa al ricorso ordinario. Tale assunto è rinvenibile sin da Cass., sez. un., 16 gennaio 1987, n. 309, in *Foro it*., Rep. 1987, voce *Sindacati*, n. 71.

12. L'art. 38 prevede che «qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui all'articolo 27, commi 1, 2, 3 e 4, e di cui all'articolo 5 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali o della consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente, il tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunziato, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. / L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato a norma del comma seguente. /Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione davanti al giudice che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. / L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. /Ove le violazioni di cui al primo comma riguardino dipendenti pubblici si applicano le norme previste in materia di sospensione dell'atto dall'articolo 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. / Ferma restando l'azione ordinaria, le disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 si applicano in tutti i casi di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o su sua delega da un'organizzazione sindacale o dalla consigliera o dal consigliere provinciale o regionale di parità».

13. v. Lanfranchi, 2011, 1 ss.

all'art. 4 («*Tutela giurisdizionale dei diritti*») un'azione individuale e all'art. 5, 3° comma («*Legittimazione ad agire*») un'azione collettiva, il secondo all'art. 4 un'azione individuale («*Tutela giurisdizionale dei diritti*») e una collettiva all'art. 5, 2° comma («*Legittimazione ad agire*»). I due provvedimenti, in entrambe le ipotesi di azione processuale (cioè individuale oppure collettiva) rimandavano inizialmente alla disciplina dettata dall'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, c.d. Testo unico sull'immigrazione; tali disposizioni sono state poi riversate nell'art. 28, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, meglio noto come decreto taglia riti, secondo le regole degli artt. 702 *bis* e ss., c.p.c.[14] [15]. Medesimo discorso vale per la l. n. 67/2006 in riferimento alle persone affette da disabilità, che disciplina all'art. 3 la «*tutela giurisdizionale*», la cui procedura va ora attinta dall'art. 28, d.lgs. n.150/2011[16].

14. Il c.d. decreto taglia riti prevede nell'art. 28 rubricato «*delle controversie in materia di discriminazione*», che «le controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, quelle di cui all'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'art. 3 della l. 1° marzo 2006, n. 67, e quelle di cui all'art. 55–quinquies del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. /È competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio. /Nel giudizio di primo grado le parti possono stare in giudizio personalmente. / Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. /Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente. / Ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. / Quando accoglie la domanda proposta, il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale. Dell'ordinanza è data comunicazione nei casi previsti dall'art. 44, comma 11, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, dall'art. 4, comma 2, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, e dall'art. 55–quinquies,comma 8, del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198».

15. Occorre rilevare che i procedimenti in materia di protezione internazionale seguono oggi le regole dettate dall'art. 737 ss. c.p.c. così come previsto dal d.l. n. 13/2017, convertito dalla l. n. 46/2017.

16. L'art. 3, l. n. 67/2006, rubricato «*Tutela giurisdizionale*», detta la seguente disciplina: «La tutela giurisdizionale avverso gli atti ed i comportamenti di cui all'articolo 2 della presente legge è attuata nelle forme previste dall'articolo 44, commi da 1 a 6 e 8, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. / Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti,

Anche in tema di parità di genere per l'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura è prevista una procedura individuale ed una collettiva, secondo il rito dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011 (artt. 55 *bis*, *ter, quater, quinquies e septies*, d.lgs. 198/2006 Codice delle pari opportunità)[17].

Un altro rito introdotto nel (già) vasto e intricato scenario delle tutele processuali speciali per le controversie di lavoro, è dettato dall'art. 1, commi 47–68, l. 28 giugno 2012, n. 92, meglio noto come rito c.d. Fornero. Esso si articola in due gradi di merito ed uno di legittimità: il primo si snoda, a sua volta, in due fasi. La prima, quella sommaria, rientra nella competenza del tribunale in funzione del giudice del lavoro, è caratterizzata dall'assenza di preclusioni e di decadenze espresse, ed è destinata a concludersi con ordinanza, di accoglimento o di rigetto, immediatamen-

che il giudice valuta nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma, del codice civile. / Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, e adotta ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione, compresa l'adozione, entro il termine fissato nel provvedimento stesso, di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. / Il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento di cui al comma 3, a spese del convenuto, per una sola volta, su un quotidiano a tiratura nazionale, ovvero su uno dei quotidiani a maggiore diffusione nel territorio interessato».

17. L'art. 55 *quinquies* «*Procedimento per la tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura*» dispone «in caso di violazione dei divieti di cui all'art. 55–ter, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione. / Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'art. 28 del d.lg. 1° settembre 2011, n. 150. /In caso di accertata violazione del divieto di cui all'art. 55–*ter* , da parte di soggetti pubblici o privati ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, il giudice dà immediata comunicazione alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione dei benefici, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni o enti revocano i benefici e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto. / Chiunque non ottempera o elude l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a tre anni».

L'art. 55 *septies* «*Legittimazione ad agire di associazioni ed enti*» prevede che «sono legittimati ad agire ai sensi dell'art. 55–*quinquies* in forza di delega rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in apposito elenco approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, o per sua delega del Ministro per i diritti e le pari opportunità, di concerto con il Ministro per lo sviluppo economico, ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione. / Qualora il soggetto pubblico o privato ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo e non siano individuabili in modo immediato e diretto i soggetti lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle associazioni o gli enti rappresentativi dell'interesse leso di cui al comma 1».

te esecutiva, che non può essere né sospesa né revocata sino alla definizione con sentenza dell'eventuale successivo giudizio di opposizione. Quest'ultimo apre un giudizio a cognizione piena e segue abbastanza fedelmente la scansione dei termini e delle attività delle parti previsti nel rito del lavoro. Il secondo grado di merito è un giudizio di impugnazione della sentenza nelle forme del reclamo che si propone innanzi alla Corte d'appello; esso è snello e informale, ed è caratterizzato da barriere preclusive dal punto di vista probatorio, con possibilità di istanza di inibitoria. Infine, il giudizio di legittimità innanzi alla Cassazione, si instaura contro la sentenza resa all'esito del giudizio di reclamo, con termini più stringenti sia per la parte nella proposizione del ricorso, sia per il giudice nella fissazione dell'udienza. Tale rito a distanza di appena tre anni sembra essere destinato alla scomparsa, poiché con il d.lgs. n. 23/2015 è stato previsto che con riferimento ai recessi datoriali posti in essere rispetto a contratti di lavoro, stipulati a partire dal 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015), non trova applicazione il rito c.d. Fornero, giacché l'impugnativa del licenziamento seguirà le regole ordinarie del processo del lavoro di cui agli art. 414 e ss. c.p.c.[18]. Il rito di cui all'art. 1, commi 47 e ss., l. n. 92/2012 continua dunque ad applicarsi, in via residuale, rispetto alle impugnative di licenziamenti di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, purché sia invocata una delle forme di tutela dell'art. 18 St. lav. (c.d. tutela reale)[19].

4. La triade dei riti speciali – *a*) *ex* artt. 28, l. n. 300/1970, *b*) 1, commi 47–68, l. n. 92/2012, e *c*) 702 *bis* e ss. c.p.c., – è connotata dai comuni elementi della sommarietà e della stabilità. La tutela sommaria trova la sua ragion d'essere nell'impossibilità

18. Ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 recante «*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*», la medesima regola vale anche: *a*) per i licenziamenti intimati nei confronti di lavoratori assunti con contratti a tempo determinato o di apprendistato, stipulati precedentemente al 7 marzo 2015, ma convertiti, dopo il 7 marzo 2015, in contratti a tempo indeterminato; *b*) per i licenziamenti intimati nei confronti di lavoratori il cui contratto sia stato stipulato prima del 7 marzo 2015, ma che siano impiegati presso un datore di lavoro che, dopo il 7 marzo 2015, ponendo in essere nuove assunzioni, abbia raggiunto il requisito occupazionale di cui all'art. 18, commi 8° e 9°, St. lav.

19. L'ambito di applicazione del suddetto rito Fornero è stato via via limitato nel tempo: v. infatti *a*) il d.lgs. n. 23/2015, recante "*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*", il quale prevede all'art. 1 (recante «*Rito applicabile*») che «ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92»; e tale previsione va applicata dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale del suddetto d.lgs., ovvero dal 7 marzo 2015 (pertanto il rito Fornero non si applica per gli assunti dal 7 marzo 2015); inoltre *b*) l'applicabilità al pubblico impiego della legge sulle tutele crescenti ovvero della legge c.d. Fornero è ormai da escludere ai sensi dell'art. 63, 2° comma, TU pubblico impiego, come modificato dal d.lgs. n. 75/2017 che impartisce una tutela "forte" ma al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (ciò esclude in radice l'applicabilità del rito Fornero).

che la tutela scaturente dal processo a cognizione piena sia rapida e nella inevitabile conseguenza che sussista uno *spatium temporis* durante il quale, in attesa del provvedimento ordinario a cognizione piena ed esauriente, il diritto della parte rischi di subire un diniego di giustizia.

L'art. 28 St. lav., sulla repressione della condotta antisindacale disciplina un procedimento, sommario di cognizione non cautelare a contenuto decisorio, assimilabile a quello ingiuntivo e destinato a sfociare in un provvedimento, avente forza di giudicato se non opposto. L'opposizione è una fase eventuale a cognizione piena lasciata a disposizione della parte che ha subito il provvedimento sommario. La sommarietà del provvedimento sta in riferimento al tipo di prove che il giudice può utilizzare per formare il proprio convincimento perché reputa sufficiente l'assunzione di sommarie informazioni[20]. Tale norma costituisce una tipica ipotesi di diritto in veste di azione in quanto ha la finalità di creare e tutelare una situazione protetta di cui sono titolari solo le organizzazioni sindacali (a differenza della legge c.d. Fornero che tutela sia il lavoratore sia il datore ed è utile per ottenere rapidamente una statuizione definitiva sul licenziamento che può portare alla reintegrazione)»[21]. Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 *bis* e ss., c.p.c. non prevede attività squisitamente formali, quali l'udienza di precisazioni delle conclusioni, evita la divisione in "fasi" che contraddistingue il processo di cognizione ordinario, si conclude con un'ordinanza provvisoriamente esecutiva, che costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione, e tale ordinanza ai sensi dell'art. 702 *quater*, se non appellata, è pienamente idonea ad acquisire l'autorità della cosa giudicata *ex* art. 2909 c.c.[22]. Il rito speciale per i licenziamenti, c.d. rito Fornero, è strutturato in una prima fase a cognizione sommaria, ma anche l'eventuale fase di opposizione è sommaria perché la riforma Fornero ha introdotto anche per la fase di opposizione e di reclamo (quindi possiamo dire il secondo e terzo grado) un procedimento speciale, che lo contraddistingue dall'art. 28 St. lav. volto a ottenere rapidamente una statuizione definitiva sul licenziamento. L'ordinanza che chiude la prima fase sommaria, se non viene opposta oppure a seguito di estinzione del giudizio di opposizione, acquista l'efficacia di cui all'art. 2909 c.c.[23]. Inoltre, il pro-

20. Balena, 2018, 26; Carratta, 1997, 187 s.

21. Luiso, 2012, 6.

22. L'introduzione del procedimento sommario di cognizione ex 702 *bis* sembra abbia dato attuazione ad una proposta avanzata a più riprese da Cipriani, 2009, 1130, secondo cui sembra che si sia preso il procedimento cautelare e, riveduto e corretto, si sia utilizzato per la cognizione ordinaria: così, sulla proposta dell'Illustre Maestro di introdurre in rito di cognizione simile al cautelare, sfociata poi nel procedimento sommario di cognizione, v. Consolo, 2009, 1088.

23. Luiso, 2012, 18; Id., 2013, 144; Dalfino, 2012, 788 s. Sul punto, v. Proto Pisani, 2007, 241, il quale ricomprende l'art. 28, l. n. 300/1970 fra i processi sommari superficiali con *attitudine al giudicato*. In

cedimento è articolato compiutamente sino al giudizio di Cassazione (non solo quindi nella fase sommaria iniziale)[24]; la fase *stricto sensu* istruttoria dimostra che la prova dei fatti è così penetrante da configurarsi come espressione di un diritto di natura processuale, strumentale all'attuazione dei diritti di azione e di difesa garantiti dall'art. 24 Cost.[25]. Essa è compiuta nel rispetto del pieno contraddittorio e sulla base di una consapevole conoscenza dei fatti, ed appare idonea a giustificare la stabilità del provvedimento conclusivo di quel giudizio, rispetto al quale c'è l'attesa dei litiganti, i quali ambiscono ad un provvedimento che faccia certezza sull'esistenza o no del loro diritto, cioè sulla legittimità o no del licenziamento.

5. Dalla breve disamina innanzi effettuata si deduce che in Italia si assiste alla compresenza di tanti procedimenti accomunati dall'identica esigenza di offrire una tutela processuale speciale. Dal punto di vista processuale civile, i lavoratori, e in un caso le loro organizzazioni sindacali, hanno a disposizione le seguenti tutele processuali: *a*) il processo di cognizione piena *ex* artt. 409 e ss. c.p.c.; *b*) il procedimento speciale per i licenziamenti individuali per le imprese con più di 15 dipendenti ex Legge c.d. Fornero (l. n. 92/2912, art. 1,commi 47–68); *c*) il procedimento speciale per la repressione della condotta antisindacale dettato nell'art. 28 St. lav.; *d*) il procedimento sommario di cognizione *ex* artt. 702 *bis* e ss. c.p.c.

La lettura dell'articolato quadro normativo richiamato evidenzia la particolare attenzione che il legislatore mostra di avere verso situazioni soggettive sostanziali la cui tutela potrebbe vanificarsi trasmigrando nella denegata giustizia, se l'intervento giurisdizionale non fosse rapido. I tempi del processo ordinario di cognizione oggi non sono in grado di rispondere adeguatamente alle specifiche esigenze di tutela della parte che chiede ed ha ansia di giustizia; negli ultimi decenni è emersa l'esigenza della diversificazione degli strumenti processua–

riferimento alle opinioni della dottrina espresse sull'efficacia del provvedimento ex art. 28, all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, v. Proto Pisani, 1973, 57 ss., spec., 82; Taruffo, 1971, 1503 ss.; Carpi, 1971, 1427 ss.; Lanfranchi, 1971, 388 ss., spec. 429; Romagnoli, 1971, 1309 ss., spec. 1321 e ss. In giurisprudenza, v. Trib., ord., 13 novembre 1998, in *Foro it*., 1999, I, c. 2387, in cui è stato affermato che il provvedimento di rigetto *ex* art. 28 St. lav., ancorché sommario, ha attitudine al giudicato (cfr. le *Considerazioni*, punti I e II, lett. *A*)).

Invece, nel senso che il decreto di repressione antisindacale, quale provvedimento connotato dall'esigenza di assicurare «una tutela urgente in considerazione del valore degli interessi sostanziali in gioco», è privo di attitudine al giudicato, ma comunque idoneo «ad acquisire un regime di stabilità degli effetti destinata a permanere fintantoché non si pervenga all'esito del giudizio oppositorio a cognizione piena, che però è solo eventuale», v. Andolina, 2007, 320.

24. Luiso, 2012, 4; Id., 2013, 127; Consolo, 2017, 201, il quale ha correttamente ricompreso il nuovo rito speciale del lavoro nell'ambito del processo di cognizione; Pagni, 2013, 99.

25. Balena, 2018, II, 91.

li[26]: la *tutela giurisdizionale differenziata*, che comporta la predisposizione di forme e strumenti processuali diversificati a seconda delle situazioni soggettive invocate in giudizio, può rappresentare un efficace strumento offerto per tutelare determinate situazioni soggettive volte al conseguimento, in tempi ragionevoli, dei vantaggi, utilità e interessi assicurati in astratto dalle norme di diritto sostanziale[27]. Tale tutela, se da un lato ha contribuito al fenomeno della proliferazione di procedimenti civili, destinati evidentemente a favorire l'attuazione giurisdizionale di determinate situazioni soggettive più delicate (*trend* che tuttavia ha ricevuto un *arrêt* dal legislatore del 2011 il quale ha ricondotto i procedimenti civili a soli tre modelli base), dall'altro lato ha offerto particolare tutela al lavoratore che, rispetto al datore di lavoro, è la parte economicamente più debole[28]. Il legislatore italiano ha inteso utilizzare la formula della tutela differenziata al fine di arginare il problema della irragionevole durata dei processi soprattutto quando i diritti sostanziali lesi siano particolarmente delicati come nel caso dei rapporti di lavoro.

Ma appare lecito chiedersi se sia realmente questa la strada da seguire per raggiungere l'effettività e l'efficienza della tutela giurisdizionale. In dottrina è stata ricordata l'esperienza brasiliana, che ha messo in campo una tutela differenziata anche in favore degli anziani che abbiano superato i 65 anni di età[29]. E su tale (originale) soluzione adottata, autorevole dottrina ha acutamente ammonito che un processo lungo si prende beffa degli anziani[30].

6. Le disposizioni normative analizzate in questa sede pongono l'operatore del diritto di fronte ad una constatazione: se per un verso non c'è dubbio che le tutele differenziate si giustificano in ragione dell'attuazione del principio di eguaglianza

26. Nel senso che «il processo ordinario di cognizione (eventualmente seguito dalla esecuzione forzata) si presenta spesso come forma di tutela istituzionalmente inadeguata a fornire da sola tutela giurisdizionale a una serie molto ampia di situazioni di vantaggio (normalmente caratterizzate dal fatto che il loro protrarsi in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo anche solo fisiologicamente necessario del processo ordinario di cognizione è sempre causa di pregiudizio irreparabile per il soggetto che ne è titolare)», v. Proto Pisani, 1978, 5.

27. Nel senso che «il processo civile si pone, all'interno dell'ordinamento giuridico, come una sorta di contropartita che lo Stato dà ai cittadini a seguito della imposizione del divieto di farsi ragione da sé: una simile constatazione comporta che questa contropartita, per essere effettiva, deve tradursi nella predisposizione di mezzi di tutela giurisdizionale (di procedimenti, provvedimenti e misure coercitive) adeguati ai bisogni di tutela delle singole situazioni di diritto sostanziale», cfr. Proto Pisani, 1978, 5.

28. Su questi rilievi, v., all'indomani della riforma 533/1973, le efficaci osservazioni di Proto Pisani, 1973, 205 ss. Inoltre, sull'importanza dell'applicazione del principio di effettività della tutela, che impone la strumentalità del processo rispetto ai beni vantati, v. Chiovenda, 1935, 21.

29. Tarzia, 2005, 319.

30. Cipriani, 1994, 24 ss.

e di effettività del diritto di difesa costituzionalmente garantiti, per altro verso è altrettanto assodato che non appare opportuno immaginare un'illimitata proliferazione di tutele speciali, costruendo un processo *ad hoc* per chiunque si trovi in una particolare condizione di svantaggio. E allora, se è vero come è vero che le tutele speciale differenziate sono state introdotte perché i tempi del processo civile ordinario sono troppo lenti sì da violare il diritto della persona ad un giusto processo equo e ragionevolmente celere, non appare ragionevole adottare nuovi riti se poi la causa andrà comunque incardinata innanzi allo stesso giudice, che già ha un eccessivo numero di cause da smaltire. Sarebbe opportuno che il legislatore italiano non dimentichi che l'attuazione e il successo di una riforma processuale è strettamente interdipendente coll'organizzazione degli uffici giudiziari, con la distribuzione del carico di lavoro che ciascun giudice deve avere sul proprio ruolo, con la previsione di risorse umane ed economiche.

Il ridisegnato quadro costituzionale e l'Unione europea impongono ulteriori e maggiori sforzi al fine di contemperare proficuamente effettività ed efficacia della tutela giurisdizionale, senza tuttavia sacrificare il diritto di azione e di difesa della parte processuale sull'altare della celerità purchessia: non può non ricordarsi il monito di autorevole dottrina, secondo il quale sarebbe sufficiente «sfrutta(re) l'ansia di giustizia delle parti, che è un motore più che compresso, attribu(ire) al giudice adeguati poteri per dirigere al meglio il dibattito processuale e giudicare con la migliore cognizione di causa, e prevede(re), infine, idonee garanzie per porre rimedio agli eventuali errori del giudice»[31].

31. Cipriani, 2006b, 5 ss., spec. 25.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Andolina A. (2007). Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del "giusto processo", in *Giusto proc. civ*., p. 320.

Balena G. (2009). La nuova pseudo–riforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69), in *Giusto proc. civ*., p. 820.

Balena G. (2018). *Istituzioni di diritto processuale civile*[4], I. Bari: Cacucci.

Carpi F. (1971). Brevi osservazioni sull'art. 28 dello statuto dei lavoratori, in *Riv. trim*., p. 1427 ss.

Carratta A. (1997). *Profili sistematici della tutela anticipatoria*. Torino: Giappichelli.

Chiovenda G. (1935). *Istituzioni di diritto processuale civile*, I. Napoli: Jovene.

Cipriani F. (1994). Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.), (1994), in *Riv. dir. proc*., p. 24 ss., e pubblicato anche in Id., *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli: Esi, p. 121 ss.

Cipriani F. (2004). Diritti fondamentali dell'Unione europea e diritti di impugnare, in *Rass. dir. civ*., p. 979 ss., pubblicato anche in Id., *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli: Esi, p. 199 ss.

Cipriani F. (2006a). Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie, in *Giusto proc. civ*., p. 3 ss.

Cipriani F. (2006b). Il processo civile nello Stato democratico, in *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli: Esi, p. 5 ss.

Cipriani F. (2009). Alla ricerca del bandolo della matassa, in *Giusto proc. civ*., p. 1130.

Consolo C. (2009). A proposito del «tempo dei regali» riformistici, in *Giusto proc. civ*., p. 1088.

Consolo C. (2017). *Spiegazioni di diritto processuale civile*[11], I. Torino: Giappichelli.

Dalfino D. (2012). Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento, in *Giusto proc. civ*., p. 759.

Lanfranchi L. (1971). Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 della statuto dei lavoratori, in *Riv. trim*., p. 388 ss., spec. p. 429.

Lanfranchi L. (2011). Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari, in *La roccia non incrinata*, Torino: Giappichelli, p. 1 ss.

Luiso F.P. (2012), La disciplina processuale speciale delle legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico, in www.judicium.it., p. 6.

Luiso F.P. (2013). Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 123 ss.

Mammone G. (2018). *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*, reperibile sul sito internet http://www.cortedicassazione.it/cassazione–resources/resources/cms/documents/Relazione_pronunciata_dal_Presidente_Giovanni_Mammome_26_gennaio_2018.pdf.

Menchini S. (2008). I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, in *Quaderni* de *Il Giusto proc. civ*., p. 187.

Menchini S. (2009). Il rito semplificato a cognizione sommaria, in *Giusto proc. civ*., p. 1102.

Pagni I. (2013). L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela, in *Riv. trim*., p. 99.

Proto Pisani A. (1973a). Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale, in *Foro it*., V, c. 57 ss., spec. 82 s.

Proto Pisani A. (1973b). Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro, in *Foro it*., V, c. 205 ss.

Proto Pisani A. (1978). Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e diritto processo, in *Dir. e giur*., p. 5.

Proto Pisani A. (2007). Tutela sommaria, in *Foro it*., V, c. 241, § 6.

Romagnoli A. (1971). Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori, in *Riv. trim*., p. 1309 ss., spec. p. 1321.

Taruffo M. (1971). Efficacia della pronuncia sul licenziamento per motivi sindacali, in *Riv. trim*., p. 1503 ss.

Tarzia G. (2005). La durata del processo civile e la tutela dei deboli, in *Riv. dir. proc*., p. 319.

Verde G. (1984). Unicità e pluralità di riti nel processo civile, in *Riv. dir. proc*., p. 678.

LUCIANNA CANANÀ, ANTONELLA ZELLA

ESERCIZI DI DIRITTO: CLAUSOLE ILLEGITTIME NEL *LEASING* TRASLATIVO*

ABSTRACT

Il binomio diritto matematica potrebbe portare ad una feconda evoluzione del diritto, soprattutto negli aspetti economici degli istituti giuridici. I metodi quantitativi e la matematica finanziaria svolgono una importante funzione quale ausilio alla contrattualistica, in particolare agli strumenti di tipo economico–matematico. In tema di *leasing* traslativo, nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, si analizza la clausola che prevede la determinazione del credito della società di *leasing* in ragione della somma del valore attuale complessivo di tutti i canoni maturati, nonché di quelli maturandi sino al naturale termine del rapporto, detratto il corrispettivo della rivendita o del reimpiego in *leasing* del bene. L'elaborato, attraverso l'uso combinato della matematica e del diritto, cercherà di provare che l'interesse contrattuale, all'attivazione della clausola, è differente rispetto all'interesse che emerge dopo la sottrazione del valore del prezzo di vendita del bene da credito residuo.

The duo law and math could lead to a prolific evolution of the law, especially in the economic aspects of regulatory scheme. The quantitative methods and the financial mathematic develop an important function what aid to the contracts, especially, to the economic–mathematical tools. In the leaseback, the termination of contract for the user's breach, is analyzed with particular reference to the contractual clause wich includes the determination of the credit of the society of leasing in reason for the payment of all rental accrued and accruing until natural finished of contract, ransom included, deduct the financial consideration for the sale or re–lease of the good. The work– through the combined use of the disciplines of mathematics and law– will attempt to prove, that the contractual interest rate, when the activation of the clause is different from the interest rate detectable once subtracted the value of the sale of the good by the due credit.

PAROLE CHIAVE

Diritto privato / matematica / *leasing* traslativo

Private law / math / leaseback

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore nel *leasing* traslativo. – 3. L'usura attuata tramite il meccanismo dell'attualizzazione interna dei canoni a scadere. – 4. Conclusioni.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. L'elaborato rappresenta una proposta di dialogo fra due discipline: il diritto e la matematica. La certezza del diritto e la certezza matematica hanno avuto da sempre un denominatore comune: le «relazioni enucleate dall'intuizione sensibile, anche se gli enti fondamentali dei postulati delle due scienze siano stati distillati attraverso astrazioni, spesso assai elevate»[1]. Il diritto non può farsi strumento di proporzione in un rapporto se non conosce le forze all'opera nel rapporto medesimo, le grandezze da collegare con un medio proporzionale. Solo questa conoscenza consente al diritto di studiare, offrire, imporre norme proporzionate al fine di contribuire alla formazione di una giurisprudenza proveniente dalla certezza del diritto, come tale elevabile al grado della ricerca scientifica. Il binomio diritto matematica potrebbe portare ad una feconda evoluzione del diritto, soprattutto negli aspetti economici degli istituti giuridici[2], nel caso in esame del leasing traslativo.

La presente trattazione analizza l'ipotesi di risoluzione per inadempimento nel leasing traslativo[3], il cui risarcimento può essere preventivamente fissato ex art.1382 c.c.[4]. Si è affermata la liceità di detta pattuizione, in quanto espressione dell'autonomia privata. Dunque lecita, ma non necessariamente equa solo per il fatto di essere convenuta, posto che l'art. 1384 c.c. consente al giudice di ridurre equamente la prestazione assunta[5].

Nello specifico, si esamina la clausola che prevede la determinazione del credito della società di leasing in ragione della somma del valore attuale complessivo di tutti i canoni maturati, nonché di quelli maturandi sino al naturale termine del rapporto, detratto il corrispettivo della rivendita o del reimpiego in *leasing* del bene, da corrispondere all'utilizzatore inadempiente[6]. In detta ipotesi, il concedente non conseguirebbe più di quanto avrebbe avuto diritto di ottenere, in caso di regolare adempimento dell'utilizzatore[7]. La recente giurisprudenza, con l'affer-

1. Così, Flores, 1982, 27.

2. A titolo esemplificativo, lo storico problema del Cardinale Newman, concernente il peso degli indizi nella decisione di un magistrato, per definire una soglia per cui, una volta superata, la colpevolezza sia certa. Ed ancora, i metodi quantitativi e la matematica finanziaria svolgono una importante funzione quale ausilio alla contrattualistica, in particolare, ci si riferisce agli strumenti di tipo economico–matematico che permettono la strutturazione di un contratto con sistema d'incentivi o di contratti ottimi in condizioni di incertezza; in tema di assicurazioni, permettono di definire i premi in base al rischio.

3. Esso ha ad oggetto un bene destinato a conservare un notevole valore alla scadenza del contratto, talché l'interesse dell'utilizzatore è presumibilmente quello di acquistare la proprietà del bene, esercitando l'opzione d'acquisto dopo aver pagato tutti i canoni pattuiti.

4. In senso favorevole, Cass. 24.6.2002 n.9161, in Arh. Civ, 2003.

5. Buonocore, 2008, 162.

6. La legittimità della clausola «scaduto + scadere– bene» ha escluso l'eccessività della penale nell'ipotesi in cui la concedente avesse limitato la propria domanda alla differenza tra credito ed il presumibile valore di realizzo del bene già concesso in leasing. Così, T. Treviso 19.5.2014.

7. Ciò, in ossequio ai dettami dell'art.13 della Convenzione Unidroit di Ottawa del 26.5.1988 sul *lea-*

mazione di liceità di detta clausola, sembra –tuttavia– aver operato senza tenere in considerazione la disciplina dell'usura, o meglio, senza studiare attentamente l'impatto che questa nuova clausola avrebbe potuto avere nella definizione degli interessi contrattuali.

Occorre, pertanto, verificare, in termini matematici se in dette operazioni vi è il rispetto delle norme in tema di usura. Lo scritto tende a dimostrare che il tasso di interesse contrattuale, nel momento in cui scatta l'attivazione della clausola è differente rispetto al tasso di interesse rilevabile una volta sottratto il valore di vendita del bene dal credito dovuto. La prova di detta affermazione porta alla dimostrazione del modo in cui la sottrazione dal credito del valore di vendita del bene, introdotta dalle società di leasing dopo le insistenti richieste della giurisprudenza[8] e la costante applicazione dell'art. 1526 c.c.[9] appositamente per tutelare l'utilizzatore da un ingiusto arricchimento del concedente, costituisca concretamente una indiretta elusione della disciplina in tema di usurarietà dei tassi di interesse, insiti nell'operazione.

2. Lo strumento della matematica finanziaria risponde alla finalità di offrire una tutela quanto più possibile rispondente ai principi regolatori della tutela antiusura[10]. La

sing finanziario internazionale, secondo la quale la penale prevista in caso di inadempimento dell'utilizzatore deve essere tale «da porre il concedente nella stessa situazione nella quale egli si sarebbe trovato se l'utilizzatore avesse esattamente adempiuto al contratto di *leasing*».

8. L'affermata liceità della clausola da parte della giurisprudenza infatti, apparentemente ineccepibile, tenta di risolvere il problema riducendo il credito dovuto dal soggetto inadempiente tramite la sottrazione del valore di vendita del bene, anzichè agire sui fattori che portano alla determinazione di un credito, ossia la somma del debito residuo con il risarcimento del danno e la penale

9. Si dice che l'applicazione dell'art. 1526 c.c. «consenta all'ordinamento di esplicare funzioni sostanziali di controllo sull'autonomia negoziale delle parti» ed eviti la locupletazione della società di leasing a danno dell'utilizzatore (pur inadempiente) che altrimenti tratterrebbe i canoni già riscossi facendosi contemporaneamente restituire un bene che ha un valore economico nettamente superiore al debito residuo; non trascurando il fatto che spesso, in aggiunta, si prevedono clausole penali quantificate in una percentuale dei canoni a scadere. Così Clarizia, 1996, 258.

10. La legge 108 del 7.3. 1996 (legge anti usura) ha profondamente rivisitato il reato di usura disciplinato dalla previgente stesura dell'art. 644 c.p. ed inasprito le conseguenze civilistiche normate nell'art. 1815, 2° comma, c.c. sostituendo l'originario meccanismo della riduzione del tasso usurario alla misura legale. É stata introdotta la c.d. usura oggettiva, slegata dall'accertamento dello stato di bisogno dell'usurato, che si realizza *iuris et de iure* allorché sia stato pattuito un tasso debordante il TSU vigente al momento del perfezionamento negoziale; è' stato quindi fissato in misura numerica e oggettiva quale sia, per ogni trimestre, il limite massimo da non superare perché il contratto non nasca usurario dall'origine. La disciplina, nella seconda parte del terzo comma dell'art. 644 c.p., prevede anche un parametro soggettivo che qualifica come usurari anche «quegli interessi che, seppur inferiori al tasso di soglia, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, in ipotesi di difficoltà economica o finanziaria.» Detta fattispecie residuale, risponde essenzialmente all'esigenza

clausola di attualizzazione interna[11], attraverso la quale è concordato un compenso al concedente, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, rappresenta un pattuito risarcimento, nonché una funzione remunerativa o corrispettiva, attraverso un importo attualizzato ad un determinato tasso. Occorre evidenziare che il tasso applicato per operare tale attualizzazione è sempre di gran lunga inferiore a quello con il quale si è costruito l'originario piano di ammortamento e determinata la componente interessi nell'importo dei canoni di locazione. In termini matematici, è vero che l'ammontare dei canoni a scadere, attualizzati al tasso convenuto (se di segno positivo), è inferiore all'ammontare dei medesimi canoni che si sarebbero dovuti versare alle originarie scadenze contrattuali. Tale ammontare è notevolmente superiore alla sommatoria delle quote capitale di tutti i canoni a scadere, comportando per l'utilizzatore il pagamento di una parte degli interessi originariamente compresi nei canoni a scadere, comunque pretesi dal concedente anticipatamente ed in unica soluzione, anziché alle scadenze convenzionalmente pattuite. Peraltro, tale differenza aumenta al crescere della «forchetta» tra il tasso di interesse pattuito, con il quale sono stati determinati i canoni, e il tasso di attualizzazione concordato, attesa altresì la difficile percezione dell'onerosità dell'operazione da parte dei consumatori poco periti in materie matematico attuariali.

La somma del valore attuale complessivo dei versamenti ancora dovuti dal cliente e del prezzo di riscatto dovrà essere calcolato a tasso legale**.** Tuttavia il tasso legale, di norma è di gran lunga inferiore al T.A.E.[12] definibile come il tasso contrattuale che tiene conto dell'eventuale anticipazione delle quote interessi nel corso dell'anno – aspetto non contemplato dal T.A.N[13]. Di conseguenza, il credito forfettizzato risultante dall'attivazione della clausola, è di gran lunga superiore al debito residuo come da piano d'ammortamento.

3. Ritornando al tema giuridico, la funzione risarcitoria, remunerativa e corrispettiva della clausola di attualizzazione interna produce l'inclusione nel credito così forfettizzato del debito residuo, del risarcimento del danno e della penale, il cui ammontare può essere ridotto dal Giudice, nell'ipotesi in cui risulti manifestamente eccessiva rispetto all'inadempimento. Alla luce di queste considerazioni appare utile riuscire a scorporare dal credito ciascuna delle tre componenti:

– debito residuo;

di colmare possibili lacune di tutela, attuate mediante prestazioni ad un interesse convenuto, al di sotto del limite legale fissato al fine di eluderne il precetto.

11. Scaduto+scadere–bene

12. Tasso Annuo Effettivo.

13. Tasso Annuo Nominale.

– risarcimento del danno;
– penale[14].

Invocando nuovamente il supporto datoci dal formalismo matematico ci accingiamo a descrivere una generica situazione di inadempimento[15].

Da una certa scadenza t_k in avanti l'utilizzatore non onora più gli impegni contrattuali rappresentati dalle somme A_s alle scadenze t_s con s = k, k + 1, ..., N.

Il credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore, definito come *C*, si scompone nella somma di tre addendi (ovviamente positivi):

$$C = L(i) + \delta + \pi$$

dove *L(i)* rappresenta il debito residuo del cliente come da piano d'ammortamento, *d* è il risarcimento del danno per la società derivante dall'interruzione del contratto, e π è una penale.

Il debito residuo del cliente *L(i)* si ottiene attualizzando alla scadenza del contratto (istante t_k) i versamenti futuri, in base al tasso contrattuale (T.A.E.) e computando anche il riscatto non pagato, cioè:

$$L(i) = \sum_{s=k}^{N} A_s (1 + i)^{t_k - t_s}$$

Si noti che l'interesse *i*, da considerarsi nella formula appena esposta, deve essere opportunamente ricavato dal T.A.E. e coerente con la periodicità delle rate[16].

Il credito *C* a favore della società di leasing individua il tasso i_l mediante la seguente relazione:

$$C = \sum_{s=k}^{N} A_s (1 + i_l)^{t_k - t_s}$$

Similmente al caso del calcolo del debito residuo, si presti attenzione alla formula precedente, dove l'interesse i_l rappresenta il tasso legale in relazione alla periodicità delle rate.[17]

Al fine di scomporre la differenza tra *C* e *L(i)* – per ottenere dunque valori

14. D'Amico, Luciano, Peccati, 2011, 278 ss..
15. Ripresa da D'Amico, Luciano, Peccati, 2011, 279 ss.
16. Per completezza si riporta di seguito la formula necessaria per definire il tasso equivalente ad uno precedentemente assunto i_k: $i_h = (1 + i_k)^{k/h} - 1$; dove *k* è il numero di periodi in un anno e *h* è il numero di periodi di conversione.
17. Ibidem.

univoci per il risarcimento d e la penale π – si deve partire dalla somma del debito residuo del cliente e risarcimento del danno.

In questo processo l'attualizzazione avviene in base ad un terzo tasso, il tasso di riferimento i_{tr} del parametro di indicizzazione.

Così facendo, dunque, si posto $P(i_{tr}) = L(i) + \delta$, il tasso i_{tr} è definito da:

$$L(i) + \delta = \sum_{s=k}^{N} A_s (1 + i_{tr})^{t_k - t_s}$$

Sembra superfluo ricordare che il tasso di riferimento i_{tr}, da utilizzare nella precedente formula, segue le indicazioni previste per il calcolo di $L(i)$ e di C[18].

Poiché vale:

$$C > P(i_{tr}) > L(i)$$

la decrescenza del valore attuale al crescere del tasso fa si che, banalmente:

$$i_l < i_{tr} < i$$

Con semplici ragionamenti di carattere finanziario si conclude che il risarcimento del danno è espresso come:

$$\delta = P(i_{tr}) - L(i)$$

mentre la penale è data da:

$$\pi = C - P(i_{tr})$$

Si può dimostrare che tutte le quantità in gioco decrescono all'aumentare della data in cui non si paga la prima rata. Questo significa dunque che debito residuo, risarcimento e penale saranno via via minori mano a mano che si ritarda l'adempimento.

È infatti verificabile come spostandosi verso l'ultima rata, i valori di risarcimento e penale siano prossimi a zero.

4. L'evoluzione giurisprudenziale ha evidenziato e definito la necessità della previsione contrattualistica dell'attribuzione all'utilizzatore del diritto di imputare il valore dell'immobile alla somma dovuta in restituzione delle rate a scadere. Ciò, al

18. Ibidem.

fine di evitare che clausole penali attribuiscano al concedente vantaggi eccessivi. La giurisprudenza, tuttavia, sembra aver sempre operato senza studiare attentamente l'impatto che questa nuova clausola avrebbe potuto avere nella definizione degli interessi contrattuali.

Nel presente lavoro, si è giunti a provare come l'obbligo di sottrazione del valore di vendita del bene sia in realtà una possibilità per le società di leasing di nascondere l'usura del contratto. Infatti, il credito forfettizzato, risultante dall'attivazione della clausola, è di gran lunga superiore rispetto al debito residuo come da piano d'ammortamento. Tanto, poiché, nel credito così forfettizzato sono inclusi, oltre al pagamento del debito residuo, il risarcimento del danno e la penale. Il tasso legale è, normalmente, inferiore al T.A.E. Ciò fa aumentare sensibilmente i valori del risarcimento del danno e della penale. Così il gioco di tassi che abbiamo visto – la formula $-1+(L(y))/(L(i))$ – rende il T.E.G. del contratto all'attivazione della clausola, ma prima della cessione del bene, un tasso usurario.

Dal calcolo del T.E.G. si nota, appunto, come le imprese concedenti riescano ad inserire tassi effettivamente usurai (verificabili solo a seguito del verificarsi dell'inadempimento) nella clausola che permette, successivamente, la sottrazione del valore di vendita del bene, che però ritornano nuovamente leciti una volta effettivamente sottratto il valore di vendita del bene. Tale problematica emerge solo attraverso il fecondo ausilio della matematica finanziaria.

Inoltre, nella valutazione della penale, in termini di manifesta eccessività, il giudice è tenuto a comparare il vantaggio che essa assicura al contraente adempiente con il margine di guadagno che egli si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto.

Una soluzione percorribile sarebbe quella di calcolare il T.A.E.G. in tutti i momenti di ogni ipotesi prevista dal contratto, soprattutto nell'ipotesi di inadempimento cui segue la domanda di risoluzione del contratto.

Partendo dalla circostanza che il contratto di leasing rappresenta, oramai, uno strumento d'azione degli operatori economici nell'ambito dei mercati, tanto da necessitare l'osservazione dell'istituto anche in una prospettiva sovranazionale[19], in ragione della molteplicità delle fonti che contribuiscono a regolarlo a livello nazionale ed internazionale[20], il valido ausilio della matematica finanziaria sarebbe quanto mai fecondo al fine di contribuire ad una evoluzione giurisprudenziale pregna di scientificità, come tale elevabile al grado della ricerca scientifica.

19. In argomento, Frignani, 1998, 19.

20. Cfr. Costantiniesco, 2000, 299 ss. Per una analisi dei rapporti tra diritto comparato e diritto internazionale, comunitario e uniforme in genere, Sacco, 1992, 154 ss.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Buonocore V. (2008). *La locazione finanziaria.* Milano: Giuffré.

Clarizia R. (1996). *La locazione finanziaria.* Torino: Giappichelli.

Costantiniesco L. J. (2000). *Il metodo comparativo*. Torino: ed.it di Procida Mirabelli di Lauro A.

D'Amico M., Luciano E., Peccati L. (2011). *Calcolo finanziario. Temi di base e temi moderni.* Milano: Egea Tools.

Flores A. (1982). Proiezioni del diritto nella logica matematica. Il provvedimento d'urgenza. *Informatica e diritto*, p. 27.

Frignani A. (1998). Il leasing negli ordinamenti di civil e common law. *Riv. it. Leasing*, p. 19.

Sacco R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato.* Torino: Utet giuridica.

ALESSIO CARACCIOLO

SUL PREVALENTE INTERESSE DEL BAMBINO NATO A SEGUITO DEL RICORSO ALLA MATERNITÀ SURROGATA*

ABSTRACT

Il fenomeno della maternità surrogata pone stringenti interrogativi in merito al bilanciamento tra il contrasto alle forme illecite di procreazione medicalmente assistita e la tutela del superiore interesse del minore. Scopo del presente contributo è fornire una chiave di lettura innovativa rispetto all'approccio tradizionale, ponendo al centro le problematiche che derivano dalla dichiarazione automatica di adottabilità nei confronti di un minore già inserito in un contesto familiare, sia pur a seguito della violazione commessa dai genitori. Alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, si tenterà di fornire una ricostruzione volta a sostenere la necessità di una riforma che consenta di superare l'attuale configurazione, ormai evidentemente anacronistica anche in virtù degli ultimi interventi normativi che hanno in parte regolamentato famiglie atipiche rispetto a quella tradizionale.

The surrogate motherhood phenomenon poses demanding questions about the balance between the contrast to illicit forms of medically assisted procreation and the protection of the child's best interests. This contribution aims to provide an interpretation somehow different from the usual approach, by shifting the focus to the issues due to the adoptability decree emitted for a minor already included in a family context, albeit despite the violation committed by his parents. Bearing in mind the most recent jurisprudential guidelines, the dare will be to provide a criticized reconstruction aimed at supporting the need for reform that will overcome the current configuration, henceforth anachronistic also due to the recent regulatory measures which have partially regulated new kinds of families.

PAROLE CHIAVE

Maternità surrogata / interesse del minore

Surrogate motherhood / best interest of the child

SOMMARIO: 1. La maternità surrogata. – 2. Gli ondivaghi orientamenti giurisprudenziali nazionali. – 3. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed interessi tutelati. – 4. Profili critici.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. La regolamentazione dei progressi scientifici che hanno permesso all'uomo di creare in vitro embrioni umani, manipolarli, congelarli ed impiantarli in modo selettivo costituisce un aspetto estremamente controverso della discussione bioetica[1]. Tra i dibattiti di maggior interesse spicca quello sulle tecniche di fecondazione artificiale che includono un terzo soggetto estraneo alla coppia[2], in particolare con riferimento all'utilizzo, ai fini della gestazione, del corpo di un'altra donna[3]. La "surrogazione di maternità"[4] presenta infatti una serie di possibili casistiche distinte[5], a seconda che il patrimonio genetico dell'embrione provenga integralmente dalla coppia richiedente o sia a sua volta frutto di fecondazione eterologa. In tale seconda ipotesi, ancora, potrebbe essere il risultato dell'unione del gamete maschile del richiedente o di un altro soggetto con l'ovulo della committente oppure con quello della gestante o, in ultima analisi, essere di provenienza ulteriore[6]. La disgregazione dei rapporti delineati è tanto più evidente se si cerca di compiere un raccordo definitorio con le categorie tradizionali di genitori, in merito alle quali si assiste ad un proliferare di aggettivi qualificativi volti a individuare il ruolo

1. «Chiunque affronti le questioni inerenti alla formazione delle regole giuridiche nell'area di impatto con le scienze biologiche e le biotecnologie deve prendere posizione» sul «modo in cui si ponga, in generale, il rapporto tra scienza e diritto» (Lucchini Guastella, 2017, 1722). V. anche Santosuosso, Azzini, 2010, 731; Chieffi, 2000, 83 ss.; Lecaldano, 2009, 138.

2. «Il progresso medico–scientifico ha poi moltiplicato le situazioni in cui la procreazione avviene mediante il ricorso a soggetti estranei all'ambito familiare» (Lucchini Guastalla, 2017, 1722). Cfr. Rescigno, 2007, 71 ss.; Ferrando, 1999, 156 ss.

3. Da un punto di vista tecnico, si distingue tra surrogazione parziale e totale a seconda del ruolo assunto dal patrimonio genetico dei "committenti". «La madre surrogata può essere fecondata con il seme del marito oppure ricevere l'impianto di un embrione già concepito in vitro. Nel primo caso, si parla di maternità surrogata o di madre in affitto; nel secondo, di maternità portante o affitto di ventre» (Sesta, 2000, 203).

4. «La "maternità per sostituzione" è una particolare tecnica di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA), attraverso cui le donne si prestano ad intraprendere e portare a termine una gravidanza, per partorire un figlio non per sé, ma per altri» (Varano, 2017, 825); così anche Corti, 2000, 1, n 1. In altre parole, «la maternità surrogata può essere più opportunamente inquadrata quale gestazione per altri o per conto d'altri» (Schuster, 2015, 830).

5. Invero, le tecniche moderne hanno solo ampliato le possibilità di ricorso ad una pratica antichissima. Emblematico il racconto biblico della schiava di Sara, indicata dalla stessa quale partoriente per il suo figlio: «Sarai, moglie di Abram, non gli aveva dato figli. Avendo però una schiava egiziana chiamata Agar, Sarai disse ad Abram: "Ecco, il Signore mi ha impedito di aver prole; unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli"» (*Genesi*, 16, 1–2). Il richiamo è di Scalisi, 2017, 1098, ma v. anche Lucchini Guastalla, 2017, 1723, n 9. Per un racconto analogo, v. anche *Genesi*, 30, 2–21. Ciò trova un fondamento nelle disposizioni del Codice di Hammurabi che assumono per pacifica la possibilità di utilizzare una schiava per surrogare la genitorialità (sul punto, cfr. i contributi di Saporetti, 2008; Torre, 2004; Mari, 2007).

6. Dell'Utri, 2010, 358 ss.; Lipari, 1986, 567. Si può parlare anche di «riproduzione senza sessualità» (Di Masi, 2014, 616).

rispettivamente assunto nella procreazione. Nasce così una possibile tripartizione[7] tra "madre genetica", che mette a disposizione gli ovociti, "madre biologica", che partorisce il bambino, e "madre sociale", che esprime la volontà di assumere le responsabilità genitoriali sul nascituro[8]. Allo stesso modo, è possibile distinguere il "padre naturale" dal "padre sociale", che instaura una significativa relazione con il nato[9]. Si assiste sostanzialmente ad una destrutturazione fattuale del rapporto familiare di cui agli artt. 231 e 269 c.c., così che non si possa più dar per scontato nemmeno il notorio brocardo *mater certa est*[10].

L'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, sancisce un espresso divieto di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione della surrogazione di maternità, pena la reclusione da tre mesi a due anni ed una multa di importo compreso tra seicentomila e un milione di euro[11]. Tale disposizione non risolve nel concreto le problematiche applicative che insorgono in tutti i casi nei quali il divieto venga eluso da pratiche poste in essere in Stati[12] nei quali la normativa è di segno

7. «Nell'ipotesi in cui madre surrogata, madre genetica e madre sociale non coincidano, si è parlato anche di "maternità trina", poiché vi sono: una maternità biologica della donna che partorisce il bambino; una maternità genetica della donna che fornisce l'ovocita; una maternità sociale della donna che commissiona la maternità» (Lucchini Guastalla, 2017, 1724). V. anche Campiglio, 2011, 1509.

8. Salone, 2014, 3.

9. Turlon, 2013, 712.

10. Così anche Scalisi, 2017, 1098.

11. «Tale divieto, tuttavia, ha implicato ed implica tutt'oggi diversi rischi e incertezze: dal pericolo che i genitori committenti provino ad aggirare la rigorosa proibizione domestica attraverso il turismo procreativo, a quello di trovarli coinvolti in un procedimento penale e vederli privati della possibilità di esercitare la responsabilità genitoriale una volta rientrati in Italia, al rischio ancora più rilevante del bambino di confrontarsi con una dichiarazione di stato di abbandono e vedersi disconosciuto non soltanto il legame parentale, bensì anche e soprattutto i diritti di cittadinanza» (Varano, 2017, 828). In definitiva, l'apparato normativo introdotto dalla l. 40/2004 «ha fornito più divieti che risposte risolutive, incapace di regolamentare un settore che già all'epoca conosceva un alto tasso di mobilità transfrontaliera e imponeva uno specifico coordinamento con la disciplina del diritto internazionale privato» (Schuster, 2015, 831). In tema di surrogazione di maternità il vuoto regolativo fu totale e la statuizione del semplice divieto si rivelò subito rimedio peggiore del male, perché intanto il turismo procreativo ha continuato e continua regolarmente a operare e il fenomeno, in mancanza di adeguati limiti e forme di controllo, anziché attenuarsi ha finito invece con il registrare un ulteriore sensibile incremento» (Scalisi, 2017, 1100).

12. «Nel mondo gli accordi di maternità surrogata sono permessi e regolati mediante un'apposita disciplina in Russia (Legge Federale sui "Principi della tutela della salute dei cittadini della Federazione Russa" 01.01.2012), India (Linee guida in tema di surrogazione di maternità del Ministero della Sanità e del Family Welfare) e Gran Bretagna (Surrogacy Arrangements Act); in alcuni paesi degli Stati Uniti e dell'Australia sono state introdotte soltanto delle linee guida, mentre in Belgio, Finlandia e Grecia tali accordi sono ritenuti validi pur in assenza di una specifica normativa sul punto (Fasano, 2015)» (Varano, 2017, 827, n 8, 9, 10). Di contro, il divieto sembra essere molto diffuso, specialmente in Europa: «in Austria e Germania vi è un esplicito divieto (L. n. 293/1992, art. 3, per quel che concerne l'Austria; L. 13.12.1990, art. 1, comma 7, per la Germania); in Norvegia non vi è una disciplina specifica, ma il

opposto[13]. Pur non volendo ricondurre la questione sul piano etico–morale, è necessario sottolineare come tale struttura avvalori ancor più la necessità di un intervento normativo che rappresenti una chiara presa di posizione da parte del legislatore non solo nei confronti del fenomeno in questione, di larga diffusione[14], ma soprattutto delle conseguenze dell'inosservanza del divieto non tanto in capo ai genitori, penalmente sanzionabili, quanto ai figli[15]. La dimostrazione della prevalenza del criterio naturalistico rispetto a quello sociale per l'attribuzione della maternità può infatti portare conseguenze nefaste per il nato, assoggettato a due sole possibilità: essere dichiarato figlio naturale della partoriente, generalmente portata a prestare il suo consenso alla gravidanza surrogata per gravi situazioni di indigenza, oppure posto in condizione di adottabilità. L'estensione delle disposizioni di cui agli artt. 8[16] e 9 della legge n. 40 del 2004 ai casi di violazione del divieto di surrogazione nella maternità consentirebbe di evitare gli automatismi di matrice civile e penale, consentendo di radicare in capo ai committenti lo *status* parentale[17], dando preminenza al principio della responsabilità procreativa nascente dalla procedimentalizzazione della manifestazione di volontà che deve necessariamente precedere l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. A tale impostazione si può tuttavia opporre che, trattandosi di manife-

divieto si cela dietro la prevista illiceità della cessione di ovociti alla donna che presta il proprio utero (L. 12 .07.1987, art. 11); in Svizzera è espressamente vietata ogni tipologia di donazione di embrioni e di maternità sostitutiva, per tutelare la dignità della madre surrogata e del nascituro (art. 119 capoverso 2, lett. d) della Costituzione Federale della Confederazione svizzera); la Francia, pur ammettendo la donazione di ovociti, esclude l'affitto dell'utero, prevedendo anche una sanzione penale a carico sia della madre surrogata, sia dei genitori committenti (L. 29.07.1984, n. 94–653); in Spagna, infine, è l'art. 10.1 della L. n. 14 del 02.05.2006 sulle Tecniche di Riproduzione Umana Assistita che vieta la surrogazione di maternità» (Varano, 2017, 827, n 13, 14, 15, 16, 17, 18). V. anche Querci, 2015, 1144.

13. Il fenomeno assume generalmente il nome di "turismo procreativo", sebbene sia stato definito in vario modo, a partire da "esilio riproduttivo" (Picaro, 2017, 1264), "delocalizzazione riproduttiva" (Mouly, 2014, 2419 ss.), "turismo medico" (Coehn, 2012, 1309 ss.), "bordello riproduttivo" (Cherry, 2014, 257 ss.).

14. Secondo uno studio dell'Osservatorio sul Turismo Procreativo (Shenfield, De Mouzon, Pennings, Ferraretti, Andersen, De Wert, Goossens, 2010, 1361–1368), «il gruppo più numeroso è costituito dagli italiani, che da soli rappresentano il 31,8% del campione» (Varano, 2017, 830).

15. «La situazione di instabilità derivante dalla negata attribuzione di uno *status* definito, rappresenta un rischio da scongiurare in ogni modo, dal momento che pregiudica i diritti all'identità personale, ad acquisire una nazionalità nonché di conoscere le proprie origini, senza escludere il diritto al nome, intesi quali parametri di tutela del minore, ampiamente garantiti dall'ordinamento e dalla giurisprudenza internazionale» (Picaro, 2017, 1267–1268).

16. «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6», che si può ritenere applicabile *ratione materiae* alla fattispecie della maternità surrogata, che costituisce una "tecnica di procreazione medicalmente assistita".

17. Salone, 2014, 16.

stazione di volontà, è doveroso applicare integralmente la disciplina inerente ai relativi vizi e che, pertanto, a causa della radicale nullità dell'accordo ex art. 1418 c.c., si debba escludere l'instaurazione del rapporto di filiazione di cui alla norma speciale.

2. Nel diritto interno si segnala una forte bipartizione degli orientamenti giurisprudenziali, ove da un lato si pone la corrente che offre un'apertura alla stabilizzazione di rapporti che hanno una valenza più sociale che biologica[18], e dall'altro la linea tracciata dalla Corte costituzionale[19], che tende a risolvere il bilanciamento degli interessi a favore del contrasto alla maternità surrogata. Ad esempio, il Tribunale per i Minorenni di Firenze, con una sentenza del 12 giugno 2015[20], ha dichiarato di non dar luogo a provvedere in ordine allo stato di adottabilità di due minori, gemelli, nati da una coppia che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa in Ucraina utilizzando il meccanismo della maternità surrogata. In tale pronuncia, il Tribunale ha recepito appieno l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[21], argomentando l'accoglimento delle richieste dei genitori sulla base di una ricostruzione sistematica del principio del *best interest of the child*, sancito dall'art. 1 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991 n.176. In particolare, il Giudice ha ritenuto preminente l'esigenza del minore ad una continuità affettiva nell'ambito di quella che si può definire una "famiglia di fatto" costituita tra i genitori ed i figli, dando rilievo all'esistenza di una genitorialità di tipo sociale, derivante dal comportamento concretamente tenuto da parte della coppia nei confronti dei minori. Ciò apre lo scenario ad una serie di considerazioni in merito alle prospettive future, poiché il concetto di "famiglia di fatto" è da sempre stato connesso alla sussistenza di rapporti *more uxorio* tra conviventi che, pur in assenza di vincolo matrimoniale, condividono la vita materiale e spirituale come coniugi. L'estensione della rilevanza di un dato fattuale alla sussistenza dei legami genitoriali si presta all'elusione della normati-

18. In tal senso, Cass. 22.06.2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 1203 ss.; *contra*, Cass. 11.11.2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 235 ss.

19. In particolare, Corte Cost., 18.12.2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2018, p. 540 ss., ove sembra che «l'intento del Giudice delle leggi» sia quello di «difendere l'assetto normativo della l. n. 40/2004 indicando, quale prevalente sul diritto alla salute della coppia e sul diritto all'autodeterminazione, la rilevanza costituzionale dell'interesse pubblico alla dignità della donna gestante e delle relazioni umane», non senza fare salve le «forme di maternità surrogata "solidale" o "relazionale", che lo stesso giudice remittente considera "non lesive della dignità della donna, né riducibili alla logica di uno scambio mercantile"» (Salanitro, 2018, 557).

20. A quanto consta ancora inedita, ma disponibile sul sito *www.aiaf–avvocati.it* e citata in Schuster, 2015, 828.

21. Sent. 27.01.2015, c. 25358/12, in *Foro It.*, 2015, 3, 4, 117 ss.

va sull'adozione, laddove sarebbero ipotizzabili analoghe sanatorie poste in essere dalle corti territoriali per rispondere all'esigenza di tutelare gli interessi del minore che abbia instaurato un duraturo rapporto con i "genitori sociali" pur in assenza di qualsivoglia collegamento di tipo biologico. Di contro, la sentenza in questione appare manifestazione di grande civiltà giuridica, a dimostrazione della necessità di una valutazione attenta di quelle che possono essere le peculiarità dei singoli casi presi in considerazione per far fronte ad un vuoto normativo che appare sempre più evidente.

La giurisprudenza, in sede di merito[22] e di legittimità[23], ha affrontato più volte le questioni relative alla delibazione dei provvedimenti stranieri in materia di procreazione medicalmente assistita, con una recentissima rimessione alle Sezioni Unite[24] dovuta ad un'applicazione eccessivamente generosa dell'art. 374, comma 3, c.p.c. in materia[25].

3. Nel panorama comunitario si registra una maggiore attenzione all'interesse del minore rispetto agli altri valori presi in considerazione[26]. In linea di massima, l'orientamento principale si può riassumere nel senso che «il riferimento all'ordine pubblico non può dare carta bianca e giustificare ogni tipo di rimedio, poiché l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del bambino incombe sullo Stato a prescindere dalla natura del legame genitoriale, sia esso genetico o di altro tipo»[27]. In altri termini, è preminente «il fondamentale diritto di ogni bam-

22. V. App. Trento, ord. 23.02.2017, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 7–8, 994 ss., con nota di Calderai e in *Corr. Giur.*, 2017, 7, 935 ss., con nota di Ferrando; Trib. Varese, 7.11.2014, in *Foro It.*, 2015, 1, 2, 54; Trib. Minorenni Milano, 06.09.2012, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 7–8, 712, con nota di Turlon; App. Bari, 25.02.2009, in *Int'l Lis*, 2010, 1, 20, con nota di Baruffi; Trib. Roma, 29.03.2000, in *Foro It.*, 2000, I, 1697, con nota di Ciani.

23. V. Cass. 15.06.2017, n. 14878; Cass. 30.09.2016, n. 19599, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di Ferrando e in *Foro It.*, 2016, 11, 1, 3329 ss.; Cass. 22.06.2016, n. 12962, in *Foro It.*, 2016, 7–8, 1, 2342; Cass. 11.11.2014, n. 24001, in *Foro It.*, 2014, 12, 1, 3408. Nella giurisprudenza penale si evidenzia l'utilizzo della scriminante dell'esercizio putativo del diritto per chi ricorre a pratiche di maternità surrogata in paesi dove è consentita, considerato che affinché il fatto sia punibile dev'essere previsto come reato anche nello Stato in cui è commesso così che l'agente possa essere consapevole della rilevanza penale della sua condotta. Sul punto, in particolare, v. Cass. 10.03.2016, n. 13525, in *Ragiusan*, 2016, 387 e in *Foro It.*, 2016, 5, 2, 286.

24. L'ultima ordinanza di remissione è la n. 4384 del 22.02.2018, in *Foro It.*, 2018, 3, 1, 782, inerente a una controversia in merito alla delibazione di una pronuncia canadese che riconosce la genitorialità di due uomini nei confronti di un bambino nato mediante ricorso alla maternità surrogata.

25. La considerazione è di Dogliotti, 2018, 845.

26. Cfr. Vesto, 2015, 306 ss.; Casaburi, 2014, 3408; D'Amico, 2015, 151 ss.; Flamigni, Borini, 2012, 33; Campiglio, 2014, 1122 ss.; Loreti Beghè, 1993, 442; Lenti, 2010, 157.

27. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27.01.2015, c. 25358/12, in *Foro It.*, 2015, 3, 4, 117 ss.

bino "a definire la propria identità come essere umano"»[28]. La pronuncia citata, inerente all'istanza di una coppia italiana, mostra tutta l'incongruenza del sistema giuridico italiano in materia di tutela del minore nato a seguito di una procedura medica illecita. Appare evidente, infatti, la scarsa propensione a porre al centro il superiore interesse del minore, nel caso di specie allontanato dalla casa familiare ed affidato alle cure di una casa–famiglia nonostante fossero trascorsi diversi mesi nei quali inevitabilmente il nucleo familiare aveva iniziato ad instaurare un legame. I coniugi avevano tentato per anni di avere un figlio mediante le tecniche di procreazione medicalmente assistita in Italia ed all'estero, ed erano stati reputati idonei nelle ordinarie procedure di adozione, ma decisero di rivolgersi ad un'agenzia straniera per ricorrere alla surrogazione di maternità in Russia, Paese ove la stessa è legale e nel quale è possibile ottenere il riconoscimento dello *status* genitoriale anche in assenza di collegamento biologico con il nato. Dopo il parto, al rientro in Italia, i coniugi richiesero la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile, ma tale istanza fu respinta poiché il Consolato italiano a Mosca aveva trasmesso gli atti al Tribunale per i Minorenni, ritenendo sussistere gli estremi per il reato di falso in merito alla documentazione presentata per il rimpatrio con il minore. Alla luce di tale segnalazione, da un lato fu deciso di non concedere la trascrizione del certificato per ragioni di ordine pubblico internazionale[29], mentre dall'altro fu avviato il procedimento per la dichiarazione di abbandono e adottabilità del minore, nel corso del quale il Tribunale, a seguito del risultato del test del DNA, che aveva dato riscontro di non corrispondenza genetica per entrambi i coniugi, dispose l'allontanamento dalla casa dei ricorrenti. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur ritenendo di non potersi pronunciare sul ricorso in merito alle doglianze espresse per conto del minore poiché i ricorrenti risultavano sprovvisti di qualsivoglia potere di rappresentanza[30], rileva la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alla tutela della vita privata e familiare di quest'ultimo[31]. Il procedimento logico che sottende alla pronuncia della Corte si fonda sull'assoluta prevalenza dell'interesse del minore, qualificato come "superiore"[32], in virtù del quale dev'es-

28. Scalisi, 2017, 1109, sempre in merito alla sentenza *supra*, n 23.

29. Segnatamente, e senza che sul punto si possano effettivamente muovere censure, per la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto falso. Cfr. Romeo, 2018, 835, n 1.

30. In apparente contraddizione con quanto enunciato nella sentenza stessa, prefigurandosi un vizio formale più che sostanziale, dato che la pronuncia della Corte mina le basi del provvedimento che ha portato alla perdita del potere di rappresentanza.

31. Tuttavia, nonostante questo, la Corte condanna l'Italia al risarcimento del danno ma non dispone il ricongiungimento del minore con i ricorrenti, ritenendo prevalente il legame sorto con la coppia affidataria. Cfr. Romeo, 2018, 836, n 5.

32. «L'aggettivo superiore, attribuito all'interesse del minore, deriva dal testo francese della Convenzione dei diritti del minore del 1989, elaborata in sede ONU (in sigla UNCRC), i cui testi ufficiali

sere operato un bilanciamento degli interessi della collettività, che soggiacciono alle esigenze di salvaguardia del fanciullo[33]. La principale censura appare infatti essere proprio collegata al procedimento che ha portato all'allontanamento del minore con conseguente affidamento ad una casa–famiglia, fondato, secondo la Corte, sulla valutazione pregiudizievole del comportamento tenuto dai genitori[34].

Sebbene sia indubbio che i comportamenti illeciti debbano essere opportunamente sanzionati[35], è altrettanto importante salvaguardare le esigenze del minore, il quale corre il rischio di vedere eccessivamente compressi i propri diritti in virtù di un rigore formale nell'applicazione di norme che, a ben vedere, prevedono una serie di meccanismi di salvaguardia la cui *ratio* giace proprio nella sua tutela[36].

sono in inglese e in francese; nel testo inglese l'aggettivo corrispondente è invece *best*, la cui corretta traduzione in italiano è *migliore*, non certo *superiore*. Inoltre, secondo il testo francese l'interesse del minore deve avere *une considération primordiale* (aggettivo traducibile con *fondamentale, capitale, decisiva*, e reso con *preminente* nella traduzione ministeriale italiana) mentre secondo il testo inglese deve avere a *primary consideration* (aggettivo traducibile in italiano con *primaria, prioritaria*). Il valore semantico degli aggettivi *best* e *supérieur* non è pienamente corrispondente; né lo è, seppur meno marcatamente, quello degli aggettivi *primary* e *primordiale*. La coincidenza semantica fra i due testi non è dunque piena» (Lenti, 2016, 88–89).

33. Di segno contrario, Corte Europea Dir. Uomo, 21.01.2017, c. 25358/12, in *Foro it.*, 2017, 4, 105, con nota di Casaburi. In particolare, in tale circostanza «la Corte prende atto che lasciare il bambino con i ricorrenti avrebbe condotto alla legalizzazione di una situazione creatasi a seguito della violazione di importanti regole dell'ordinamento italiano» (E.L. Guastalla, *op. cit.*, p. 1729).

34. «Il severo giudizio di inidoneità ad essere genitori non è confortato da alcuna perizia e unicamente basato sulla valutazione della loro recente condotta illecita, in netto contrasto, quindi, con la precedente valutazione positiva della loro capacità a divenire genitori adottivi» (Schuster, 2015, 833).

35. Nel senso di un sovrastante disvalore del ricorso alla maternità surrogata, v. Corte Cost., 18.12.2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2018, 540 ss. Più precisamente, «nella valutazione complessiva il giudice non può comunque evitare di considerare, "nel silenzio della legge (...), l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita norma penale". [...] pur riconoscendo formalmente il potere di valutazione del concreto interesse del minore, il fraseggio della Corte costituzionale sembra vincolare il giudice ordinario in senso favorevole all'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento, sostenendo che sia la legge stessa a imporre "l'imprescindibile presa d'atto della verità, con divieti come quello della maternità surrogata"» (Salanitro, 2018, 553). In realtà, nel tentativo di dirimere il contrasto tra *favor minoris* e *favor veritatis*, la Corte costituzionale ha ribadito il ruolo fondamentale dell'interesse del minore, elevandolo ancora una volta a parametro di riferimento in tutti i procedimenti che hanno per oggetto la conservazione del rapporto con i "genitori apparenti". «Se si portasse alle estreme conseguenze la decisione della Corte costituzionale, l'interesse concreto del minore potrebbe essere bilanciato con l'interesse all'accertamento della verità sollevato da azioni promosse da soggetto portatori di interessi concorrenti con, o contrapposti a, quelli del minore: gli effetti sarebbero dirompenti, perché introdurrebbero una variante non considerata in sede di legislazione ordinaria, neanche dopo la riforma, che sarebbe espressione dell'applicazione diretta di un principio, il c.d. *favor minoris*, considerato rilevante a livello costituzionale, *ex* art. 117, comma 1, Cost., delle convenzioni internazionali che regolano la materia» (U. Salanitro, 2018, 555 e, in tal senso, cfr. Lenti, 2016, 92 ss.; Busnelli, 2016, 1463 ss.).

36. In tal senso, v. Bugetti, 2017, 161 ss.

4. L'attuale configurazione della normativa interna prevede una stringente disciplina in materia di adozione[37], disciplinata dalla l. 4 maggio 1983, n. 184 e s.m. Nelle controversie in tema di maternità surrogata, la normativa di riferimento è contenuta negli artt. 8 e 12, combinati con il disposto dell'art. 11 comma 2, il quale dispone che «nel caso in cui non risulti l'esistenza di genitori naturali che abbiano riconosciuto il minore o la cui paternità o maternità sia stata dichiarata giudizialmente, il tribunale per i minorenni, senza eseguire ulteriori accertamenti, provvede immediatamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità a meno che non vi sia richiesta di sospensione della procedura da parte di chi, affermando di essere uno dei genitori naturali, chiede termine per provvedere al riconoscimento». In altre parole, una volta ricevuta una segnalazione in merito a situazioni che potrebbero essere ricondotte all'utilizzo del meccanismo della maternità surrogata, il Tribunale per i Minorenni, non appena abbia acquisito le prove necessarie a stabilire l'insussistenza di legami genetici tra entrambi i genitori ed il figlio, dichiara lo stato di adottabilità. È opportuno sottolineare come sarebbe auspicabile un'interpretazione evolutiva dell'apparato normativo, che non sembra tener conto del mutato spettro delle possibili fattispecie[38]. In particolare, dal tenore letterale dell'art. 8, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184, si nota come lo stato di adottabilità sia intrinsecamente subordinato alla sussistenza per i minori delle condizioni «di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi». È evidente come sia altamente improbabile configurare la situazione in cui una coppia si rechi deliberatamente in un Paese straniero per riuscire ad ottenere un figlio quale assenza di assistenza morale e materiale[39]. La disposizione di cui all'art. 14, l. 4 maggio 1983, n. 184, in tema di sospensione del procedimento, è invece insufficiente a causa del limite temporale del relativo provvedimento, circoscritto ad un solo anno. In tal modo, inoltre, risulta discriminato il minore nato da una coppia che è ricorsa alla maternità surrogata con fecondazione eterologa rispetto a quello il cui patrimonio genetico è compatibile con quello

37. Sulle possibili interpretazioni evolutive della normativa, v. Corapi, 2017, 785 ss. Contro la configurabilità dell'adozione da parte dei "genitori sociali", v. Renda, 2015, 415 ss.

38. «Il divieto di maternità surrogata ha bisogno di una necessaria rimeditazione per uscire dal regno sovrano dell'incertezza e per scongiurare un duplice ordine di rischi che non si possono tacere né tanto meno si possono correre, il rischio della contrattualizzazione della filiazione e l'altro altrettanto grave dello sfruttamento dei soggetti deboli» (Scalisi, 2017, 1114).

39. Ciò è tanto più evidente se si considera la contraddizione in termini nella quale incorre la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, 24.01.2017 (Paradiso e Campanelli c. Italia), in *Foro it.*, 2017, IV, 105 ss. che al contempo ammette la liceità dell'allontanamento del minore ma postula la tutela del suo diritto alla vita familiare, di fatto lesa già in principio a causa delle numerose e complesse vicende giudiziarie alle quali il bambino è sottoposto sino alla definitiva decisione se possa o meno permanere nella famiglia d'origine.

di almeno uno dei genitori "di fatto"[40], poiché la declaratoria immediata di cui al citato art. 11 sarebbe applicabile solo al primo.

Un ulteriore profilo riguarda la caratteristica di "internazionalità" dell'adozione che è stata talvolta prospettata quale soluzione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita giudicato non conforme al diritto italiano. Ai sensi dell'art. 29, l. 4 maggio 1983, n. 184, infatti, «l'adozione di minori stranieri ha luogo conformemente ai principi e secondo le direttive della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993». Tra tali principi spiccano quelli richiamati nel preambolo di detta Convenzione, ed in particolare quello in base al quale «per lo sviluppo della sua personalità, il minore deve crescere in un ambiente familiare, in un clima di felicità, d'amore e di comprensione», ed in secondo luogo «ogni Stato dovrebbe adottare, con criterio di priorità, misure appropriate per consentire la permanenza del minore nella famiglia d'origine». L'allontanamento del minore risulta in forte contrasto con le finalità del primo principio, mentre il riferimento alla famiglia – e non al genitore – di origine porta a propendere per l'individuazione di quest'ultima in quella che ha tanto perigliato per raggiungere il risultato della procreazione.

In conclusione, si può ritenere che l'applicazione alla maternità surrogata della normativa in materia di adozione[41] e declaratoria dello stato di abbandono del minore sia retaggio di una concezione della procreazione anacronistica, che non tiene conto della soggettività dell'embrione[42].

40. La ricostruzione è in linea con quanto sostenuto dalla Corte d'Appello di Milano (ord. 25.07.2016, n. 273), che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. ritenendo ingiustificata «la differenza di trattamento tra il nato da maternità surrogata e quello da fecondazione eterologa» (Salanitro, 2018, 552).

41. «Il ricorso all'adozione (quale unica alternativa di genitorialità non biologica) è nella specie poco convincente, perché, se da un lato manca la possibilità di far valere una genitorialità biologica, dall'altro esistono già dei genitori, sia pure asseriti tali (in quanto non biologici), che si tratta di giudicare nella loro idoneità in atto e in prospettiva ad assolvere alla funzione genitoriale, non essendo d'altra parte detto che l'adozione realizzi l'interesse del minore "alla migliore famiglia sostitutiva possibile" (Renda, 2015, 419, n 444)» (Scalisi, 2017, 1111).

42. L'insieme delle tematiche che riguardano l'embrione hanno indirizzato il legislatore verso una disciplina organica della ricerca scientifica in merito, ma la natura dell'embrione costituisce una questione ontologica, necessaria per la ricerca di una definizione essenziale che necessita anche di un approccio biologico (sul punto, v. Villani, 2004, 29 ss.; Zatti, 1990, 458). Una definizione ricorrente è la seguente: «l'embrione è il prodotto del concepimento nelle sue fasi iniziali» (Comitato Nazionale di Bioetica, *Identità e Statuto dell'Embrione Umano,* 26.06.1996), talvolta arricchita dalla descrizione di tipo biologico delle *fasi iniziali* oppure dall'aggettivo *umano* (Comitato Direttivo del Centro di Bioetica dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma, *Documento su Identità e statuto dell'embrione umano*, in *Medicina e morale*, 1997). Da un punto di vista prettamente scientifico, la genetica permette di indicare il DNA come depositario di quelle caratteristiche che definiscono ogni vivente dal primo all'ultimo istante della sua esistenza e di attribuire ad un embrione la *natura umana* sin dal momento della fecondazione (Gazzoni,

Infatti, se si considera correttamente quest'ultimo quale persona sin dal concepimento[43], egli è titolare di un'aspettativa di diritto nei confronti di tutte le

2005, 181). È doveroso porsi l'interrogativo se il concepito possa o meno essere considerato individuo umano, poiché questo pone la base per l'attribuzione della personalità. Ogni individuo ha un genoma diverso dagli altri – tranne che nei casi di gemelli monozigoti – il che significa che ciascuno può essere identificato come appartenente alla specie umana sin dalla fase zigotica e di ognuno si può cogliere l'identità genetica sin dal momento della fecondazione, ma l'attribuzione di una identità individuale è difficoltosa proprio data la possibilità della condivisione da parte di più individui dello stesso patrimonio genetico. Secondo una prima linea di pensiero (De Carli, 1994, 43–52), la vita umana pienamente individuale inizia dall'atto della fecondazione: sin dal primo stadio dello sviluppo embrionale sono presenti tutte le informazioni genetiche in grado di permettere la formazione della persona e la sua identificazione come individuo (Parente, 2012, 112 ss.). Una impostazione diversa, pur partendo dalle stesse basi scientifiche, afferma che l'embrione in un periodo iniziale dello sviluppo non è in possesso delle caratteristiche idonee all'individuazione di una identità. Tale orientamento indica nel quattordicesimo giorno (Warnock, 1985, 504 ss.), con la comparsa della "stria primitiva", il momento in cui si può considerare definito o definibile il numero di individui generati alla fecondazione, grazie alla rudimentale organizzazione del sistema nervoso osservabile. Raggiunto un punto fermo nell'attribuzione all'embrione della *natura umana*, si può affermare che è possibile riconoscere l'identità individuale del prodotto del concepimento per lo meno a partire dalla comparsa della linea primitiva (Norelli, Buccelli e Fineschi, 2009, 9 ss.).

43. È oggi sempre più diffusa la convinzione che l'embrione sia una persona sin dalla fecondazione (Baldassarre, 2002, 35 ss.): poiché la vita umana ha inizio con la fusione dei gameti, il salto qualitativo dalla non vita alla vita deve essere senz'altro individuato in tale momento. La posizione assunta rispetto a questa conclusione ha determinato l'insorgenza di due orientamenti contrapposti: il primo ha teorizzato l'attribuzione al concepito di una propria capacità giuridica, anticipata al momento del concepimento ("capacità giuridica prenatale"); il secondo, contrario ad ipotizzare l'esistenza di una soggettività anticipata, asserisce che il nostro ordinamento prevede solo una tutela eccezionalmente riconosciuta in favore di un soggetto futuro (sul punto, v. Parente, 2012, 96–100). A sostegno della configurazione di una capacità giuridica prenatale vi è il presupposto che l'embrione sia effettivamente vita (Cappello, 1942, 224 ss.) sin dal momento della fecondazione e, quindi, sia meritevole della stessa dignità umana spettante alla persona dopo la nascita. Questa è, d'altra parte, una considerazione alla quale giunge anche il Comitato Nazionale per la Bioetica e sulla quale si basano numerose sue conclusioni. Il cardine di una tale costruzione teorica è il principio di eguaglianza quale affermazione del fatto che l'uomo, nei confronti dell'altro uomo, non può mai essere considerato funzionalmente oggetto, né mezzo. Se è dunque vero che per il diritto i soggetti si distinguono dagli oggetti per l'attribuzione della capacità giuridica, allora vuol dire che essa dovrebbe essere per sua natura attribuita anche alla fase prenatale, trattandosi in ogni caso di soggetto del diritto, e non di mero oggetto. Di contro, ai sensi del secondo comma dell'articolo 1 c.c., «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita». In tale ottica, considerare il nascituro come titolare di una sua peculiare capacità giuridica sarebbe in contrasto con l'art. 1 c.c. e d'altra parte presupporrebbe il paradosso giuridico della possibilità di un acquisto condizionato della stessa. Questo potrebbe portare a trarre la conclusione che il concepito è un soggetto di diritto poiché è una persona o, per lo meno, lo sarà al momento della nascita (Di Pietro, 1990, 829 ss.; Casini, 1996, 328 ss.; Casini, 2001, 275 ss.). Bisogna però sottolineare che parte della dottrina (Cricenti, 2009, 1258 ss.), partendo dall'assunto fatto proprio dalla Corte Costituzionale che non esiste equivalenza fra il diritto alla vita e alla salute della madre e la salvaguardia dell'embrione (che persona deve ancora diventare), ritiene che l'uso della soggettività nella sentenza in questione sia stato usato come *quid pluris* per avvalorare la decisione, con una sorta di abuso terminologico (Cricenti, 2009, 1258 ss. cita a riguardo Thomas, 1998, 85 ss.). Lo *status* di concepito è

situazioni giuridiche soggettive che costituiscono l'ampia gamma dei diritti della persona, incluso quello ad avere una famiglia[44]. Ipotizzare di ascrivere in capo ai genitori una forma di responsabilità tale non solo da deprivarli della genitorialità, ma anche (e soprattutto) da comprimere i diritti del minore all'identità personale ed alla vita privata e familiare[45], risulta maggiormente penalizzante proprio nei confronti del fanciullo che l'ordinamento intende tutelare[46].

riconducibile, in conclusione, alla situazione in cui l'acquisto di un diritto sia subordinato al concorso di elementi successivi, dei quali taluni si siano verificati ed altri no. In altre parole, si può considerare l'esistenza in capo al nascituro di una aspettativa, una fattispecie a formazione progressiva o successiva che costituisce un effetto preliminare dell'acquisizione del diritto preso in considerazione. Uno degli elementi affinché a tale aspettativa subentri il diritto vero e proprio è l'evento della nascita (Perlingieri, 2010, 254), come condivisibilmente sostenuto dalla giurisprudenza (Trib. Verona, 4.10.1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 357) e da parte della dottrina (Perlingieri, 1991, 289). Si può pertanto affermare che il diritto assicura una particolare tutela all'interesse del soggetto a che la fattispecie si completi e che siano conseguiti gli effetti ad essa collegati dalla legge (Falzea, 1941, 241 ss.).

44. Come stabilito nella Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata il 20 novembre 1989.

45. La sintesi emblematica della ricostruzione qui proposta è che «il minore non può mai divenire strumento, mezzo nelle mani del diritto per sanzionare le condotte degli adulti», sia perché il suo interesse «deve prevalere sulle politiche sanzionatorie dello Stato», ma soprattutto «perché è ontologicamente precluso allo Stato appropriarsi dei diritti del minore facendo di lui uno strumento di politica repressiva, un propugnacolo a difesa di pur legittime istanze etiche» (Schuster, 2015, 834–835). A tale conclusione giunge anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'affermare che «è necessario che un minore non sia svantaggiato per il fatto che è stato messo al mondo da una madre surrogata, a cominciare dalla cittadinanza o dall'identità che rivestono importanza primordiale (si veda l'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 20.11.1989)» (Sent. 27.01. 2015, c. 25358/12, in *Foro It.*, 2015, 3, 4, 117 ss., punto 85 della decisione), per cui «i bambini non possono patire le conseguenze negative delle condotte e scelte dei loro genitori, non portando per esse alcuna responsabilità» (Schuster, 2015, 834–835).

46. «Un diritto soltanto rinunciatario, che dinanzi alla cruda realtà dei fatti e alla complessità delle questioni dagli stessi sollevate preferisce ritirarsi o sa soltanto vietare anziché regolare, oltre a lasciare senza adeguata protezione giuridica soggetti deboli che maggiormente ne avrebbero bisogno, apre inevitabilmente le porte al caos e al disordine sociale» (Scalisi, 2017, 1114).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Baldassarre A. (2002). *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in G. Biscontini, L. Ruggieri (a cura di), *La tutela dell'embrione*. Napoli: ESI.

Bugetti M. (2017). Nomina del curatore per l'esercizio del disconoscimento della paternità tra verità genetica e tutela dell'interesse del minore. *Fam. e dir.*, p. 161 ss.

Busnelli F. D. (2016). Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti. *Riv. dir. civ.*, p. 1463 ss.

Campiglio C. (2011). La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, II, in Rodotà, Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*. Milano: Giuffré.

Campiglio C. (2014). Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico). *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 1122 ss.

Cappello R. (1942). Sui concetti di vita e di vitalità. *Riv. dir. civ.*, p. 224 ss.

Casaburi G. (2014). Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata. *Foro it.*, 1, c. 3408 ss.

Casini M. (1996). *Le costituzioni degli Stati membri della Comunità Europea*. Lussemburgo.

Casini M. (2001). *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea. Le decisioni delle Corti costituzionali e degli organi sopranazionali di giustizia.* Padova: Cedam.

Cassano G. (2000). *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*. Milano: Giuffré.

Cherry A.L. (2014). The Rise of Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy, and Justice. *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 17, p. 257 ss.

Chieffi L. (2000). Ingegneria genetica e valori personalistici, in Id. (a cura di), *Bioetica e i diritti dell'uomo*. Torino: Paravia.

Coehn I.G. (2012). Circumvention Tourism. *Cornell Law Review*, 97, p. 1309 ss.

Corapi G. (2017). La tutela dell'interesse superiore del minore. *Dir. succ. e fam.*, p. 785 ss.

Corti I. (2000). *La maternità per sostituzione*. Milano: Giuffré.

Cricenti G. (2009). Commento a Cass. 11 maggio 2009 n. 10741. *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 1258 ss.

D'Amico M. (2015). Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei. *GenIus*, 2, p. 151 ss.

De Carli L. (1994). La persona negli stati di confine: le indicazioni della genetica, in C. Viafora, *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Padova: Gregoriana.

Dell'Utri M. (2010). Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione. *Giur. Merito*, 2, p. 358 ss.

Di Masi M. (2014). Maternità surrogata: dal contratto allo "status". *Riv. crit. dir. priv.*, 4, p. 616 ss.

Di Pietro M.L. (1990). Quale statuto per l'embrione umano? (In margine ad una sentenza della Corte dello Stato del Tennessee), nota alla sentenza della Corte Stato del Tennessee, Contea di Blount, 21 settembre 1989. *Dir. fam. pers.*, p. 829 ss.

Dogliotti M. (2018). I "due padri" e l'ordine pubblico ... tra sezioni semplici e sezioni unite. *Fam. Dir.*, 10, p. 843 ss.

Falzea A. (1941). *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè.

Faraoni A.B. (2002). La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici,

le prospettive di disciplina, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*. Milano: Giuffré.

Fasano A.M. (2015). La maternità per sostituzione e i diritti dei figli internazionali. *Pers. e danno*, 10 febbraio 2015.

Ferrando G. (1999). *Libertà, responsabilità e procreazione*. Milano: Cedam.

Flamigni C., Borini A. (2012). *Fecondazione E(s)terologa*. Roma: L'asino d'oro.

Gazzoni F. (2005). Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale. *Dir. fam. pers.*, p. 181 ss.

Lecaldano E. (2009). *Bioetica. Le scelte morali*. Bari: Laterza.

Lenti L. (2010). «Best interest of the child» o «best interests of children»?. *Nuova giur. civ. comm.*, p. 157 ss.

Lenti L. (2016). Note critiche in tema di interesse del minore. *Riv. dir. civ.*, 1, pp. 88–89.

Lipari N. (1986). La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive. *Rass. dir. civ.*, 3, p. 567 ss.

Loreti Beghè A. (1993). La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato. *Giust. civ.*, p. 442.

Lucchini Guastella E. (2017). Maternità surrogata e best interest of the child. *Nuova giur. civ. comm.*, 12, p. 1722 ss.

Mari F. (2007). *Il codice di Hammurabi e la Bibbia*. Harvard: University Press.

Mouly J. (2014). La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?. *Recueil Dalloz*, p. 2419 ss.

Norelli G.A., Buccelli C. e Fineschi V. (2009). *Medicina legale e delle assicurazioni*. Padova: Piccin.

Parente F. (2012). La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale, in G. Lisella e F. Parente, *Persona Fisica*, *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, II. Napoli: ESI.

Parente F. (2012). Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione, in G. Lisella e F. Parente, *Persona Fisica*, *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, II. Napoli: ESI.

Perlingieri C. (2010). Art. 1 (Capacità giuridica), in G. Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, terza ed. Napoli: ESI.

Perlingieri P. (1991). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: ESI.

Picaro R. (2017). Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato. *Riv. dir. civ.*, 5, p. 1262 ss.

Querci A. (2015). La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali. *Fam. dir.*, p. 1144 ss.

Renda A. (2015). La surrogazione di maternità e il diritto di famiglia al bivio. *Eur. e dir. priv.*, p. 415 ss.

Rescigno P. (2007). Le "nuove" famiglie. *Minori giust.*, p. 71 ss.;

Romeo F. (2018). Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale. *Giur. It.*, 4, p. 835 ss.

Salanitro U. (2018). Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati. *Nuova giur. civ. comm.*, 4, p. 552 ss.

Salone B. (2014). Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004. *Riv. BioDiritto,* 2, p. 3 ss.

Santosuosso A., Azzini S. (2010). Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da). *Trattato di biodiritto*. Milano: Giuffré.

Saporetti C. (2008). *Antiche leggi: i "codici" del Vicino Oriente antico*. Michigan: University Press.

Scalisi V. (2017). Maternità surrogata: come "far cose con regole". *Riv. dir. civ.*, 5, p. 1097 ss.

Schuster A. (2015). Gestazione per altri e Conv. Eur. Dir. Uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto. *Nuova giur. civ. comm.*, 9, p. 828 ss.

Sesta M. (2000). Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?. *Nuova giur. civ. comm.*, II, p. 203

Shenfield F., De Mouzon J., Pennings G., Ferraretti A. P., Andersen A. N., De Wert G., Goossens V. (2010). *Cross border reproductive care in six European countries*. *Human Reproduction*, 25, pp. 1361–1368.

Thomas Y. (1998). *Le sujet de droit, la personne et la nature*. *Le Debat*, p. 85 ss.

Torre L. (2004). *Il codice di Hammurabi. Testo sumero a fronte*. Napoli: Torre.

Turlon F. (2013). Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis. *Nuova giur. civ.*, 7–8, p. 712 ss.

Varano C. (2017). La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali. *Fam. dir.*, 8–9, p. 825 ss.

Vesto A. (2015). La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto. *Fam. dir.*, 3, p. 306 ss.

Villani R. (2004). *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*. Torino: Giappichelli.

Warnock M. (1985). Moral Thinking and Government Policy: The Warnock Committee on Human Embryology. *The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society*, 63, Londra, p. 504 ss.

Zatti P. (1990). Quale statuto per l'embrione umano?. *Riv. crit. dir. priv.*, p. 458 ss.

FRANCESCO CARRIERI

PARADOSSI DELLA TESTIMONIANZA TRA CINEMA E LETTERATURA*

«The belief that one's own reality is the only reality is the most dangerous of all delusions»[1].

Paul Watzlawick

ABSTRACT

Il processo ha il fine primario di accertare la verità e per farlo si serve degli strumenti che il Codice mette a sua disposizione: i mezzi di prova.

Tra questi il più utilizzato e determinante risulta essere la testimonianza. Tuttavia, nonostante la sua innegabile importanza, la prova testimoniale presenta gravi problematiche. Il testimone, infatti, vive una condizione paradossale: costantemente in bilico tra autenticità e sincerità delle sue affermazioni ed effettiva veridicità della sua testimonianza. Due aspetti non necessariamente coincidenti. L'obiettivo del seguente saggio è di esaminare la questione paradossale del testimone attraverso l'utilizzo di mezzi straordinari quali il cinema e la letteratura, a dimostrazione dell'universalità di un tema che abbraccia anche linguaggi diversi da quello giuridico.

Trial primary purpose is to establish the truth. In order to accomplish that, the Penal Code makes available its tools: evidences. Witness is the most used and determinant among them. However, in spite of its undeniable importance, testimonial evidence does present some serious issues. Witness lives a paradoxal condition indeed: he is constantly on the threshold between the authenticity and the sincerity of his statements and the effective truthfulness of his deposition. Two aspects not necessarily coincidents. The following essay aims to examine the paradoxal matter of the witness throughout the utilization of extraordinary tools, such as cinema and literature, in order to demonstrate the universality of a theme that embraces different languages besides the legal one.

PAROLE CHIAVE

Testimonianza / paradossi / cinema e letteratura

Witness / paradoxes / cinema and literature

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Paradosso teologico. – 3. Paradosso letterario. – 4. Paradosso iconico.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Watzlawick, 1977, 13.

1. «Chi non dispone di testimoni da produrre dovrà argomentare affermando che è necessario giudicare in base alla probabilità, e che questo è il significato dell'espressione "con la miglior facoltà di giudizio"»[2].

Con queste parole Aristotele sottolinea in *Retorica* il valore straordinario della prova testimoniale nel processo, ben al di sopra di ogni sapere meramente probabilistico destinato a lasciare sempre dubbi[3]. D'altronde, i codici non esitano a trattare la testimonianza come il mezzo di prova più efficace e decisivo. Una vera e propria "prova principe".

Eppure, non mancano i problemi. La testimonianza, come si sa, consiste nel racconto che un soggetto fa sulla base di un ricordo – più o meno nitido – di eventi verificatisi sotto la sua diretta percezione. Ma qual è l'attendibilità di tale racconto? Un testimone potrebbe, infatti, essere mendace e affermare deliberatamente il falso. Non solo. Il teste, quand'anche fosse in buona fede, potrebbe comunque esser tratto in inganno da un'erronea percezione o da un'imprecisa memoria dei fatti. Ed ecco, allora, il paradosso: «mi impegno a dire il vero, credo di farlo, ma dico il falso».

Nel processo, tra l'altro, non si provano i fatti (i fatti sono passati e, quindi, non ci sono più), bensì i giudizi sui fatti[4]. Ne consegue che la testimonianza non solo non faccia parte dell'essenza, ma neanche del tempo dell'evento testimoniato. Nulla toglie, insomma, che un "vero" testimone non sia al contempo un testimone "verace".

Ragionerò su due piani di verità: da un lato sul piano della "verità" del testimone;

2. Aristotele, 1996, 121.

3. Un sapere, quello probabilistico, che ha una diversa incidenza a seconda che ci si trovi nel processo civile, dove vige il principio del "più probabile che non", piuttosto che in quello penale, dove vale il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Se nel processo penale i fatti vanno provati oltre ogni ragionevole dubbio, c'è da chiedersi se il sapere probabilistico riesca davvero a garantire un così elevato grado di certezza. Innanzitutto i primi dubbi sorgono nel quantificare il limite minimo di probabilità da raggiungere per soddisfare tale *standard* probatorio. C'è chi dice 95%, chi addirittura 100%. I dubbi, evidentemente, sorgono già dal principio. Inoltre, a ben vedere, diventa importante stabilire la probabilità solo in presenza di un certo numero di casi chiamati in causa (ad esempio nei c.d. studi epistemologici). Il problema è che molti dei casi dibattuti in giudizio, se proprio non tutti, sono unici e irripetibili. Che senso avrebbe sviluppare un sapere probabilistico con riferimento a casi singoli? Al giudice non serve sapere quante probabilità ci sono che al lancio di un dado esca il numero "sei". Al giudice serve sapere cosa accadde quel giorno che il dado fu lanciato, su quale faccia esso cadde. Ecco che la testimonianza di chi c'era quel giorno e vide il "sei" apparire sulla faccia del dado rivolta verso l'alto è una prova molto più incisiva e rilevante. Sul punto cfr. Incampo, 2010, 210–213.

4. Va considerato che il processo ha sempre ad oggetto fatti verificatisi nel passato poiché, come osservato da Aristotele, «è sempre in relazione ad avvenimenti trascorsi che uno accusa e l'altro si difende» (Aristotele, 1996, 810). "Provare" significa percepire, ma per definizione non è possibile vedere, toccare, sentire un fatto che non c'è già più. Per avere esperienza di un fatto occorre che questo sia attuale, così come la percezione dello stesso. Sul punto cfr. Incampo, 2010, 178.

dall'altro su quello della "verità" della testimonianza. È proprio la possibile discontinuità di questi due piani a generare veri e propri paradossi. In queste pagine porrò l'attenzione su tre di questi paradossi. I primi due sono presenti rispettivamente nel *Vangelo secondo Giovanni* e nel romanzo *Giustizia* di Friederich Dürrenmatt; il terzo nel film *Rashomon* di Akira Kurosawa[5]:

(i) una vera testimonianza non corrisponde a un vero testimone;
(ii) una falsa testimonianza è giudicata vera, ma non lo è realmente;
(iii) un vero testimone non corrisponde a una vera testimonianza.

2. Può una vera testimonianza non corrispondere a un vero testimone? Parrebbe un non senso logico. L'esempio è nelle pagine del *Vangelo secondo Giovanni*[6], un testo spiccatamente testimoniale[7].

La verità in gioco è quella della Rivelazione. Gesù si fa testimone di una Verità assoluta che proviene dal Padre. In questa prospettiva egli diventa lo strumento necessario per la rivelazione di una Verità trascendente, e per questo non raggiungibi-

5. La scelta di accostarsi a questa problematica di diritto non muovendo dall'esposizione di casi di cronaca o precedenti giudiziari, bensì avvalendosi di prospettive "inusuali" quali quella letteraria e quella cinematografica, ha l'intento di dimostrare la trasversalità di un argomento capace di accomunare sotto il piano della ragione universale diversi tipi di linguaggio. D'altronde, è bene ricordare come i rapporti tra diritto e *humanities* (nel quale ambito si iscrivono letteratura, cinema, musica, arti in generale) costituiscono un campo particolarmente fecondo per l'indagine interdisciplinare. Tali studi nacquero ad inizio '900 nelle *Law School* statunitensi ed hanno incontrato una progressiva diffusione anche nel nostro Paese a partire dagli anni '70. Tra le letture più significative in ambito di studi di *Law and Literature* riporto: Boyd White, 1985.

6. Tanti i commentari esegetici e teologici dell'opera di Giovanni. Fra i più rilevanti ricordo: Zevini, 1987; i più recenti lavori di Simoens, 2000 e di Maloney, 2007, all'interno del quale l'esegeta australiano associa ai metodi tradizionali un'interessante analisi narrativa del testo evangelico. Infine, è d'obbligo ricordare due "classici" quali: Brown, 1979 e Schnackenburg, 1971. Segnalo, inoltre, lo studio monografico dedicato a questioni introduttive: Hengel, 1998, il quale affronta l'annoso dibattito riguardante la dubbia paternità del suddetto Vangelo.

7. Non rileva in queste pagine soffermarsi sulla centralità della testimonianza nel Vangelo secondo Giovanni, tema già ampiamente studiato e dibattuto. Tuttavia, per maggiore completezza, ritengo utile farvi brevemente cenno, in maniera del tutto indicativa. Innanzitutto, va detto che l'opera stessa si presenta come un'attestazione di eventi vissuti ed esperiti dall'autore. E sebbene questo valga per qualsiasi Vangelo, nell'opera giovannea il *topos* della testimonianza assume una centralità dichiarata già dal suo incipit. Nel prologo, infatti, Giovanni Battista è introdotto come colui che «venne per dare testimonianza alla luce» (Giovanni, 1:6–8). Alla testimonianza di Giovanni, che caratterizza la prima parte del testo, si affianca quella del discepolo amato, che caratterizza la parte finale. Ne deriva che il tema testimoniale non assume importanza solo sul piano concettuale, ma anche su quello strutturale, tanto che c'è chi afferma che la "testimonianza" sia proprio il genere letterario del Vangelo in questione. Per approfondimenti cfr. L. Sànchez Navarro, 2005, 512–514 e Vignolo, 2009, 171–204.

le dagli uomini. «*Quid est veritas?*»[8], «che cos'è la verità?» è, infatti, la domanda che gli pone Pilato. C'è chi ha intravisto la risposta all'interno del medesimo quesito. «*Quid est veritas*» sarebbe, infatti, l'anagramma di «*Est vir qui adest*», ovvero: «È l'uomo qui presente». Inoltre lo stesso Gesù, come riportato in un versetto precedente, dice di sé: «Io sono la via, la verità e la vita»[9]. La testimonianza che egli è venuto a rendere è verace ma, ciò nonostante, è destinata a non essere creduta. Secondo la legge ebraica, infatti, una testimonianza per essere valida doveva avere almeno due testimoni. *Testis unus testis nullus*, come si dirà in epoca medioevale. Chi poteva contare unicamente sulla propria testimonianza non era considerato attendibile. Il problema di Gesù è proprio questo: essere il testimone di se stesso.

I passi del *Vangelo secondo Giovanni* sono straordinariamente illuminanti. Provo ad analizzarli con alcuni argomenti decisivi di Amedeo G. Conte in *Adelaster. Il nome del vero* (2004). Il termine "vero" si può predicare tanto di entità linguistiche, quanto di entità non linguistiche. Nel primo caso si può dire che l'enunciato «la neve è bianca» sia "vero", mentre nel secondo che la $\sqrt{-2}$ non sia un "vero" numero. In altri termini il "vero" si predica sia di un *dictum* (un enunciato e/o una proposizione), sia di una *res*.

Conte distingue, rispettivamente, due categorie di verità:

(i) una verità semantica, che chiama *verum de dicto*;
(ii) una verità pragmatica, che chiama *verum de re*.[10]

La verità semantica (*de dicto*) è data dalla corrispondenza del contenuto di un enunciato ad uno stato di cose. Ad esempio l'enunciato «la neve è bianca» è *vero* se, e solo se, la neve è bianca[11]. Mentre la verità pragmatica (*de re*) si riferisce all'esistenza o meno di un fatto. In quest'ultimo caso parlo, ad esempio, di un *vero* numero, o, appunto, di un *vero* testimone.

È verità *de dicto* quella che Giovanni predica della testimonianza nei seguenti tre passi del Vangelo:

(i) «Vi è un altro che testifica per me; e so che la testimonianza che egli mi rende è verace» [5:32].

8. Giovanni, 18:38.
9. *Ivi*, 14:6
10. Conte, 2004, 10–11. A prendere in esame lo stesso tema ontologico della verità della testimonianza alla luce dei paradossi delle massime d'esperienza nel processo è anche Incampo, 2010, 197–200. Tra l'altro, le pagine di Incampo accennano anche al complesso argomento di fede della testimonianza dei veggenti nelle apparizioni mariane.
11. *Ivi*, 15.

(ii) «Sebbene io renda testimonianza a me stesso, la mia testimonianza è una testimonianza vera» [8.14].

(iii) «Questo è il discepolo che rende testimonianza di queste cose e che le ha scritte; e sappiamo che la sua testimonianza è vera» [21:24][12].

È, invece, verità *de re* quella che Giovanni predica in questi altri tre passi:

(i) «Se io rendo testimonianza a me stesso, la mia testimonianza non è vera» [5:31].

(ii) «Tu rendi testimonianza a te stesso: la tua testimonianza non è vera» [8:13].

(iii) «E proprio nella vostra legge è scritto che solo la testimonianza di due persone è valida» [8:17][13].

La testimonianza resa da Gesù è "semanticamente vera", ma non anche "pragmaticamente vera". Essa non possiede la condizione necessaria di validità della testimonianza secondo la quale i testimoni debbano essere almeno due. Vi è un *verum de dicto* ma non anche un *verum de re*. Così come, di contro, più persone potrebbero rendere la medesima testimonianza e tuttavia attestare il falso. Si avrebbe in questo caso quella che, sempre secondo il canone del *testis unus testis nullus*, verrebbe considerata una "vera" testimonianza (*verum de re*), nonostante non ci sia corrispondenza tra quanto enunciato dai testimoni e il reale stato delle cose per il quale si testimonia (*verum de dicto*). Nel paradosso del Vangelo di Giovanni si raccoglie anche l'essenza tragica della Rivelazione di Gesù.

3. Il caso inverso è se falsi testimoni o false testimonianze sono giudicati veri. Per dirla con Friedrich Dürrenmatt: «un fatto non può "tornare" come torna un conto, perché noi non conosciamo mai tutti i fattori necessari ma soltanto pochi elementi per lo più secondari. E ciò che è casuale, incalcolabile, incommensurabile ha una parte troppo grande»[14], sicché non possiamo pensare di dominare «una realtà che torna ogni volta a sfuggirci di mano»[15].

Ed è proprio in uno dei romanzi più conosciuti del grande scrittore elvetico, *Giustizia* (1985), che si trova, forse, la migliore rappresentazione del significato sfuggente dei fatti. Cominciato nel 1957, per poi esser accantonato per decenni fino alla sua totale rielaborazione, *Giustizia* si presenta come il sofferto testamento letterario di un autore che, grazie alle narrazioni dagli intrecci surreali e dal registro

12. *Ivi*, 18.
13. *Ivi*, 32–33.
14. Dürrenmatt, 2012, 16.
15. *Ivi*, 17.

grottesco–paradossale[16], ha avuto il merito di reinventare i canoni letterari del romanzo "giallo", oscillando sapientemente tra pungente – e a tratti esilarante – satira sociale e speculazione filosofica[17]. Il tutto orbitando sempre intorno ad una serie di tematiche che ne hanno definito la produzione letteraria: dalla critica alla società contemporanea – nello specifico quella svizzera – che maschera problemi e meschinità sotto la sua facciata perbenista[18], all'idea di *caos* che governa un'esistenza priva di significato[19], fino al convincimento di una giustizia irraggiungibile per l'inadeguato complesso giudiziario–poliziesco che vige nella realtà[20].

Il romanzo si apre con l'omicidio inaspettato e plateale del professor Winter,

16. Tipica di Dürrenmatt è la tendenza ad affrontare una storia spingendola in situazioni estreme, servendosi dei registri del grottesco e del paradossale perché, come si dice nella nota ai *Fisici*, «è nel paradosso che appare la realtà». È lo stesso Dürrenmatt ad evidenziare come «quanto più la realtà si lascia rappresentare in modo paradossale, tanto più è adatta come soggetto teatrale»: Dürrenmatt, 1997, 3–66.

17. Le peculiarità dello stile narrativo di Dürrenmatt sono così evidenziate da Luigi Pannarale: «La rappresentazione grottesca si coniuga ed è strumentale a quella incentrata sul paradosso, alla ricerca di un intoppo, di una contraddizione che nessuna dialettica è in grado di superare: così egli può assimilare speculazione filosofica, indagine scientifica e immaginazione letteraria, in quanto ognuna a suo modo rappresenta lo sviluppo coerente di un pensiero creativo, che ricomprende anche le fragili fantasie dell'artista in un esperimento complessivo di osservazione e di descrizione della realtà». Pannarale, 2017, 100–101.

18. Eugenio Bernardi parla di «mostri nascosti sotto l'apparente quiete e bonomia di una Svizzera soddisfatta e compiaciuta della propria onorabilità e rettitudine.» Bernardi, 2012, 293.

19. Esemplare, da questo punto di vista, è il modo in cui un omicidio finisce per essere risolto nel romanzo *La promessa* (1958): a far scoprire chi fosse stato ad uccidere la piccola Gritli Moser non è il – seppur risoluto – commissario Matthäi, bensì la fortuita confessione rilasciata in punto di morte dell'anziana consorte dell'assassino, deceduto in un incidente automobilistico proprio il giorno in cui la trappola predisposta dal commissario Matthäi avrebbe dovuto entrare in funzione. A svelare il delitto, e a determinarne la punizione, non è il *detective*, come sarebbe lecito aspettarsi dai canonici percorsi diegetici del romanzo giallo, ma l'imprevedibilità casuale dei rapporti umani. Inoltre, a dimostrazione di come sia il *caos* a dominare le vicende umane, la risoluzione del caso arriva quando ormai è troppo tardi: l'assassino è già morto da anni e il commissario Matthäi, a causa dell'esito infausto della sua indagine, è da tempo sprofondato in una spirale di pazzia.

20. In molti si sono soffermati sul concetto di "giustizia" in Dürrenmatt, essendo questo un argomento cardine della sua narrativa. Roberto Cazzola sottolinea come la giustizia nel mondo "dürrenmattiano" sia solo un'ideale e, in quanto tale, è destinata a rimanere «una faccenda di pura fantasia, su cui vanno cianciando ormai solo imbrattacarte ubriaconi»: Cazzola, 2012, 278. A ben vedere, l'unica giustizia realizzabile nelle storie dell'autore elvetico è di tipo privatistico. Una giustizia paradossale, che si realizza attraverso l'inflizione del male. Osserva Gherardo Colombo: «La giustizia è retribuzione: perché si affermi, è necessario che chi ha fatto del male lo paghi con altrettanto male. Esercitare giustizia consiste nell'applicare la pena, senza che questa abbia altra funzione se non quella, appunto, di punire il colpevole. La giustizia di Dürrenmatt non svolge alcuna funzione deterrente [...].Dürrenmatt si interessa dell'uomo, e solo conseguentemente si interessa della giustizia, dell'idea di giustizia che l'uomo si costruisce. La sua visione dell'essere umano è pessimistica, negativa, e la giustizia tende ad equivalere alla vendetta, consumata con modalità analoghe a quelle usate dal criminale per compiere

un esimio germanista, avvenuto mentre questi era intento a cenare in uno dei ristoranti più rinomati di Zurigo. Il luogo del delitto è pieno di testimoni e i dubbi su chi sia stato a sparare al professore sono praticamente inesistenti. È la prima particolarità che questo romanzo "anti–poliziesco" (così come viene giustamente definito dal curatore nella prefazione)[21] presenta: l'assassino viene svelato già nelle prime pagine. Si tratta di Isaak Kohler – un ricco e potente ex consigliere cantonale – il quale, pur non ammettendo esplicitamente la propria colpevolezza, non oppone resistenza all'arresto e non nega le accuse. Anzi, egli accetta di buon grado la pena inflittagli (vent'anni di carcere), diventa un detenuto modello, si fa ben volere dai carcerieri e trascorre le giornate in tranquillità a intrecciare cesti di vimini. Tuttavia incarica lo squattrinato avvocato Spät di riesaminare il caso, muovendo dall'assurda ipotesi che a premere il grilletto sia stato qualcun altro. Quello che l'ex consigliere cantonale propone al giovane avvocato è una sorta di indagine scientifico–retorica, mediante la quale Spät dovrà simulare una realtà alternativa da prospettare in giudizio in sede di revisione. Il compito sembrerebbe apparentemente irrazionale e privo di senso, tuttavia il giovane Spät decide di accettarlo, pur di assicurarsi il lauto compenso. Da questo punto in avanti il romanzo diventa un vero e proprio rompicapo. Spät si ritrova, suo malgrado,

in possesso di una serie di prove che sembrerebbero scagionare clamorosamente il consigliere, complice l'ingresso in scena di personaggi con personalità ambigue, identità sospette, segreti personali nascosti e, in alcuni casi, persino un movente. Sarà decisiva ai fini della surreale assoluzione di Kohler l'assenza dei tre elementi che solitamente costituiscono la base più solida per la costruzione dell'accertamento giuridico di un delitto: la confessione da parte del sospettato, il movente e l'arma del delitto[22]. Il dubbio inizia a serpeggiare non solo tra l'opinione pubblica, ma anche all'interno della macchina giudiziaria, nel momento in cui anche le risultanze processuali iniziano a mostrare evidenti segni di cedimento. In particolare, è ancora una volta la prova testimoniale a presentare problemi. Il delitto appare evidente e di facile dimostrazione, in quanto consumato all'interno di un luogo pubblico e affollato. Le testimonianze delle persone presenti quella sera, però, finiscono paradossalmente per andare ad alimentare quelle incertezze che invece avrebbero dovuto confutare.

> [...] certo, i testimoni si contraddicono, ma a sorprendere era l'entità di quelle contraddizioni. Esempi: una cameriera sosteneva che Kohler avesse esclamato "Brutto porco", men-

il suo misfatto. [...]. Per far ciò che vogliono, i personaggi di Dürrenmatt si costituiscono un'idea di giustizia che nobiliti i loro scopi personalistici». Colombo, 2012, 303–305.

21. Agabio, 2011.

22. Pannarale, 2017, 102.

> tre il rappresentante di intimo femminile che in quel momento era seduto al tavolo accanto [...] affermava che le parole di Kohler erano state "Buon giorno, mio vecchio amico". Un terzo testimone diceva di aver visto il consigliere cantonale mentre stringeva la mano al professore. Uno dichiarava che Kohler, dopo aver sparato a Winter, si era scontrato con Lienhard. Qui c'erano un punto di domanda e un'annotazione di Lienhard: "non ero presente". Altre affermazioni contrastanti per più di cinquanta pagine. Dunque non esiste un testimone obiettivo. Ogni testimone tende inconsciamente a confondere il vissuto con l'invenzione. Un fatto, di cui egli è testimone, si svolge sia al di fuori che dentro di lui. Il testimone percepisce il fatto a suo modo, se lo imprime nella memoria e la memoria lo trasforma: ogni singola memoria rende un fatto diverso. [...] Quanti più erano i testimoni, tanto le deposizioni si contraddicevano [...]. Infine il tempo trascorso: il fatto era avvenuto circa un anno e nove mesi prima. La fantasia aveva avuto il tempo di modificare la memoria, inoltre bisognava considerare i sogni, il desiderio di darsi importanza ecc.[23].

La contraddittorietà delle testimonianze non soltanto finisce per complicare l'incriminazione di Kohler, ma va addirittura a compromettere la posizione di un altro personaggio – l'innocente dottor Benno – il quale, una volta diventato il primo sospettato, deciderà di togliersi la vita.

> Alcuni avevano dichiarato che anche il dottor Benno si trovava al Du théatre, altri che si era avvicinato al professore prima di Kohler, altri ancora che aveva cenato allo stesso tavolo, uno sosteneva persino che aveva lasciato il locale subito dopo il consigliere cantonale, e una barista disse che poco dopo l'assassinio di Winter Benno si era precipitato nel suo locale, si era messo a ballare per la gioia, aveva rotto dei bicchieri e gridato "La zecca è morta, la zecca è morta", aveva dato spintoni a tutti dichiarando a gran voce che ora l'avrebbe sposata[24].

Le pagine di Dürrenmatt passano in rassegna alcune criticità sempre vive nella prova testimoniale. Criticità ormai ben note alla psicologia giudiziaria, che dimostrano come la testimonianza sia sempre il risultato di «una confusione tra ciò che si sa e ciò che si crede, nonostante gli sforzi che si compiano per tenere distinte le due dimensioni»[25].

Le testimonianze finiscono, dunque, per cadere in contraddizione, anche se c'è stato realmente un delitto, e si sa bene chi è il responsabile. Ma proprio i racconti contraddittori dei testimoni diventano un ostacolo alla verità concorrendo a crearne una completamente diversa da quella storica. La conclusione è a dir poco sorprendente. Il consigliere Kohler, assassino e reo confesso, viene scarcerato e assolto. Chi, invece, avrebbe avuto un buon motivo per compiere il crimine, pur non avendolo fatto, diventa il principale sospettato (sempre a causa di testimonian-

23. Dürrenmatt, 2011, 130–131.
24. *Ivi,* 132.
25. Pannarale, 2017, 105.

ze false che, però, questa volta, vengono credute). È il ribaltamento, tipicamente "dürrenmattiano", secondo cui «il colpevole diventa incolpevole e l'incolpevole diventa colpevole»[26]. Un ribaltamento di cui la testimonianza, a questo punto, è la principale artefice.

4. Che la memoria di un evento possa essere contaminata da una serie di fattori esterni è un fatto ormai pacifico per la psicologia moderna. Altrettanto pacifici sono i problemi ai quali la prova testimoniale, che non può che basarsi sulla rievocazione di uno o più ricordi da parte del teste, va incontro in sede processuale. Interferenze e disturbi di vario tipo possono andare a intaccare i momenti della percezione, dell'immagazzinamento e del recupero di un fatto[27].

Ne consegue che un medesimo evento possa risultare diverso da testimone a testimone, tanto da far pensare che i soggetti abbiano assistito a fatti differenti. Ed ecco la terza ipotesi: il testimone è vero ("vero" nel senso di "autentico", poiché effettivamente spettatore dell'evento), ma non è vera la sua testimonianza ("vera" nel senso di veritiera, vista l'influenza che la testimonianza riceve dall'esterno). Ognuno testimonia la "propria verità", la quale è il risultato di personali esperienze, conoscenze, stati d'animo, percezioni. Non esiste una verità assoluta e uguale per tutti. Ognuno di noi finisce per filtrarla in maniera prospettica. Sembra di sentire la frase finale del film di Woody Allen, *Harry a pezzi* (1997): «Tutti conosciamo la stessa verità: la nostra vita consiste in come scegliamo di distorcerla».

Il film *Rashomon* (1950) di Akira Kurosawa è un'opera straordinaria proprio su questo problema[28]. Si tratta di un'opera importante che ha avuto non solo il merito

26. Cazzola, 2012, 287.

27. Le scienze cognitive hanno dimostrato come la memoria sia un fenomeno dinamico e largamente ricostruttivo che consta di diversi processi (percezione, codifica, immagazzinamento e recupero) su ciascuno dei quali possono agire fattori di distorsione cognitivi, emotivi, relazionali e culturali. Un fatto viene in primo luogo percepito attraverso gli organi sensoriali del soggetto che vi assiste, quindi immagazzinato nella memoria e conservato in essa per un tempo più o meno lungo, finché non viene "recuperato" attraverso un processo riproduttivo, che a sua volta può essere spontaneo o innescato da agenti esterni. Per approfondimenti si veda Gulotta, 1987, 499 ss.

28. Da notare come la concezione filosofica del relativismo, nei confronti della quale *Rashomon* si presenta come evidente parabola, abbia caratterizzato tutto il Novecento come un autentico *fil rouge* capace di attraversare l'opera di pensatori (si pensi alla celebre affermazione di Nietzsche: «non esistono fatti, solo interpretazioni»), il lavoro di scienziati (si pensi alla "teoria della relatività" di Einstein, piuttosto che al "principio di indeterminazione" di Heisenberg) e l'arte del periodo (dalla corrente pittorica del cubismo, iscrivibile all'interno di tale contesto culturale, alla produzione letteraria di un autore come Luigi Pirandello, le quali opere incarnano perfettamente tale concezione). Ed è proprio con il teatro di Pirandello che la pellicola di Kurosawa, almeno nel nostro Paese, ha suscitato numerosi parallelismi. Sebbene sia plausibile ritenere che il cineasta nipponico fosse a conoscenza del pensiero pirandelliano, avendo assistito alla rappresentazione teatrale del *Fu Mattia Pascal* (Cfr. Casoli, 2002,

di consacrare il grande regista nipponico al pubblico internazionale, con importanti riconoscimenti quali il Leone d'oro al festival di Venezia del 1951 e il premio Oscar come miglior film straniero agli *Academy Awards* del 1952, ma anche di dare il nome al fenomeno ("effetto Rashomon", per l'appunto) che nella psicologia della testimonianza mette in evidenza l'influenza della soggettività nel racconto di un evento vissuto in prima persona. Molti hanno riflettuto sul film di Kurosawa: non solo critici cinematografici e studiosi di psicologia e psichiatria, ma anche sociologi, semiologi, antropologi e soprattutto esperti di diritto[29]. D'altronde, è la stessa pellicola, per ambiguità dei fatti narrati e per la complessità delle tematiche affrontate, a evidenziare questa predisposizione a farsi interpretare.

Non a caso le prime parole pronunciate da uno dei protagonisti sono: «Non capisco. Proprio non capisco il perché»[30].

Tre uomini – un monaco, un boscaiolo e un viandante – rifugiatisi da un violento temporale sotto le rovine dell'antico tempio di *Rasho* sono attanagliati da molti dubbi sull'uccisione di un samurai avvenuta pochi giorni prima nel bosco circostante. Il boscaiolo e il monaco, avendo assistito all'udienza del processo, raccontano l'accaduto al viandante. L'imperscrutabilità della vicenda è data dalla totale contraddittorietà delle testimonianze rese in processo dai protagonisti della stessa: un bandito (Tajomaru), la moglie del samurai (Masago) e lo stesso samurai (Takehiro), il cui spirito viene evocato da una maga.

L'antefatto del delitto non sembrerebbe essere in discussione. Il bandito avrebbe scorto la coppia passare lungo il sentiero del bosco e, abbagliato dalla bellezza della donna, avrebbe ingannato, disarmato e legato il samurai per poi abusare della moglie. È da qui in avanti che le tre versioni prendono direzioni separate e inconciliabili.

Secondo la versione di Tajomaru, la moglie del samurai si sarebbe concessa in maniera del tutto consenziente e lo avrebbe istigato a battersi col marito, in modo che si decidesse con un duello a quale dei due uomini sarebbe dovuta appartenere. Tajomaru avrebbe dunque sfidato e battuto il samurai al termine di un combattimento leale, mentre donna nel frattempo sarebbe fuggita. Totalmente discordante

523), non è possibile stabilire in che misura egli ne sia stato influenzato per la realizzazione del film. È d'obbligo aggiungere, poi, come il soggetto del film sia un adattamento di due racconti di Akutagawa Ryūnosuke: *Rashomon* (1915) e *Yabu no Naka [Nel bosco]* (1922). Riguardo alle origini dello *script* e alle differenze tra il testo filmico e i racconti di Akutagawa rimando all'esaustivo volume dedicato alla pellicola: Dalla Gassa, 2012, 69–91.

29. A tal proposito segnalo il saggio di Cendon, 2015. Il presente lavoro contiene un interessante dibattito sui risvolti giuridici della pellicola, ponendola in parallelo ad una serie di casi di diritto e delineando i contorni della responsabilità civile nel processo.

30. Cfr. Dalla Gassa, 2012, 10.

la testimonianza di Masago. La moglie del samurai racconta, infatti, di aver slegato il marito subito dopo la fuga di Tajomaru, e che il marito, invece di offrirle conforto e comprensione, si sarebbe trincerato dietro un muto disprezzo. La donna, privata del suo onore e incapace di sopportare il silenzio del marito, lo avrebbe a quel punto scongiurato di ucciderla, ma non ricevendo altro che sdegno, si sarebbe accanita per disperazione contro di lui colpendolo a morte.

Anche il samurai ha, però, un onore da difendere e neppure la morte e l'aldilà sembrano regalargli la verità. Ed ecco la versione della stessa vittima. La donna, dopo essere stata sedotta da Tajomaru, avrebbe accettato la sua proposta di fuggire insieme, istigando il brigante a uccidere il marito per potersene definitivamente liberare. Sconvolto da tanta ferocia, Tajomaru avrebbe invece liberato il samurai, rimettendo la sorte della donna nelle sue mani. Mentre Masago fuggiva inseguita dal bandito, Takehiro, distrutto dai propositi della moglie, avrebbe deciso di togliersi la vita con lo stesso pugnale della donna. Pugnale che non era stato rinvenuto perché qualcuno gliel'avrebbe in seguito sfilato dal corpo.

La storia è piena di colpi di scena. Ciascuno dei testimoni attribuisce a sé stesso la colpa materiale dell'omicidio, pur scaricando le responsabilità morali del crimine addosso ad altri. Sembrerebbe che ai protagonisti interessi soprattutto la propria onorabilità, piuttosto che la condanna del tribunale: «Ora è chiaro ... non pensano che a loro stessi, cercano solo di scusarsi». Il bandito, smargiasso e millantatore, vuole far risaltare la sua ferocia, la sua abilità in duello e la sua forza attrattiva nei confronti della donna. Masago, a sua volta, mette in risalto il fatto di esser stata privata del suo onore di donna (a causa della violenza subita da parte del bandito) e di moglie (a causa della reazione del marito). A Takehiro, infine, interessa solo salvaguardare l'integrità del proprio onore di samurai. Ne consegue la completa inaffidabilità dei tre testimoni proprio a causa degli interessi personali in gioco. «Non c'è nessuno che dica la verità. Non abbiamo il coraggio di dire le cose neanche a noi stessi»: così osserva il viandante cercando di trarre le conclusioni. E aggiungerà più tardi, rivolgendosi al monaco: «Tu credi agli uomini onesti? Ognuno pensa di esserlo ma non lo è. Ci ricordiamo solo di quello che ci fa comodo e siamo pronti a credere anche al falso, quando ci fa comodo»[31].

Ma c'è un altro colpo di scena. Verso la fine del film si aggiunge a sorpresa un altro testimone. È il boscaiolo. Ammette di aver assistito ai fatti da dietro un cespuglio e denuncia la falsità delle testimonianze ascoltate finora. Sembrerebbe che si sia giunti finalmente alla soluzione del caso. D'altronde, il boscaiolo è un soggetto terzo e non ha alcun interesse come gli altri. Se ha mentito alla polizia, negando di aver assistito ai fatti, l'ha fatto solo per il timore di essere coinvolto in una vicenda

31. La trascrizione sopra riportata dei dialoghi del film nell'adattamento italiano è mia.

da cui voleva tenersi alla larga. Secondo la versione del boscaiolo i fatti si sarebbero svolti in maniera più meschina di quanto lasciato credere dai tre: Tajomaru, infatuatosi della donna, l'avrebbe umilmente implorata di seguirlo; il samurai, una volta slegato, avrebbe rifiutato di battersi per sua moglie, considerandola alla stregua di una sgualdrina; la donna, di fronte all'ignobile comportamento dei suoi spasimanti, li avrebbe aizzati a sostenere un inutile duello; il bandito e il samurai si sarebbero, dunque, sfidati in un goffo combattimento, caratterizzato da fughe e scorrettezze reciproche. Lo scontro si sarebbe concluso con la sconfitta del samurai che, in punto di morte, avrebbe addirittura implorato per la propria salvezza. Il tutto mentre la donna fuggiva. Tuttavia neanche la versione del boscaiolo riesce a convincere. Il viandante, infatti, non crede alle sue parole e lo accusa, anzi, di essersi impossessato del prezioso pugnale scomparso dalla scena del delitto. Sarebbe stato questo il vero motivo della menzogna riferita in tribunale. Umiliato, il boscaiolo si apparta senza ribattere, confermando così i sospetti del viandante e screditando implicitamente la sua stessa versione.

Da un punto di vista tecnico è stato notato come Kurosawa limiti quasi del tutto la "soggettiva", ossia l'inquadratura che simula il campo visivo dei personaggi. La telecamera riprende spesso i personaggi "dal di fuori", dando l'impressione di un resoconto oggettivo e fedele ai fatti. Il realismo estetico del film entra così in conflitto con le ambiguità dei personaggi. La soggettività dei racconti dei personaggi verrebbe oggettivata attraverso una messa in forma che non prevede quasi mai aderenza tra ciò che vedono i testimoni e ciò che mostra la macchina da presa[32]. Insomma, «ogni racconto vi si svolge dimenticando immediatamente la sua origine soggettiva e acquistando lo statuto di una mostra oggettuale»[33]. Per Kurosawa la relatività del vero nelle storie narrate non è affatto separata dalla posizione ingannevole della macchina da presa. Le immagini mentono prima ancora dei loro personaggi[34].

Durante il processo i testimoni guardano spesso in camera come se i giudici – che non a caso non sono mai inquadrati – fossero gli stessi spettatori chiamati direttamente in causa a risolvere un mistero che non ammette soluzione[35].

32. Dalla Gassa, 2012, 166.

33. Bettetini, 1984, 82.

34. Da questo punto di vista *Rashomon*, con i suoi rimandi meta–cinematografici, si dimostra un film di assoluta attualità e per certi versi post–moderno: si pensi, ad esempio, alla famosa "scena del Club Silencio" nel capolavoro di David Lynch, *Mulholland Drive* (2001), la quale condivide con la pellicola di Kurosawa la medesima riflessione meta–cinematografica sull'illusoria verità delle immagini. O ancora, con riferimento al tema del soggettivismo e della verità, all'esplicita dichiarazione di Fred (Bill Pullman) in Strade Perdute (1997), sempre di Lynch: «Mi piace ricordare le cose alla mia maniera. Come le ricordo, non necessariamente come sono accadute».

35. Dalla Gassa, 2012, 84.

Non ci è dato sapere chi stia mentendo, o se addirittura mentano tutti. C'è di più. Nulla impedisce di pensare che anche il monaco e il boscaiolo abbiano alterato il racconto dei fatti al viandante (e indirettamente allo spettatore)[36]. Ritorna alla luce il problema endemico della prova testimoniale: la soggettività della narrazione. Inoltre, alla dimensione del conflitto tra opposte assiologie si aggiunge un più problematico discorso sulla memoria e sulla faticosa ricostruzione di quello che non vi è più[37]. Il dilemma "rashomoniano" è così destinato a rimanere celato sotto un involucro non solo di foglie, rami e rovi, ma anche di flashback e analessi. Celeberrima è l'inquadratura con la quale Kurosawa ritrae la luce dei raggi del sole che filtra faticosamente attraverso la fitta coltre di rami che riveste il cuore del bosco. Una metafora di come in questa storia la verità giaccia coperta, imperscrutabilmente nascosta all'occhio umano. Per dirla con Heidegger in *Essere e Tempo*, la verità [*Warheit*] ha tutto il senso della parola greca '*ἀλήθεια*', ossia di qualcosa che continua a nascondersi [*λανθάνω*] svelandosi (è il senso dell'"*α*" privativo)[38]. La testimonianza nel processo avvalora questo mistero e continua a interpellarci al di là della sua semplice misura giuridica.

36. *Ivi*, 164–165.

37. *Ivi*, 105.

38. Heidegger si sofferma sulla natura etimologica del termine greco *ἀλήθεια*, composto da l'alfa privativo più la radice del verbo *λανθάνω* (nascondere), evidenziando come questa ben esprima il concetto secondo il quale la verità non è un dato di immediata percezione positivamente definibile, bensì un'entità che per manifestarsi deve essere disvelata e portata fuori a forza dal luogo in cui si nasconde: «Che un'asserzione sia vera significa: essa scopre l'ente in se stesso: enuncia, manifesta, lascia vedere (*ἀπόφανσις*) l'ente nel suo esser–scoperto. Esser–vero (verità) dell'asserzione significa esser–scoprente. [...] L'esser–vero del *λόγος* in quanto *ἀπόφανσις* e *ἀληθεύειν* nel senso dell'*ἀποφαίνεσθαι*: lasciar vedere l'ente nel suo non–essere–nascosto (esser–scoperto), facendolo uscire dal suo esser–nascosto». Heidegger, 1976, 334–335.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Agabio G. (2011). Prefazione, in *Giustizia,* di F. Dürrenmatt. Milano: Adelphi.

Aristotele (1996). *Retorica*, traduzione italiana di Marco Dorati. Milano: Mondadori.

Bernardi E. (2012). Friedrich Dürrenmatt, uno scrittore–detective: dalle congetture sulla giustizia alle indagini sul cervello, in Forti G., Mazzucato C., Visconti A. *Giustizia e letteratura I*. Milano: Vita e pensiero, pp. 289–302.

Bettetini G. (1984). *La conversazione audiovisiva. Problemi dell'enunciazione filmica e televisiva*. Milano: Bompiani.

Boyd White J. (1985). *The Legal Imagination*. Chicago: University of Chicago Press.

Brown R.E. (1979). *Giovanni. Commento al Vangelo spirituale*. Assisi: Cittadella.

Casoli G. (2002). *Novecento letterario italiano ed europeo. Autori e testi scelti. Vol. 2: dalla Seconda Guerra mondiale alla fine del secolo*. Roma: Città Nuova.

Cazzola R. (2012). Giochi di sponda. Considerazioni sulla giustizia in Friedrich Dürrenmatt, in Forti G., Mazzucato C., Visconti A. *Giustizia e letteratura I*. Milano: Vita e pensiero, pp. 272–288.

Cendon P. (2015). *Casualità ed incertezza (Rashomon)*. Firenze: Key.

Conte A.G. (2004). *Adelaster. Il nome del vero.,* Handout per la relazione presentata XXIV Congresso nazionale della Società di Filosofia giuridica e politica: "Scienza e normatività", Catania–Ragusa.

Colombo G. (2012). Per una giustizia delle 'pari dignità': spunti di riflessione a partire dall'opera di Friedrich Dürrenmatt, in Forti G., Mazzucato C., Visconti A. *Giustizia e letteratura I*. Milano: Vita e Pensiero, pp. 303–307.

Dalla Gassa M. (2012). *Kurosawa Akira. Rashomon*. Torino: Lindau.

Dürrenmatt F. (2011). *Giustizia*, traduzione italiana di G. Agabio. Milano: Adelphi.

Dürrenmatt F. (2012). *La promessa. Un requiem per il romanzo giallo*, traduzione italiana di S. Daniele. Milano: Feltrinelli.

Dürrenmatt F. (1997). Megaconferenza sulla giustizia e sul diritto con un intermezzo elvetico*,* in Bernardi E., *I dinosauri e la legge. Una drammaturgia della politica*. Torino: Einaudi, pp. 3–66.

Gulotta G. (1987). Psicologia della testimonianza, in Gulotta G., *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano: Giuffrè, pp. 499 ss.

Heidegger M. (1976). *Essere e tempo*, traduzione italiana di P. Chiodi. Milano: Longanesi.

Hengel M. (1998). *La questione giovannea.* Brescia: Padeia.

Incampo A. (2010). *Metafisica del processo. Idee per una criticità della ragione giuridica*. Bari: Cacucci.

Maloney F. J. (2007). *Il Vangelo di Giovanni*. Torino: LDC.

Pannarale L. (2017). Oltre ogni ragionevole certezza. La giustizia secondo Friedrich Dürrenmatt, in Incampo A., Scalfati A. *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci, pp. 97–110.

Sànchez Navarro L. (2005). Estructura testimonial del Evangelio de Juan, *Biblica*, 86/4, pp. 512–514.

Schnackenburg R. (1971). *Il Vangelo di Giovanni*. Brescia: Padeia.

Simoens Y. (2000). *Secondo Giovanni. Una traduzione e un'interpretazione*. Bologna: EDB.

Vignolo R. (2009). La dottrina della testimonianza in Giovanni, in Angelini G., Ubbiali S. *La testimonianza cristiana di Gesù alla verità*. Milano: Quodilibet, pp. 171–204.

Watzlawick P. (1977). *How Real is Real? Confusion, Disinformation, Comunication*. New York: Vintage Books.

Zevini G. (1987). *Vangelo secondo Giovanni*. Roma: Città Nuova.

ANNAMARIA DENTAMARO

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE DEI SOCI TRA TECNICHE RAPPRESENTATIVE DELLE AZIONI E INDICI DI LEGITTIMAZIONE ALL'ESERCIZIO DEI DIRITTI SOCIALI. BREVI RIFLESSIONI*

ABSTRACT

Il tema del trasferimento delle azioni viene affrontato dal legislatore sotto il duplice profilo delle regole per il trasferimento della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, diverse a seconda della veste documentale o meno assunta dalla partecipazione, e degli eventuali limiti al loro trasferimento. L'Autore si interroga sull'ampiezza, ove sussistente, dell'autonomia contrattuale dei soci in ordine ai profili rappresentativi delle azioni e legittimanti all'esercizio dei diritti sociali.

The subject of the transfer of shares is addressed by the legislator under the dual profile of the rules for the transfer of legitimacy to the exercise of social rights, depending on the documentary role or less assumed by the participation, and limits to their transfer. The Author inquires about the extent, where it exists, of the contractual autonomy of the owner in order to the representation of the shares and in order to the legitimacy to the exercise of social rights.

PAROLE CHIAVE

Tecniche rappresentative / indici di legittimazione / libro soci

Representative techniques / legitimate indices / shareholders' register

SOMMARIO: 1. Sulla tipicità delle tecniche rappresentative delle azioni *ex* art. 2346 c.c. – 2. Dalle tipiche tecniche rappresentative delle azioni ai tipici indici di legittimazione *ex* art. 2355 c.c. – 3. (*Segue*): In regime di gestione accentrata.

1. Il tema del trasferimento delle partecipazioni in società di capitali viene affrontato dal legislatore sotto il duplice profilo delle regole per il trasferimento della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, diverse nelle società per azioni a seconda della veste documentale o meno assunta dalla partecipazione, e degli eventuali limiti al loro trasferimento.

Ognuno di questi profili è stato al centro di un intenso dibattito dottrinario dal

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

quale emerge una generale propensione ad ammettere un ampliamento dell'autonomia contrattuale dei soci con riguardo ad ognuno dei profili suddetti, sebbene in entrambi i tipi sociali, ai (più o meno) ampi margini concessi all'autonomia contrattuale in ordine alla derogabilità del principio della libera trasferibilità delle azioni (v. art. 2355–*bis* c.c.) e delle quote (v. art. 2469, secondo comma, c.c.) non faccia riscontro, con altrettanta chiarezza, una analoga opzione in ordine alle tecniche rappresentative e agli indici di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali *ex* artt. 2346, primo comma, 2355 e 2470 c.c.

Ai più ampi spazi di intervento concessi alle parti nel forgiare il contenuto delle azioni [1], si sarebbero aggiunte altrettante prospettive di intervento in ordine ai loro profili rappresentativi e circolatori: il primo comma dell'art. 2346 c.c., «oltre a rendere giustizia del fatto che il meccanismo rappresentativo della partecipazione sociale in *titoli* azionari non costituisce affatto un elemento caratterizzante del tipo società per azioni», enuncerebbe, «da un lato, la natura delle partecipazioni sociali, sotto il profilo che diremmo *sostanziale*, e, dall'altro, la possibilità di configurare in modo diverso il profilo che potremmo in tal senso dire *formale*, inteso come l'insieme delle tecniche di legittimazione e circolazione delle partecipazioni azionarie» [2].

1. V. Abriani, 2004, 310 ss. e 324.

2. Notari, 2008, 3 ss. e 5–6, il quale aggiunge «che si può parlare di *diverse tecniche rappresentative* delle partecipazioni sociali intendendo come tali tutti i possibili meccanismi o strumenti giuridici mediante i quali vengono attuati e regolati l'acquisizione e la dimostrazione della *titolarità* della partecipazione azionaria, la *legittimazione* all'esercizio dei diritti sociali, l'alienazione e la *circolazione* della partecipazione sociale, il suo assoggettamento a *vincoli* e diritti di garanzia, nonché in generale il compimento di atti dispositivi della medesima». Conclude quindi questo A. osservando che «L'incorporazione delle partecipazioni in titoli azionari costituisce la soluzione tradizionalmente adottata dall'ordinamento per risolvere tali problemi, ma non l'unica, essendo ora espressamente affermata proprio dalla norma in commento, la sua *libera derogabilità* ad opera del contratto sociale, mediante apposita clausola statutaria». Così anche Ruotolo, 2009, 1557 ss. e 1563, che nell'art. 2346, primo comma, c.c. «rinviene una '*distinzione di piani*', laddove il legislatore esprime il chiaro intento di accordare il massimo spazio possibile all'autonomia privata, non solo nella creazione di nuove 'vesti traslative' ma anche nella predisposizione di innovativi meccanismi, atti a consentire che trasferimenti di partecipazioni azionarie perfetti e pienamente efficaci *inter partes* acquistino rilievo nei confronti dell'ente, trasformando così l'acquirente da (mero) titolare di partecipazioni azionarie in *socio della società*». V. Bocca, 2004, 218 ss. e 222, per il quale la possibilità di prevedere nello statuto «diverse tecniche di legittimazione e circolazione», «si riferisce, allo stato, solo alla dematerializzazione e al sistema di gestione accentrato attualmente operante, mentre, rispetto al futuro, sembra che il riformatore abbia voluto lasciare uno spazio aperto alle eventuali elaborazioni creative dei giuristi e alle possibili evoluzioni tecnologiche». Analogamente Stagno d'Alcontres, 2004, 251 ss. e 254, per il quale «Al richiamo generico a diverse tecniche di legittimazione e circolazione, allo stato, non può essere riconosciuta altra portata che quella, culturalmente corretta, di ammettere il recepimento di qualsiasi diversa disciplina legale anche di futura introduzione».

Come già in altra sede sostenuto [3], ai dubbi già sollevati da una parte della dottrina [4] si aggiungono alcune perplessità non solo derivanti dalla lettera di alcune disposizioni di legge, ma soprattutto dalla naturale attitudine delle azioni alla circolazione ed al particolare contributo che sotto questo profilo un principio di tipicità potrebbe invece apportare.

Se infatti l'atipicità del contenuto delle azioni può non essere di ostacolo alla loro spedita circolazione potendo anzi essere funzionale ad una migliore allocazione del capitale sociale (lasciando al mercato il ruolo di indirizzare i capitali verso le categorie azionarie che più soddisfano le esigenze degli investitori), non altrettanto si potrebbe sostenere in ordine ad eventuali disposizioni statutarie che prevedessero nuove tecniche rappresentative o diversi indici di legittimazione, imponendo questa atipicità a chi intende investire in azioni l'onere di accertare di volta in volta a quale legge di circolazione (e conseguenti indici di legittimazione) esse siano sottoposte.

È nota la massima di un consiglio notarile nella quale, dopo avere affermato che «la clausola statutaria che esclude l'emissione delle azioni, o prevede l'utilizzo di diverse tecniche di circolazione e di legittimazione, deve necessariamente essere formulata nel senso che *tutte* le azioni siano sottoposte alla stessa disciplina», si è precisato che la coesistenza di diversi metodi di circolazione e/o legittimazione trasferirebbe «indebitamente sull'acquirente il rischio di accertare in concreto quale [sia] lo strumento che consente di acquistare validamente le azioni» [5]. Simili considerazioni, che non sembrano affrontare espressamente la questione della tipicità/atipicità delle tecniche rappresentative e delle leggi di circolazione delle azioni, hanno il pregio di evidenziare il rischio che una diversificazione delle leggi di circolazione e/o tecniche di legittimazione farebbe correre al terzo a maggior ragione quando i metodi di circolazione e/o legittimazione siano frutto dell'autonomia privata della società o del singolo azionista [6].

3. Dentamaro, 2016, 1307 ss.

4. Formica, 2005, 161 ss. e 164, secondo cui «Dubbi applicativi suscita la concessa facoltà di prevedere l'utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione, anche dal momento che il legislatore della riforma non ha fornito alcuna indicazione in merito a tali *diverse tecniche*».

5. Si tratta della massima del Comitato interregionale dei Consigli notarili del Triveneto H.I.21 («*Limiti di validità della clausola statutaria che esclude l'emissione delle azioni o prevede l'utilizzazione di diverse tecniche di circolazione e legittimazione*» –1° pubbl. 9/06), su *www.trivenetogiur.it*.

6. Sotto il profilo circolatorio le uniche diversità consentite parrebbero perciò quelle derivanti dalla coesistenza di azioni nominative e al portatore (quando l'emissione di queste azioni sia consentita per legge). È' quanto implicitamente si evince dalla massima del Comitato interregionale dei Consigli notarili del Triveneto H.I.13 («*Limiti al trasferimento e previsione di emettibilità di azioni al portatore*» – 1° pubbl. 9/04), su *www.trivenetogiur.it*, secondo cui «È legittimo che lo statuto sottoponga a particolari condizioni il trasferimento delle azioni o vieti il loro trasferimento per cinque anni ai sensi

Il legislatore in definitiva parrebbe avere optato per un sistema caratterizzato da una atipicità sostanziale o di contenuto delle azioni, *ex* art. 2348 c.c., accompagnato dalla tipicità delle loro tecniche rappresentative, degli indici di legittimazione e delle loro leggi di circolazione [7], così emergendo dal primo comma dell'art. 2346 c.c. un principio generale in base al quale non sarebbe possibile concepire azioni senza le tipiche tecniche rappresentative, ma anche, ad avviso di chi scrive, sulla scorta delle ulteriori disposizioni, delle tipiche tecniche rappresentative senza le tipiche tecniche di legittimazione e leggi di circolazione della partecipazione [8].

2. «Il principio della varietà delle formule documentali di cui lo statuto può vestire le partecipazioni azionarie» *ex* art. 2346 c.c. viene ulteriormente sviluppato

del 1° co. dell'art. 2355 *bis*, c.c., anche se in altra clausola ammette la possibilità di emettere azioni al portatore. In tale ipotesi i limiti o i divieti non si applicano alle eventuali azioni al portatore emesse (una volta che ciò sia possibile per legge)».

7. In questi termini, per quanto più diffusamente argomentato in Dentamaro, 2010, 125 ss. e 131–132, dalla disciplina vigente si è ritenuto di poter evincere i seguenti corollari: la scritturazione sul conto non rappresenterebbe una tecnica ulteriore di rappresentazione della partecipazione azionaria, rappresentando essa una tecnica rappresentativa per equivalente; non potrebbero esistere tecniche rappresentative atipiche della partecipazione azionaria potendo la società decidere di rappresentare la partecipazione sociale con un titolo (cartaceo o scritturale) o di non rappresentarla; ulteriori tecniche rappresentative potrebbero essere previste solo da leggi speciali ed in questo caso il legislatore dovrebbe procedere equiparando *ex lege* (anche ai fini circolatori «e» legittimativi) la nuova tecnica rappresentativa ad una già esistente (v., infatti, art. 2355, ultimo comma, c.c.); alla tipicità delle tecniche rappresentative corrisponderebbe una tipicità delle tecniche di legittimazione «e» delle leggi di circolazione *ex* art. 2355 c.c. L'uso della congiunzione «e», nell'art. 2346, primo comma, c.c., non sarebbe casuale e varrebbe anzi a rafforzare lo stretto legame esistente tra le tecniche di legittimazione (diverse a seconda dei casi) e le rispettive leggi di circolazione: nel senso che a quelle leggi di circolazione corrispondono quelle tecniche di legittimazione senza possibilità di disciplinare diversamente.

8. Diversamente ci si dovrebbe chiedere se possano esistere tecniche rappresentative della partecipazione azionaria *atipiche* cui corrispondono le tipiche tecniche di legittimazione e circolazione o rappresentazioni della partecipazione azionaria tipiche cui corrispondono atipiche tecniche di legittimazione e circolazione. V. al riguardo Oppo, 2007, 715–716, che a fronte del 1° co. dell'art. 2346 c.c. si è interrogato sul significato dell'alternativa tra la previsione statutaria della non emissione dei titoli azionari e la previsione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione: se non v'è dubbio che la mancata emissione dei titoli azionari non tocchi l'esistenza dell'azione, «la utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione importa adozione di strumenti diversi dalle azioni, oppure possiamo concepire delle azioni prive della tipica tecnica di legittimazione e circolazione della partecipazione? Ma che cosa dell'azione nel senso tradizionale, se è diversa la tecnica di legittimazione?». Ed ancora, «ove si ammetta questa distinzione tra non emissione dell'azione e adozione di strumenti diversi di legittimazione e di circolazione, si perverrebbe a configurare una società per azioni senza azioni. Un paradosso che aprirebbe, naturalmente, tutta una problematica, perché quel meccanismo di raffronto e di rapporto tra le partecipazioni, anche nei reciproci rapporti tra soci, che è costituito dall'azione, andrebbe sostituito non si sa con che cosa».

sul piano circolatorio dall'art. 2355 c.c. [9]. Ciò, beninteso, non in quanto interessi al legislatore la circolazione *inter partes* della partecipazione sociale, ma al fine della specificazione della modalità con cui un trasferimento diventa efficace nei confronti della società così legittimando l'acquirente all'esercizio dei diritti sociali. Ne risultano così giustificate talune mancanze in quest'ultima disposizione che, nell'ottica di un legislatore interessato ai profili squisitamente organizzativi della vicenda circolatoria, non sono più tali. Ci si riferisce per esempio al primo comma dell'art. 2355 c.c. ove, con riguardo alla partecipazione non documentata, manca ogni riferimento alla circolazione *inter partes*, riferimento invece incluso nel terzo comma della medesima disposizione con riguardo alla partecipazione in veste documentale cartacea (cui viene equiparata la partecipazione in veste documentale scritturale), ma qui al solo scopo di meglio specificare il momento acquisitivo della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali. Ogni aspetto intersoggettivo della vicenda circolatoria («efficacia del trasferimento *inter partes* e dunque dell'operatività o meno del principio consensualistico, quello dell'attivabilità o meno, in ragione della veste documentale, di strumenti di tutela degli acquisti, quello, infine, dell'individuazione dei criteri per la risoluzione dei conflitti tra più acquirenti») è ignorato dal redattore di questa norma [10].

Al pari dell'art. 2346 c.c. e per le medesime ragioni sopra esposte, l'art. 2355 c.c. ad avviso di chi scrive non lascia spazio all'autonomia contrattuale dei soci in merito alla eventuale individuazione di atipiche tecniche di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali. Effettuata l'opzione statutaria sulla veste non documentale o documentale cartacea (cui viene equiparata quella documentale scritturale) della partecipazione sociale, ai soci nulla resta da scegliere, posto che ad ogni tipica veste documentale *ex* art. 2346 c.c. corrisponde una tipica tecnica di legittimazione *ex* art. 2355 c.c. Ed è anzi proprio nella fissazione di questa inderogabile corrispondenza tra tipiche tecniche rappresentative e tipici indici di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali che va rinvenuta la *ratio* dell'art. 2355 c.c.

Secondo la prevalente dottrina, il legislatore della riforma con quest'ultima disposizione avrebbe inciso su questa corrispondenza avendo ormai collocato da un lato la circolazione delle azioni non documentate (art. 2355, primo comma, c.c.) e quella delle azioni documentate circolanti con mezzo diverso dal *transfert* (art. 2355, quarto comma, c.c.) e dall'altro la circolazione delle azioni documentate circolanti a mezzo girata [cui la legge equipara la circolazione delle azioni documentate a mezzo scritturazione (art. 2355, terzo e quinto comma)], così «defini-

9. Cian, 2016, 649 ss. e 650.

10. Cian, 2016, 651. Sui temi della circolazione della partecipazione e della legittimazione nelle società di capitali v. Furgiuele, 2013.

tivamente» espungendo, in quest'ultimo caso, l'annotazione nel libro soci «dal piano della fattispecie costitutiva degli effetti del trasferimento al cospetto dell'organizzazione societaria» [11].

In effetti, già prima della riforma delle società di capitali una attenta dottrina aveva sollevato dubbi sulla portata legittimante del libro sociale con riferimento all'esercizio dei diritti connessi ad azioni dematerializzate[12], sebbene questa rico-

11. Cian, 2016, 658.

12. Spada, 1999, 407 ss. e 418, per il quale, premesso che «In costanza di dematerializzazione (e, quindi, finché questa persista), la distinzione tra titoli al portatore e nominativi (come obbligazioni od azioni) può e deve conservarsi [...] limitatamente al regime delle comunicazioni dell'intermediario all'emittente», «la distinzione non incide, invece, sulla legittimazione, potendo rivestire piuttosto una qualche residua, limitata valenza tributaria e di polizia economica (v. per esempio, almeno in caso di dematerializzazione facoltativa, art. 2435, comma 3°, c.c. aggiunto dalla c.d. legge Mancino [n. 310/1993])», «Avrebbe tutte le caratteristiche di un tentativo di boicottaggio del regime di dematerializzazione in senso forte la proposta interpretativa, forse possibile sul piano testuale [...] di ravvisare ancora nel registro dell'emittente di titoli nominativi (tipicamente nel libro soci) lo strumento scritturale condizionante (in una o altra misura) la legittimazione dell'intestatario dello strumento finanziario all'esercizio delle situazioni giuridiche che vi sono compendiate e l'opponibilità dei trasferimenti dello strumento stesso all'emittente. In definitiva, la *legge di circolazione della legittimazione dei titoli dematerializzati* è ormai *una ed una soltanto*: la classificazione dello "strumento finanziario" come nominativo o al portatore è, finché persiste la dematerializzazione, *quiescente*, riacquistando essa rilevanza in caso di sopravvenuto venir meno delle condizioni della dematerializzazione. Qualora si tratti di "strumenti finanziari" nominativi, si renderà, in tal caso, necessario ricostruire la continuità delle doppie intestazioni sul titolo e nel registro dell'emittente, avvalendosi delle comunicazioni effettuate dall'intermediario». Ma v. anche Libonati, 1999, 132–133, secondo cui dal confronto della disciplina dei titoli di credito nominativi «è dato rilevare come scompaia l'intervento dell'emittente nel trasferimento del documento [...], pur rafforzandosi tuttavia «il principio secondo cui il trasferimento (del titolo di credito o) dello strumento finanziario nominativo è vicenda che non si esaurisce *inter partes*, ma esige l'intervento di terzi, nel caso dello strumento finanziario l'intermediario e tramite questo la società di gestione accentrata, a garanzia della certezza della circolazione e degli interessi dei terzi e del mercato». In altre parole, precisa questo A., «si conserva la funzione cui sopperisce, nei titoli di credito nominativi, la collaborazione dell'emittente; ma la terzietà rispetto al negozio di trasferimento non è data dal ricorso all'emittente, sibbene dal ricorso all'intermediario e (soprattutto) alla società di gestione, perché all'annotazione (sul titolo e) nel registro del primo si sostituiscono le registrazioni nei conti di questi ultimi». Quanto alla conoscenza del trasferimento da parte dell'emittente, «questa è assicurata dalle segnalazioni cui l'intermediario è tenuto *ex* art. 31, 1° comma, lett. c), d. lgs. 213. Ma si tratta di mera conoscenza di un fatto già perfezionatosi, seppure poi possa assumere rilievi diversi a fini giuridici e non di collaborazione nel trasferimento dei titoli di credito con il significato datovi dagli artt. 20121 ss. cod. civ.». Conclude sul punto questo A. che «A fianco di strumenti finanziari dematerializzati propriamente nominativi possono tuttavia individuarsi strumenti finanziari che lo sono meno. La comunicazione periodica all'emittente dell'avente diritto a strumenti finanziari rappresentativi di azioni è dovuta. Eguale comunicazione periodica per titoli a contenuto meramente finanziario – obbligazioni, titoli di debito – non è invece prescritta; e ai sensi dell'art. 30, 1° comma, lett. a) l'intermediario può, su incarico dell'avente diritto, esercitare egli stesso i diritti patrimoniali riferiti ad obbligazioni e strumenti di debito, poi riversando il percepito all'intestatario dei conti anche per il rispetto dei relativi oneri fiscali». Ne consegue che «una differenza fra strumenti finanziari de-

struzione della disciplina non fosse apparsa del tutto convincente per altra parte della dottrina [13].

I termini del dibattito sono mutati a seguito della riforma societaria con l'introduzione della disciplina di cui al terzo comma dell'art. 2355 c.c. che ora riproduce parte del terzo comma dell'art. 2023 c.c. (secondo cui «il giratario che si dimostra possessore in base ad una serie continua di girate ha diritto di ottenere l'annotazione del trasferimento nel registro dell'emittente») e parte dell'art. 4, primo comma, l. 29 dicembre 1962, n. 1745 (secondo cui «ha diritto al pagamento degli utili e all'intervento in assemblea quando il titolo azionario è stato trasferito per girata, il giratario che se ne dimostra possessore in base a una serie continua di girate») da ritenersi ancora in vigore stante l'espresso riferimento contenuto nell'art. 83–*terdecies* del d. lgs. del 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.).

Secondo l'impostazione più diffusa, l'annotazione nel libro dei soci sarebbe «degradata» da presupposto essenziale per l'acquisto dello *status socii* a mera conseguenza dell'esercizio dei diritti sociali [14], derogando il terzo comma dell'art. 2355 c.c. a quanto previsto in via generale dal terzo comma dell'art. 2023 c.c., implicitamente abrogando l'art. 2, secondo comma, r.d. 239/1942 e l'art. 4, l. 1745/1962 [15].

materializzati propriamente nominativi e strumenti finanziari dematerializzati che non lo sono risulta possibile, a ai fini classificatori utile. Certamente un parallelismo fra titoli di credito nominativi e al portatore e strumenti finanziari nominativi e strumenti finanziari che propriamente non lo sono resta incompleto, perché troppe sono le differenze di disciplina ravvisabili. Nondimeno la differenza fra modelli di strumenti finanziari sussiste e merita di essere rimarcata».

13. V. Minervini, 1999, 647 ss. e 658, quando concludeva osservando che l'aggiornamento del libro soci non rispondeva certo agli interessi dell'amministrazione finanziaria bensì a quello dei titolari dei conti interessati: «le segnalazioni da parte dell'intermediario dei nominativi degli aventi diritto sugli strumenti finanziari all'emittente, ai fini dei suoi adempimenti» erano infatti possibili e dovute quando ciò fosse previsto dalle disposizioni vigenti, oppure «a richiesta dell'interessato» (art. 31, comma 1, lett. *c* del decreto n. 213/98)». A tal fine, precisava questo A., che «"interessato" significa portatore di un interesse» e che a suo avviso «un interesse concreto» che poteva indurre l'azionista (o almeno taluni azionisti, in determinate circostanze) a chiedere l'iscrizione nel libro dei soci, era che l'iscrizione fosse «condizione per la legittimazione all'esercizio dei diritti corporativi», fosse in termini più precisi «co–elemento della fattispecie soggettiva» (lo stesso A. auspicava del resto un intervento del legislatore che rinunciasse all'esonero dall'obbligo di comunicazione alla società emittente dei nominativi dei soci che percepivano i dividendi soggiacendo all'imposta sostitutiva («questi allettamenti sono specchietti per le allodole, cioè per gli investitori più sprovveduti, ora che tutti i nominativi degli aventi diritti sugli strumenti finanziari sono iscritti nei registri degli intermediari»).

14. In questo senso De Luca, 2004, 329 ss. e 331, per il quale a seguito della riforma le azioni trasferite mediante girata rappresenterebbero titoli circolanti di fatto all'ordine; Vattermoli, 2003, 167 ss. e 171, per il quale al libro dei soci andrebbero riconosciute da un lato «la funzione di rendere conoscibile, alla società e ai soci, la compagine degli azionisti in un dato momento storico (funzione pubblicitaria) e, dall'altro, la funzione di indice di presunzione (*iuris tantum*) dello *status* di socio, in caso di conflitto tra più apparenti titolari della partecipazione (funzione probatoria)».

15. Così Giannelli, 2008, 529 ss. e 551 ss.

La disciplina introdotta dal terzo comma dell'art. 2355 c.c. riverberando i propri effetti anche in punto di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali connessi ad azioni dematerializzate ha infine indotto a riconoscere al libro dei soci anche in questo contesto una funzione essenzialmente informativa a vantaggio dei soci [16].

Come già diffusamente argomentato in altra sede, dell'art. 2355 c.c. è tuttavia possibile fornire una lettura diversa. Si diceva infatti che il terzo comma di quest'ultima disposizione parrebbe piuttosto volere anticipare gli effetti derivanti dalla materiale annotazione del trasferimento nel libro dei soci al momento in cui il diritto all'annotazione (di cui è titolare il possessore di un titolo azionario da cui risulti una serie continua di girate) viene fatto valere dall'acquirente che si rivolge alla società al fine di esercitare i diritti sociali [17]. In questi termini, il legislatore avrebbe sostanzialmente inteso estendere a tutti i diritti sociali l'applicazione di un principio già rinveniente dall'art. 4, primo comma, l. 29 dicembre 1962, n. 1745 per i soli diritti di intervento in assemblea e agli utili [18]: la materiale annotazione nel libro dei soci del proprio nominativo non deve necessariamente precedere l'esercizio del diritto sociale (come invece nel caso di cui al primo comma dell'art. 2355 c.c. e di quello di cui al quarto comma della medesima disposizione) essendo

16. Minervini, 2005, 1 ss. V. anche i dubbi espressi da Cian, 2004, 315 ss., secondo cui mentre non poteva dubitarsi che con riferimento ai titoli depositati in regime di gestione accentrata la funzione del libro dei soci fosse la medesima funzione assolta dal libro sociale con riguardo ai corrispondenti titoli non depositati in regime di gestione accentrata, qualche dubbio poteva emergere con riferimento ai titoli dematerializzati con riguardo ai quali non venivano in effetti riprodotte alcune disposizioni (sotto questo profilo dirimenti) applicabili alla circolazione dei primi.

17. V., più diffusamente, Dentamaro, 2004, 360 ss. Manca una disposizione che in generale si occupi dei termini entro cui la società è obbligata a provvedere all'aggiornamento del libro dei soci. Alla luce dell'attuale disciplina potrebbe prospettarsi il seguente quadro normativo:

– per le azioni non emesse, si applica analogicamente il primo comma dell'art. 9, r.d. 239/1942 secondo cui il termine concesso alla società per adempiere all'obbligo dell'annotazione nel libro soci è di un mese (Dentamaro, 2004, p. 363; Stanghellini, 2008, 612, nt. 128);

– per i titoli azionari cartacei che circolano con girata:

a) in caso di richiesta di annotazione nel libro soci mediante esercizio del diritto agli utili o del diritto di intervento in assemblea, il termine è di novanta giorni ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 5, l. 1765/1962;

b) in caso di esercizio degli altri diritti, si applica analogicamente ancora il primo comma dell'art. 9 r.d. 239/1942 (v., però, Cian 2004, 315 ss., per il quale l'aggiornamento del libro soci non dovrebbe essere fatto per diritti sociali diversi dal diritto agli utili e dal diritto di intervento in assemblea);

– per i titoli azionari cartacei che circolano con *transfert* o *mortis causa* il termine è di un mese ai sensi del primo comma dell'art. 9, r.d. 239/1942.

Il termine è da intendere come concesso alla società nel suo esclusivo interesse, dovendo essa in mancanza procedere immediatamente all'annotazione del trasferimento nel libro sociale.

18. Quest'ultima disposizione recita che: «ha diritto al pagamento degli utili e all'intervento in assemblea quando il titolo azionario è stato trasferito per girata, il giratario che se ne dimostra possessore in base a una serie continua di girate».

a tal fine necessaria, ma sufficiente, la titolarità di questo diritto. Questa soluzione, del resto, consente di comprendere e così giustificare l'indifferenza del beneficiario dell'annotazione circa il successivo effettivo comportamento dell'organo gestorio (posto che egli non trarrebbe ulteriori benefici dalla effettiva annotazione i cui effetti in ogni caso retroagiscono al giorno in cui egli ha chiesto di esercitare il diritto sociale e non, si precisa, al giorno in cui ha ottenuto per girata il titolo), ma anche di superare evidenti incongruenze sistematiche che deriverebbero non solo dall'applicazione del successivo art. 2355–*bis* c.c. (v. infatti gli insuperabili inconvenienti pratici di fronte ai quali i fautori dell'opposta tesi inevitabilmente vengono a trovarsi in presenza di limiti alla circolazione delle azioni *ex* art. 2355–*bis* c.c.[19]), ma anche *ex* art. 2356 c.c. la cui applicazione necessariamente presuppone l'avvenuto completamento della vicenda traslativa con l'annotazione nel libro soci, decorrendo proprio da questo momento il termine per la liberazione dell'alienante dall'obbligo del conferimento[20]. In definitiva, elemento della fattispecie acquisitiva della legittimazione verso la società resta il controllo esercitato dall'organo gestorio, su richiesta dell'acquirente, che implica ugualmente una collaborazione dell'emittente nella vicenda circolatoria.

Secondo una posizione più di recente assunta, pur rinvenendosi dal terzo comma dell'art. 2355 c.c. «la *regola* di un riconoscimento generalizzato, ai fini legittimativi, dell'*inessenzialità* dell'iscrizione in presenza di un titolo regolarmente girato», ricavandosi tale assunto dalla espressione «diritti sociali», che evocherebbe una legittimazione piena rinviando a tutti i poteri che agli azionisti discendono dalla partecipazione sociale, da ciò non potrebbe desumersi «la *sufficienza* del possesso» dei titoli azionari ai fini della legittimazione all'esercizio dei diritti essendo a tal fine essenziale il controllo esercitato dall'organo gestorio della società sulla sussistenza dei (soli) requisiti di legittimazione [«presupposti legali e (eventualmente) convenzionali di efficacia del trasferimento»]; per la società essendo irrilevante (in questo momento) «il modo in cui il potere di esercizio del diritto è stato acquisito dal possessore del titolo» (il giratario ha acquisito «il potere di autodeterminare il momento del controllo senza dover sottostare ai tempi d'attesa che il carattere seriale dei titoli azionari e la correlata necessità di rispettare l'ordine delle richieste presentate producono»). La verifica sulla «reale spettanza di quella data situazione soggettiva» (e dunque sulla «vicenda traslativa a seguito

19. Inconvenienti evidenziati da Stanghellini, 2008, 559 ss. e 565, nt. 10, il quale ritiene infatti l'art. 2355 c.c. – interpretato nel senso di escludere la funzione legittimante attiva del libro dei soci – inapplicabile «pena una contraddizione insanabile fra le norme, nel caso di azioni che, pur potendo circolare per girata (perché incorporate in titoli), siano soggette ad una delle clausole previste dall'art. 2355 *bis*».

20. V., infatti, lo stesso Cian, 2016, 659.

della quale se ne vanta l'acquisto»), sarebbe invece funzionale alla iscrizione del trasferimento nel libro dei soci: si sarebbe verificato, in altri termini, «un "allentamento" dell'intensità del controllo rispetto al modo in cui lo stesso viene, di contro, esercitato al momento dell'iscrizione, quando non pare possibile prescindere da una penetrante verifica della conformità dell'acquisto della partecipazione alle modalità che consentono l'inserimento dell'acquirente all'interno dell'organizzazione»; in altri termini, «se nel primo caso la verifica della sussistenza del requisito legittimante avverrà *icto oculi* e (in prevalenza) sul titolo (salva, naturalmente, la necessità di verificare il rispetto di eventuali limiti convenzionali alla circolazione), nel secondo passerà da un più attento e approfondito esame delle risultanze del libro dei soci»[21].

Se sulla valenza terminologica dell'espressione «diritti sociali» di cui al terzo comma dell'art. 2355 c.c. non possono sollevarsi dubbi, non agevolmente comprensibile è la ragione per cui altrettanta valenza non possa/debba attribuirsi alla ulteriore espressione contenuta nella medesima disposizione ovvero al «diritto all'annotazione», a maggior ragione ove si consideri che è proprio sul presupposto della sussistenza di questo diritto (all'annotazione) – perché diversamente non avrebbe davvero alcun senso riconoscerlo – che tutti i «diritti sociali» potranno essere esercitati. Soprattutto non convince il duplice piano di controlli, più blando il primo in funzione dell'esercizio dei diritti sociali da svolgere essenzialmente sulla base del titolo, più penetrante il secondo ai fini dell'acquisizione dello *status* di socio a mezzo annotazione. Premesso che chi esercita un diritto sociale deve già essere socio, in cosa esattamente si differenzierebbero questi controlli (uno sul titolo l'altro sul libro soci?) e quali conseguenze deriverebbero quando non si superi il secondo? Ciò su cui non può dubitarsi è che al momento dell'esercizio dei diritti sociali il possessore del titolo in base ad una serie continua di girate è già socio in quanto ha già maturato un diritto all'annotazione nel libro dei soci previo superamento dei controlli da parte dell'organo gestorio [permanendo al più il solo obbligo a carico della società, a fronte del diritto maturato dal socio, di (materialmente) annotare il nominativo del nuovo socio nel libro sociale].

3. Dal terzo comma dell'art. 2355 c.c. emergerebbe, ancora più in generale, un sistema in cui si privilegia «il profilo della sicurezza di circolazione della legittimazione rispetto a quello della protezione dell'emittente e della titolarità di chi è già socio» adducendo come ulteriore argomentazione gli artt. 83–*quinquies* e 83–*sexies* t.u.f. che non solo ribadiscono la centralità ai fini legittimativi della registrazione in

21. Così, più di recente, Kutufà, 2013, 641 ss. e 670 ss.

conto, ma con la regola della *record date* «avrebbero con decisione imposto la prevalenza della situazione di *legittimazione* su quella di *titolarità*» [22].

In vero, e senza trascurare la specialità delle disposizioni sopra citate, l'art. 83–*quinquies,* t.u.f. sin da subito ribadisce che ricade in capo al titolare del conto indicato nell'art. 83–*quater,* terzo comma, t.u.f. la legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari in esso registrati «secondo la disciplina propria di ciascuno di essi e le norme del presente titolo». Tale rinvio, da intendersi anche al terzo comma dell'art. 2355 c.c. (data la equiparazione di cui più volte si è detto), già consente di riproporre anche in tale contesto le considerazioni precedentemente svolte in ordine al ruolo svolto dal libro dei soci nella fattispecie acquisitiva della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.

Concentrandosi peraltro sulla regola della *record date*, non può trascurarsi come autorevole dottrina non abbia rinvenuto in questa speciale disciplina una regolamentazione dalla portata così travolgente e abbia invece ribadito ancora oggi il rilievo della titolarità nel caso di acquisto degli strumenti finanziari in data successiva a quella della registrazione e anteriore all'assemblea in applicazione del regime delle eccezioni previsto originariamente nel decreto euro del 1998 (v. artt. 32 e 33) ora sostituito dall'art. 83–*quinquies*, secondo comma, t.u.f. sull'acquisto *a non domino* (ove al possessore del titolo è sostituita la registrazione contabile effettuata dall'intermediario) e dall'art. 83–*septies* t.u.f. sull'opponibilità delle eccezioni personali e di quelle comuni agli altri titolari degli stessi titoli. Queste ultime disposizioni hanno un contenuto analogo a quello degli artt. 1994 e 1993 c.c. aventi rispettivamente a oggetto i principi dell'astrattezza e dell'autonomia. Il principio dell'astrattezza nell'acquisto a *non domino* «è coerente con il principio espresso dall'art. 1992, per il quale la legittimazione del possessore è così forte da consentire al debitore di non pagare al legittimato solo se egli abbia conoscenza documentata che il legittimato non è il titolare del diritto e cioè se egli sia in dolo o colpa grave nell'adempiere la prestazione nei confronti del legittimato». Si è ri-

22. Così Kutufà, 2013, 673–674, testo e nt. 70. V. Maugeri, 2011, 107 ss. e 131 ss., secondo cui le speciali disposizioni contenute nel t.u.f. preluderebbero proprio ad una vicenda «dissociativa del voto dalla posizione di interesse sull'azione» sulla base «di un indice obiettivo costituito dalle risultanze contabili dell'intermediario». Per la tesi secondo cui l'intero procedimento assembleare sarebbe regolamentato «in termini rigorosamente oggettivi» sono Lener, 2006, 79 e 84, e Angelici, 1983, 35 ss. e 51 ss., per il quale il requisito del procedimento assembleare «è la posizione formale del soggetto il quale esprime il voto, non invece la riferibilità di quest'ultimo agli interessi del titolare della partecipazione sociale» ed ancora «in tema di diritto di voto, la prevalenza del profilo della legittimazione rispetto a quello della titolarità deve spiegarsi in base alla circostanza secondo la quale, concernendo il secondo la disciplina di un rapporto di trasmissione, esso si pone su un piano diverso e distinto da quello del rilievo reale che caratterizza il voto stesso: in termini perciò estranei alla disciplina del procedimento assembleare».

tenuto allora che questo stesso principio, pure in mancanza di una disposizione nel t.u.f. analoga a quella di cui all'art. 1992 c.c., operi pure nel caso di specie «in virtù della forte espressione legislativa con la quale viene attribuita al titolare del conto «la legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari in esso registrati». In questi termini, si è detto, l'emittente consentirà l'intervento in assemblea e l'esercizio del diritto di voto al titolare del conto legittimato «dando la prevalenza alla effettiva titolarità di un terzo solo nel caso che questi gli dia piena documentazione dell'acquisto delle azioni in data successiva all'ultima registrazione comunicata dall'intermediario»[23].

Né del resto questa soluzione sembrerebbe ostacolata dalla normativa comunitaria[24] apparendo in più maggiormente in linea con la disciplina applicabile alle società cui è consentito con una clausola statutaria di adottare il sistema della *record date* [25].

Il discorso può peraltro essere ampliato non potendo sottacersi della complicata disciplina volta a coordinare la movimentazione contabile dei titoli con il sistema

23. Così Gambino, 2011, 997 ss. e 998, il quale conclude osservando che «Nel nostro ordinamento, in attuazione della direttiva del 2007, non è stato compiuto l'ultimo passo per il quale nelle società di capitali venga attribuita una legittimazione a partecipare alle decisioni assembleari indipendentemente dalla qualità di socio». V., al riguardo, i dubbi sollevati da Sacchi, 2012, 31 e 41, per il quale i principi dettati dall'art. 1992 c.c. non convincono in ipotesi di strumenti finanziari dematerializzati posto che in questa ipotesi «la relazione tra titolarità e legittimazione non coinvolge solo (come nei casi nei quali sono state pensate le disposizioni appena citate) rapporti bilaterale – fra legittimato e debitore, fra titolare e debitore, fra legittimato e titolare – ma influisce sull'esercizio di diritti che producono effetti su di un'organizzazione (quella societaria) utilizzata per l'esercizio di un'impresa, che interagisce con terzi». Sempre secondo Maugeri, 2011, 137, nt. 73, «Alla partecipazione ai lavori assembleari di chi abbia alienato le azioni non potrebbe, del resto, opporsi quanto previsto dall'art. 2377, comma 5, n. 1), c.c. trattandosi di norma che riconduce l'anomalia del procedimento deliberativo alla partecipazione di "persone non legittimate", non invece di terzi i quali, pur avendo ormai alienato le azioni di cui erano titolari, risultino muniti dell'indice di legittimazione previsto dalla legge».

24. Nel senso che il diritto comunitario, pur non consentendo di attribuire una legittimazione all'acquirente delle azioni in data successiva alla data di registrazione «non precluda di delegittimare colui che appare tale senza essere più titolare nei limiti e con l'interesse che connota l'eccezione di titolarità» è de Luca, 2010, 254 e 258. *Contra* Guizzi, 2011, 2 e 10, nt. 17; Stella Richter *jr* – Atlante, 2010; Maugeri, 2011, 134, nt. 68, che osserva come l'irrilevanza ai fini della legittimazione all'intervento in assemblea e al voto delle alienazioni successive alle *record date* costituisce una regola enunciata, seppure «con maggiore chiarezza» in altri sistemi. L'A. rinvia all'ordinamento francese ed in particolare all'ultimo aliena dell'art. R. 225–85 in base al quale le cessioni effettuate dopo la data di registrazione non possono essere notificate dall'intermediario all'emittente, o esser comunque prese in considerazione da quest'ultimo ai fini della legittimazione all'intervento in assemblea, con conseguente inefficacia di una eventuale convenzione contraria intercorsa tra le parti del negozio di alienazione.

25. Ci si riferisce, ai sensi del terzo comma dell'art. 83–*sexies* t.u.f., alle società con azioni non quotate e non trattate in sistemi multilaterali di negoziazione. In questo caso con previsione statutaria è possibile prevedere un periodo di blocco delle azioni che nelle società con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante non potrà superare i due giorni non festivi.

di certificazioni e comunicazioni più strettamente connesso ai meccanismi di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali. Come sottolineato efficacemente da una attenta dottrina, «la divaricazione tra la procedura di movimentazione dei titoli nella rete contabile ed i meccanismi legittimanti, unita alla inconoscibilità, da parte dell'emittente, delle vicende circolatorie concernenti i suoi strumenti finanziari, ha imposto un delicato coordinamento tra le due operazioni, che impedisse la sopravvivenza di certificazioni/comunicazioni riferite ad un soggetto non più portatore dei relativi titoli, in quanto spogliatosi degli stessi». Il coordinamento è avvenuto gravando l'intermediario (a) dell'obbligo di revocare/rettificare *ex* art. 45 Provv. Unico Consob/Banca d'Italia sul *post–trading* del 13 agosto 2018 [rubricato «Provvedimento unico sul *post–trading* Consob/Banca d'Italia recante la disciplina delle controparti centrali, dei depositari centrali e dell'attività di gestione accentrata», in vigore dal 31 agosto 2018 (Provv. Unico Consob/Banca d'Italia) che ha sostituito il Regolamento recante la disciplina dei servizi di gestione accentrata, di liquidazione, dei sistemi di garanzia e delle relative società di gestione, adottato d'intesa dalla Banca d'Italia e dalla Consob con provvedimento del 22 febbraio 2008] le comunicazioni inviate all'Emittente per i diritti di cui all'art. 43 Provv. Unico Banca d'Italia/Consob (diritti sociali previsti dagli artt. 2437 e 2422 c.c. e 83–*duodecies*, comma 3, 126–*bis*, 127–*ter*, 147–*ter* e 148 t.u.f. nonché dall'art. 48, comma 2, Provv. Unico Banca d'Italia/Consob) in caso di cessione degli strumenti finanziari da parte del soggetto a favore del quale la comunicazione era stata effettuata e (b) subordinando l'esecuzione dell'operazione di giro, in presenza di certificazioni rilasciate dall'intermediario al soggetto legittimato per l'esercizio dei diritti di cui al primo comma dell'art. 46 Provv. Unico Banca d'Italia/Consob [diritti diversi da quelli previsti dagli artt. 42 (diritto di intervento), 43 e 44 (diritto alla maggiorazione del voto) Provv. Unico Banca d'Italia/Consob], alla loro preventiva restituzione all'intermediario che le ha rilasciate (v. art. 46 Provv. Consob/Banca d'Italia)[26].

Quanto ai diritti di voto e di intervento in assemblea (l'invio della cui comu-

26. Così Cian, 2012a, 103 ss. che, nel vigore della precedente regolamentazione osservava che «La procedura è coerente, sebbene non sempre scevra di difficoltà, nel caso di diritti ad esercizio non istantaneo: poiché, in particolare, l'obbligo di rettifica della comunicazione e di restituzione della certificazione è (correttamente, di per sé) circoscritto all'ipotesi in cui l'attestazione non sia scaduta, può accadere che ad esse non si dia luogo e che si proceda *tout court* alla movimentazione degli strumenti finanziari, quando in realtà l'esercizio del diritto da parte del disponente (si pensi all'esame di un articolato pacchetto di documenti della società, ove sia consentito dallo statuto, che richieda accessi ripetuti presso la sede della medesima) è ancora in corso. Al fine di evitare che questo prosegua, all'insaputa dell'emittente, da parte di un soggetto ormai non più legittimato, occorre postulare che gli atti di esercizio debbano terminare entro la data di validità dell'attestazione, e che, qualora questa rivesta la forma della certificazione, essa vada ripetutamente esibita in occasione di ciascuno degli atti in questione».

nicazione all'emittente non può essere richiesta dal legittimato all'intermediario prima del termine di cui all'art. 42 Prov. unico Banca d'Italia/Consob), si deve pure considerare l'art. 83–*novies*, primo comma, lett. f), t.u.f. dalla cui applicazione dovrebbe derivare che ove i nominativi degli aventi diritti sugli strumenti finanziari (attuali intestatari del conto) siano diversi da quelli dei soggetti a cui favore siano state effettuate le comunicazioni per l'intervento in assemblea e per il voto (per avere questi, dopo la richiesta di invio della comunicazione all'emittente, trasferito le partecipazioni), l'intermediario è obbligato ad effettuare una segnalazione all'emittente ai fini degli adempimenti degli «obblighi conseguenti» (tra cui sicuramente quello di procedere all'aggiornamento del libro dei soci *ex* art. 83–*undecies*, primo comma, t.u.f.) e ciò, parrebbe, a prescindere da una richiesta (esplicita o implicita) in tal senso da parte dell'acquirente, a prescindere anzi dalla volontà di qualunque altro soggetto coinvolto in questa operazione. A prescindere dalla circostanza non potersi dunque escludere in maniera assoluta che incomba sull'emittente un obbligo di impedire all'alienante di intervenire in assemblea e di votare (può anzi questo essere uno degli «obblighi conseguenti»? sempre o solo quando ci sia una richiesta del nuovo titolare delle azioni?)[27], non sembra proprio che da simili disposizioni possa evincersi la volontà del legislatore di privilegiare «il profilo della sicurezza di circolazione della legittimazione rispetto a quello della protezione dell'emittente e della titolarità di chi è già socio» [28].

Il sistema non sembrerebbe affatto orientato nel senso della prevalenza della legittimazione sulla titolarità delle azioni [29] e basti a tal fine riflettere proprio su

27. V., al riguardo, Gambino, 2011, 997 ss.

28. Così in generale Kutufà, 2013, 673.

29. Per un commento della disciplina introdotta dal d. lgs. 27/2010 v. Cian, 2012b, 1007 ss.; Id., 2012a, 103 ss., per il quale «sotto questo profilo, la novella del 2010 non ha interpolato in alcun modo la disciplina anteriore, ma ha il pregio di equiparare anche formalmente i principi regolatori della materia nei due modelli del deposito e della dematerializzazione piena, attraverso il richiamo alle norme sopracitate da parte dell'art. 85 t.u.f., atteso che, diversamente, l'originario art. 86, comma 2°, dettava per i titoli immessi in deposito, a questo proposito, una norma autonoma ("Il trasferimento [mediante operazione di giro] ... produce gli effetti propri del trasferimento secondo la disciplina legislativa della circolazione degli strumenti finanziari"). Se si considera l'ambiguità di quest'ultima e gli scarti lessicali esistenti tra gli allora vigenti artt. 32 e 33 citati e gli artt. 1993 s. c.c. (ai quali ultimi verosimilmente si riferiva l'art. 86 t.u.f.), la sancita, piena equivalenza tra i due modelli di g.a., sul piano circolatorio, rappresenta senz'altro un significativo contributo all'armonizzazione interna al sistema, quanto meno dal punto di vista della chiarezza». V. ancora lo stesso A. quando afferma, op. cit., 103 ss., nt. 33, che ancora «si profila il problema della permanenza, all'interno del sistema, della distinzione fra titoli nominativi e al portatore (e sul punto v. il richiamo agli "strumenti finanziari nominativi", contenuto nell'art. 83 *novies*, lett. d, t.u.f.) e della rilevanza, per i primi, dell'annotazione nel registro dell'emittente a fini di legittimazione [...] Rispetto a quella previgente, l'attuale disciplina risulta più armonica e meno farraginosa e sembrerebbe orientata (sebbene ancora in modo tutt'altro che univoco) nel senso della significatività solo teorica del registro dell'emittente, da aggiornare non prima, ma a seguito dell'eser-

questa fitta rete di comunicazioni e segnalazioni, la cui ragionevolezza ed opportunità potrebbe chiarirsi nell'ottica di una società emittente non esclusivamente «ricettore di notizie» [30]. Rete di comunicazioni e segnalazioni a carico dell'intermediario cui si aggiunge, a carico dell'emittente, un preciso obbligo di procedere all'aggiornamento del libro dei soci ai sensi del primo comma dell'art. 83–*undecies* t.u.f. Obbligo, quest'ultimo, previsto anche da una legge speciale cui rinvia il quarto comma dell'art. 2355 c.c. ed a cui si contrappone il diritto all'annotazione nel libro dei soci di cui al terzo comma della medesima disposizione.

Interessante ancora considerare come in passato ci si lamentasse della mancanza di una disposizione che imponesse all'intermediario di inviare all'emittente una segnalazione «circa il puro fatto dell'accredito di valori nominativi a beneficio del partecipante al sistema» ed al contempo si constatava che la certificazione rilasciata dall'intermediario non fosse finalizzata all'iscrizione nel libro dei soci, bensì all'esercizio dei diritti sociali come dimostrato dal contenuto che quella certificazione doveva avere: si trattava di una certificazione finalizzata «all'esercizio di diritti specifici, non già alla precostituzione della fattispecie in via generale legittimante» [31].

Con riguardo al primo punto si osserva che neppure in tema di circolazione cartolare dei titoli azionari a mezzo girata (a cui la scritturazione viene equiparata dall'ultimo comma dell'art. 2355 c.c.) il legislatore ha previsto un meccanismo tale da imporre la precostituzione di una fattispecie in via generale legittimante. Pur infatti non escludendo che sia lo stesso titolare delle azioni a chiedere (a prescindere dall'esercizio di diritti sociali) l'annotazione nel libro dei soci [e v., in regime di circolazione scritturale, l'art. 83–*novies*, primo comma, lett. e), t.u.f. che impone all'intermediario (anche) «a richiesta dell'interessato» di segnalare all'emittente il proprio nominativo in qualità di avente diritto sugli strumenti finanziari ai fini degli adempimenti a carico dell'emittente[32]], il legislatore mostra in generale di pre-

cizio del primo diritto da parte dell'investitore (atto che dunque varrebbe altresì come prenotazione della propria iscrizione)».

30. Nel vigore della previgente disciplina Minervini, 1999, 647 ss. e 658, osservava come significativo sembrava il forte incremento di comunicazioni disposto dalla normativa che aveva come destinatario l'emittente di azioni nominative e per il cui recepimento era disposto l'aggiornamento del libro dei soci. Questo A. si chiedeva se davvero l'emittente – riprendendo le parole di Libonati, 1999, 130 – fosse «conservato (verrebbe voglia di dire: imbalsamato) "come semplice ricettore di notizie", del quale viene così, consumata, "l'estraniazione"?».

31. Così Cian, 2007, 641 ss. e 688–689.

32. Ove l'espressione avente diritto sugli strumenti finanziari è da intendere come soggetto concretamente interessato a chiedere l'iscrizione nel libro dei soci in quanto condizione per la legittimazione all'esercizio dei diritti corporativi e dunque «co–elemento della fattispecie soggettiva». Si ricorda ancora Minervini, 1999, 658, quando concludeva che l'aggiornamento del libro soci non rispondeva certo agli interessi dell'amministrazione finanziaria bensì a quello dei titolari dei conti interessati: «le segnalazioni da parte dell'intermediario dei nominativi degli aventi diritto sugli strumenti finanziari

ferire un sistema in cui l'aggiornamento del libro dei soci sia piuttosto legato all'esercizio dei diritti sociali [e, dunque, ad una iniziativa/richiesta dell'interessato, con l'unica probabile e non trascurabile eccezione, per quanto già detto, dell'art. 83–*novies*, primo comma, lett. f), t.u.f.][33].

Né prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 27/2010 l'ordinamento giuridico societario lasciava intravedere l'esistenza di un interesse della società giuridicamente rilevante a conoscere le generalità dei titolari della partecipazione azionaria nel mentre le azioni circolavano a mezzo girata. Solo oggi per effetto degli artt. 83–*duodecies* t.u.f. e (26–*bis* del Reg. Banca d'Italia/Consob oggi trasfuso nell'art.) 48 Provv. Unico Consob/Banca d'Italia questo interesse ha assunto rilevanza tanto che la società qualora sia previsto nel suo statuto potrà chiedere i dati identificativi «degli azionisti» (che non abbiano espressamente vietato la comunicazione) precisandosi che un analogo diritto spetta pure a tanti soci che rappresentino una certa aliquota del capitale sociale (v. art. 83–*duodecies*, primo e terzo comma, t.u.f.).

all'emittente, ai fini dei suoi adempimenti» erano infatti possibili e dovute quando ciò fosse previsto dalle disposizioni vigenti, oppure «a richiesta dell'interessato» (art. 31, comma 1, lett. *c* del decreto n. 213/98)». A tal fine, precisava questo A., che «"interessato" significa portatore di un interesse» e che a suo avviso «un interesse concreto» che poteva indurre l'azionista (o almeno taluni azionisti, in determinate circostanze) a chiedere l'iscrizione nel libro dei soci, era che l'iscrizione fosse «condizione per la legittimazione all'esercizio dei diritti corporativi», fosse in termini più precisi «co–elemento della fattispecie soggettiva». Questo A. auspicava del resto un intervento del legislatore che rinunciasse all'esonero dall'obbligo di comunicazione alla società emittente dei nominativi dei soci che percepivano i dividendi soggiacendo all'imposta sostitutiva («questi allettamenti sono specchietti per le allodole, cioè per gli investitori più sprovveduti, ora che tutti i nominativi degli aventi diritti sugli strumenti finanziari sono iscritti nei registri degli intermediari»). Infatti ciò comportava che gli unici a non avere una visione completa della compagine azionaria fossero, paradossalmente, proprio gli azionisti, che non avevano diritto di ricevere informazioni dagli intermediari, e dal libro dei soci potevano ritrarne solo una incompleta.

33. Diverso il discorso con riguardo al diritto ai dividendi in regime di gestione accentrata con riguardo al quale l'intermediario è tenuto a segnalare all'emittente l'avvenuta messa in pagamento solo una volta esercitato il diritto (v. l'art. 83–*novies*, primo comma, lett. d), t.u.f.). Non può tuttavia trascurarsi che a fronte dell'art. 4, primo comma, l. 29 dicembre 1962, n. 1745, secondo cui «ha diritto al pagamento degli utili e all'intervento in assemblea quando il titolo azionario è stato trasferito per girata, il giratario che se ne dimostra possessore in base a una serie continua di girate», rilevano gli artt. art. 83–*novies* t.u.b. – (rubricato «Compiti dell'intermediario»), primo comma, lett. d), t.u.f. secondo cui l'intermediario «segnala all'emittente i dati identificativi [...] di coloro ai quali sono stati pagati dividendi e di coloro che, esercitando il diritto di opzione o altro diritto, hanno acquisito la titolarità di strumenti finanziari nominativi, specificandone le relative quantità ai fini degli adempimenti a carico dell'emittente» – ma, soprattutto, l'art. 83–*terdecies* t.u.f. (rubricato «Pagamento dei dividendi»), secondo cui «In deroga all'articolo 4 della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, *la legittimazione* al pagamento degli utili e delle altre distribuzioni afferenti gli strumenti finanziari registrati nei conti indicati all'articolo 83–*quater*, comma 3, *è determinata con riferimento alle evidenze dei conti relative al termine della giornata contabile individuata dall'emittente che stabilisce altresì le modalità del relativo pagamento*».

Fermo l'obbligo anche in questo caso di aggiornamento del libro soci (così espressamente il quarto comma di quest'ultima disposizione).

Dal complesso quadro normativo e regolamentare parrebbe perciò emergere, con riguardo alla «Gestione accentrata in regime di dematerializzazione» e alla «Gestione accentrata di strumenti finanziari cartolari», un *sistema unico di costituzione della fattispecie legittimante* (v., infatti, il rinvio contenuto nel primo comma dell'art. 85 t.u.f. – in tema di gestione accentrata di strumenti finanziari cartolari – agli artt. 83–*quater*/83–*undecies* t.u.f. e al relativo Provv. Unico Banca d'Italia/Consob di attuazione – in tema di gestione accentrata in regime di dematerializzazione). L'annotazione/aggiornamento libro soci potrà dunque avvenire:

– su *esplicita richiesta dell'interessato ex* art. 83–*novies*, primo comma, lett. e), t.u.f., t.u.f. (l'intermediario «segnala altresì all'emittente, a richiesta dell'interessato ovvero quando previsto dalle disposizioni vigenti i dati identificativi degli aventi diritti sugli strumenti finanziari ai fini degli adempimenti a carico dell'emittente»);

– su *esplicita richiesta della società emittente ex* art. 83–*duodecies*, primo e terzo comma, t.u.f. per i soci che non l'abbiano espressamente vietata [«Ove previsto dallo statuto, le società italiane con azioni ammesse alla negoziazione con il consenso dell'emittente nei mercati regolamentati o nei sistemi multilaterali di negoziazione italiani o di altri Paesi dell'Unione Europea possono chiedere, in qualsiasi momento e con oneri a proprio carico, agli intermediari, tramite un depositario centrale, i dati identificativi degli azionisti che non abbiano espressamente vietato la comunicazione degli stessi, unitamente al numero di azioni registrate sui conti ad essi intestati» (primo comma) e « Nel caso in cui lo statuto preveda la facoltà di cui al comma 1, la società è tenuta ad effettuare la medesima richiesta su istanza di tanti soci che rappresentino almeno la metà della quota minima di partecipazione stabilita dalla Consob ai sensi dell'articolo 147–*ter,* comma 1. I relativi costi sono ripartiti tra la società ed i soci richiedenti secondo i criteri stabiliti dalla Consob con regolamento, avendo riguardo all'esigenza di non incentivare l'uso dello strumento da parte dei soci per finalità non coerenti con l'obiettivo di facilitare il coordinamento tra i soci stessi al fine di esercitare i diritti che richiedono una partecipazione qualificata» (secondo comma)];

– su *richiesta dell'interessato implicita* nella richiesta di esercitare i diritti sociali secondo quanto regolamentato dal Provv. Unico Banca d'Italia/Consob;

– *senza richiesta alcuna* (parrebbe) *ex* art. 83–*novies*, primo comma, lett. f), t.u.f. per il singolo socio (l'intermediario «nei casi in cui siano diversi dai soggetti richiedenti le certificazioni o a cui favore siano state effettuate le comunicazioni, segnala all'emittente i dati identificativi degli aventi diritti sugli strumenti finanziari ai fini degli adempimenti a carico dell'emittente»).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Abriani N. (2004). *Sub* art. 2351, 1°–4° co. In: Cottino G. *et Al.*, diretto da, *Il nuovo diritto societario*, I. Bologna: Zanichelli, p. 310 ss.

Angelici C. (1983). Note preliminari sulla legittimazione nei titoli azionari. *Riv. dir. comm.*, I, p. 35 ss.

Bocca R. (2004). *Sub* art. 2346, 1°–5° co. In: Cottino G. *et Al.*, diretto da, *Il nuovo diritto societario*, I. Bologna: Zanichelli, p. 218 ss.

Cian M. (2004). Note sui rapporti tra il nuovo diritto societario e il regime di dematerializzazione. *Giur. comm.*, I, p. 315 ss.

Cian M. (2007). La dematerializzazione degli strumenti finanziari. *Banca borsa e titoli di credito*, I, p. 641 ss.

Cian M. (2012a). La gestione accentrata degli strumenti finanziari dopo la novella del 2010. *Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 103 ss.

Cian M. (2012b). *Sub* artt. 79–*quater* – 90 t.u.f. In: Fratini M., Gasparri G., *Il testo unico della finanza*, I. Torino: Utet, p. 1007 ss.

Cian M. (2016). *Sub* art. 2355 c.c. In: Abbadessa P., Portale G.B., diretto da, *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, I. Milan: Giuffré, p. 649 ss.

de Luca N. (2004). *Sub* art. 2355 c.c. In: Niccolini G., Stagno d'Alcontres A., a cura di, *Società di capitali*, I. Padova: Jovene, p. 329 ss.

de Luca N. (2007). *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*. Giappichelli: Torino.

de Luca N. (2010). La nuova disciplina della gestione accentrata e della legittimazione degli azionisti. *Banca, borsa e titoli di credito*, I, p. 254 ss.

Dentamaro A. (2004). *Sub* artt. 2355–2356 c.c. In: Cottino G. *et Al.*, diretto da, *Il nuovo diritto societario*, I. Bologna: Zanichelli, p. 360 ss.

Dentamaro A. (2010). Le azioni. In: Cottino G. *et Al.*, diretto da, *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003–2009*. Bologna: Zanichelli, p. 125 ss.

Dentamaro A. (2016). I limiti convenzionali statutari alla circolazione delle azioni tra disciplina e prassi applicativa. In: *Scritti in onore di Ermanno Bocchini*, II. Padova: Jovene, p. 1307 ss.

Formica C. (2005). *Sub* artt. 2354–2346 c.c. In: Maffei Alberti A., a cura di, *Il nuovo diritto delle società*, I. Padova: Cedam, p. 161 ss.

Furgiuele L. (2013). *Trasferimento della partecipazione e legittimazione nelle società di capitali*. Milano: Giuffré.

Gambino A. (2011). Il recepimento della Direttiva sui diritti degli azionisti. *Giur. comm.*, I, p. 997 ss.

Giannelli A. (2008). *Sub* artt. 2354–2355 c.c. In: Notari M., a cura di, *Azioni*. Milano: Egea, p. 529 ss.

Guizzi G. (2011). Gli azionisti e l'assemblea nelle società quotate tra mito e realtà. *Riv. dir. soc.*, p. 2 ss.

Kutufà K. (2013). Indici di legittimazione e tecniche azionarie: nuove soluzioni per vecchi problemi tra cartolarità e dematerializzazione. *Banca borsa e titoli di credito*, I, p. 641 ss.

Lener R. (2006). Legittimazione all'intervento in assemblea nelle società quotate. In: Abbadessa P., Portale G.B., diretto da, *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, II. Torino: Utet, p. 79 ss.

Libonati B. (1999). *Titoli di credito e strumenti finanziari*. Milano: Giuffré.

Maugeri M. (2011). *Record date* e "nuova" inscindibilità della partecipazione azionaria. *Riv. dir. comm.*, I, p. 107 ss.

Minervini G. (2005). Azioni dematerializzate e libro dei soci nel codice civile rinnovato. *Banca borsa e titoli di credito*, I, p. 1 ss.

Minervini G. (1999). La dematerializzazione delle azioni quotate e l'esercizio dei diritti sociali. *Giur. comm.*, I, p. 647 ss.

Notari M. (2008). *Sub* art. 2346, 1°–5° co. In: Notari M., a cura di, *Azioni*. Egea: Milano, p. 3 ss.

Oppo G. (2007). Quesiti in tema di azioni e strumenti finanziari. In: Abbadessa P., Portale G.B., diretto da, *Il nuovo diritto delle società.* Liber Amicorum *Gian Franco Campobasso*, I. Torino: Utet, p. 713 ss.

Portale G.B. (2007). La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive). *Riv. dir. soc.*, p. 2 ss.

Ruotolo A. (2009). Brevi note a margine del provvedimento del Tribunale di Verona. *Riv. not.*, p. 1557 ss.

Sacchi S. (2012). Voto in base alla data di registrazione e voto per delega dopo l'attuazione della Direttiva azionisti. *Giur. comm.*, I, p. 31 ss.

Spada P. (1999). La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa). *Banca borsa e titoli di credito*, I, p. 407 ss.

Stagno d'Alcontres A. (2004). *Sub* art. 2346 c.c. In: Niccolini G., Stagno d'Alcontres A., a cura di, *Società di capitali*, I. Napoli: Jovene, p. 251 ss.

Stella Richter *jr* M., Atlante N. (2010). Il recepimento in Italia della direttiva sui diritti degli azionisti e le modificazioni statutarie conseguenti. *http://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=35/3501&mn=3.*

Vattermoli D. (2003). *Sub* art. 2355 c.c. In: Sandulli M., Santoro V., a cura di, *La riforma delle società*. Torino: Giappichelli, p. 167 ss.

MINO IANNE

SPAZI DI TUTELA DEL PAESAGGIO AMBIENTALE: IL PUNTO DI VISTA FILOSOFICO E GIURIDICO DEI GRECI*

ABSTRACT

I Greci non sono soltanto i fondatori dell'idea filosofica di "natura", ma anche i creatori della nozione di paesaggio naturale. Proprio perché l'ambiente civile della *polis* è strettamente legato all'ambiente naturale della *physis*, i Greci per primi si fanno promotori della difesa e della protezione, anche giuridica, del sistema ambientale. Appaiono interessanti gli interventi contro il disboscamento indiscriminato, le azioni a protezione del sistema idrico e per la salubrità dell'acqua potabile, le norme a tutela degli ulivi secolari. L'albero d'olivo, in particolare, è considerato dai Greci, e dagli Ateniesi in particolare, ricco di significati simbolici.

Fondamentale appare il contributo dei filosofi, grazie ai quali, anche in questo poco esplorato ambito di studi, la cultura greca può essere considerata guida spirituale dell'occidente.

The Greeks not only established the philosophical concept of "nature" but they also created the notion of natural landscape. Owing to the fact that the civil space of the *polis* was strictly linked to the natural space of *physis*, the Greeks were the first to promote the defence and protection of the environment, also from a legal point of view. Their intervention against indiscriminate deforestation, their actions to safeguard the water supply system and to make potable water salubrious, their rules to protect centuries–old olive trees are remarkable. The olive tree, in particular, was considered rich in symbolic meanings by the Greeks, and especially by the Athenians.

The contribution of philosophers was fundamental; thanks to them, even in this less explored field of study, Greek culture can be considered as the spiritual guide of Western civilization.

PAROLE CHIAVE

Ambiente naturale / risorse idriche / olivi

Natural landscape / water resources / olive trees

SOMMARIO: 1. Dall'idea di natura alla nozione di paesaggio naturale. – 2. La tutela di pozzi e fontane: nasce la nozione occidentale di acqua potabile. – 3. La prima legge a protezione degli ulivi secolari.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco

1. Per la mentalità greca l'ordinata vita cittadina, la legge e la giustizia danno la misura dell'umanità dell'uomo e del suo vivere sociale[1]. Aristotele cita Omero (*Il.* IX, 63) per dire che se l'uomo è un essere vivente cittadino per natura (φύσει πολιτικὸν ζῷον), chi non vive nella città o è un essere inferiore (φαῦλος) o è un uomo eccelso (κρε...ττων)[2]. E più avanti aggiunge che chi non fa parte di una comunità (κοινωνεῖν) e non ha bisogno di nulla, bastando a se stesso, non fa parte del contesto civile e perciò è o una bestia o un dio (ἢ θηρ...ον ἢ θεός), perché gli uomini, per natura, sono portati a costituirsi in comunità[3].

Nondimeno la natura resta norma generale di riferimento della vita umana[4], ma anche luogo di rifugio in cui la *amoenitas* del bel paesaggio[5] favorisce il riposo e la riflessione[6] e influenza il carattere stesso dell'uomo[7]. È anche per questo motivo, forse, che l'Accademia platonica pare fosse immersa in un boschetto, nei pressi di Atene[8], e che Cimone abbia fatto abbellire l'*Agorà* piantando alberi[9], della cui importante funzione paesaggistica e dei benefici che essi producono è ben consapevole Platone. Il filosofo ne invoca la protezione da un eccessivo disboscamento dovuto, ad esempio, alle necessità dei costruttori navali[10], considerati gli effetti

1. Notevole il dolore di Alceo che, trovandosi in esilio, vive in campagna tra i contadini, non sa più nulla della vita cittadina e si strugge al pensiero delle riunioni dell'Assemblea (ἀγορά) e del Consiglio (βουλή) della *polis*, fr. 130 Lobel–Page; «Alceo si sente strappato al suo elemento vitale, alla collettività politico–sociale di Mitilene. Qui per la prima volta sentiamo parlare di qualcuno che sente di appartenere a questa comune vita pubblica e che in solitudine (nonché sul mare) ne piange la perdita», Snell, 1971, 58.

2. Arist., *Pol*. I 1253a2–18.

3. Arist., *Pol*. I 1253a28–31; cfr. anche Sof. *Ant.*, vv. 332–375, con l'inno all'uomo e alle sue capacità.

4. Pohlenz, 1986, 551.

5. Quint., III, VII, 27.

6. Con il richiamo alla σχολὴ, nel contesto della campagna assolata del mezzogiorno che richiede riposo, Platone introduce del mito delle cicale, *Phaedr*. 258e6.

7. È una costante nella letteratura del V–IV sec. evidenziare la corrispondenza tra la superiorità della civiltà ellenica e la bontà del clima dominante nelle regioni dell'Ellade, dove persistono gli andamenti stagionali più favorevoli, Hdt. III 106 (ἡ Ἑλλὰς τὰς ὥρας πολλόν τι κάλλιστα κεκρεμένας ἔλαχε); Platone – per il quale l'Attica è regione lodata dagli dèi, *Menex*. 237d2–3 – pone un legame diretto tra clima favorevole e saggezza degli abitanti, *Tim*. 24c6–7; all'inno di Soph. *Oed. Col*. Vv. 694–706 all'Attica, fa eco, in Eu., *Med*. 824 ss.,l'esaltazione della regione santa degli ereteidi, che non ha mai subito sconfitte (ἱερᾶς χώρας ἀπορθήτου), dove i suoi abitanti godono sia di nobile sapienza (κλεινοτάταν σοφ...αν) sia di aria limpidissima (αἰε... λαμπροτάτου), vv. 829–830 e dove scorrono acque fertili e miti venticelli (vv. 835–840); per questi aspetti Ianne, 2016, 291–306.

8. Diog. Laert. III 7; Repici, 2000, 143.

9. Plut., *Cim.* 3.

10. *Leg*. IV 705c, cfr. anche VIII 843e. Sull'abbondante necessità di legname per le costruzioni navali Meiggs,1982,116–118. Sullo sfruttamento delle abbondanti foreste esistenti nella Magna Grecia, per la fornitura di legname necessario alle navi ateniesi Gallo, 2003,122–124; Corsaro, 2003, 161; Bearzot, 2004,14; cfr. le testimonianze di Theophr., *Hist. Plant*. V, 8, 1; Tuc. VI, 90, 3.

devastanti che produce sull'ecosistema un abbattimento dissennato delle foreste; la ben nota testimonianza platonica evidenzia una significativa consapevolezza dei rischi di degrado ambientale e di erosione del suolo dovuti all'abbattimento boschivo e allo sfruttamento intensivo delle risorse della terra[11].

Platone, a questo proposito, ricorda gli effetti negativi che produce – in termini di impatto ambientale e di qualità della vita delle popolazioni residenti – l'assenza di un intervento legislativo (βοηθοῦ νόμου). È il caso dei vasti disboscamenti di importanti aree montuose e collinari, di cui si parla nel *Crizia*, con consapevolezza critica del problema[12], che hanno prodotto l'inaridimento del suolo, che ora – dice – non riesce più a trattenere l'acqua piovana, come avviene – aggiunge – ai nostri giorni, quando essa, trovando terra spoglia, defluisce rapidamente in mare (οὐχ ὡς νῦν ἀπολλῦσα ῥέον ἀπὸ ψιλῆς τῆς γῆς εἰς θάλατταν); prima del disboscamento l'acqua dal suolo argilloso delle foreste penetrava nelle cavità del sottosuolo e alimentava il flusso di sorgenti e di fiumi (κρηνῶν καὶ ποταμῶν), lungo i quali venivano eretti santuari (ἱερὰ) – osserva Platone – presenti ancora oggi (καὶ νῦν)[13].

Ciò chiarisce che nella regione dell'Attica di novemila anni prima, di cui si parla nel *Crizia*, le condizioni naturali del territorio (χώρας φύσει) erano ecologicamente in equilibrio non perché esso fosse rimasto allo stato selvatico. Al contrario – sottolinea il testo platonico – la regione era antropizzata, come dimostra non solo l'erezione di santuari, ma anche l'intensa attività agricola che vi si praticava da parte di autentici agricoltori (ὑπὸ γεωργῶν μέν ἀληθινῶν), i quali erano amanti del bello e dotati di buone qualità naturali (φιλοκάλων δέ κα... εὐφυῶν) e perciò svolgevano in modo appropriato il loro mestiere (πραττόντων αὐτὸ τοῦτο), disponendo così di ottima terra e acqua abbondante (γῆν δέ ἀρ...στην κα... ὕδωρ ἀφθονώτατον ἐχόντων)[14]. L'evidente succo del messaggio di Platone è che le attività umane che vi si svolgevano erano rispettose della sostenibilità ambientale del territorio e della natura.

Seguendo proprio questi principi la legislazione platonica, nel Libro VI delle *Leggi*, prevede specifiche forme di controllo del territorio, affidate ad appositi organi di polizia, gli agronomi e i frurarchi, affiancati da dodici giovani assistenti (760e1–2). Essi dovranno preoccuparsi di fortificare il territorio e di renderlo inaccessibile ai nemici ma, nello stesso tempo, facilmente percorribile agli abitanti, agli amici, al bestiame, con strade adeguate e sicure (761a). Una particolare attenzione

11. *Criti.* 111bc; Wagner–Hasel, 1988, 13 ss.; Del Corno, 1998, 95–96; Rackham, 2001, 23–26.

12. Meiggs, 1982, 377, sostiene che la consapevolezza di Platone relativa al danno permanente per l'ambiente, derivante dalla deforestazione, resta un caso isolato nella letteratura antica; ma, secondo Dillon, 1997, 127, «this neglects the epigraphic evidence pertaining to sacred groves».

13. *Criti.* 111d1–7.

14. *Criti.* 111e1–4.

– raccomanda il filosofo – dovrà essere dedicata alle acque piovane, predisponendo il territorio in modo tale che esse non arrechino danni, ma anzi si rivelino utili, scorrendo dalle alture a valle; sarà utile la realizzazione di canalizzazioni, fossati e piccole dighe (νάματα καὶ κρήνας ποιοῦσαι) prima che l'acqua giunga in pianura, in modo che le terre sovrastanti assorbano l'acqua che, più a valle, genera fiumi e sorgenti, rendendo anche i luoghi più aridi ricchi d'acqua abbondante e di buona qualità (πολυύδρους τε καὶ εὐὑδρους) (761b).

Va notato che in termini del tutto analoghi si esprime Aristotele nella *Politica* (VII, 1330b1–7), quando parla delle condizioni ottimali di cui deve godere la città sia nello svolgimento dell'ordinaria attività politica sia nel corso dei conflitti bellici. Per le esigenze di carattere militare – raccomanda lo Stagirita – il territorio deve essere facile da percorrere per gli abitanti e inaccessibile per i nemici; è poi necessaria la presenza nella regione di acqua in abbondanza e di ruscelli (ὑδάτων τε καὶ ναμάτων μάλιστα μέν ὑπάρχειν πλῆθος οἰκεῖον) e se la disponibilità idrica è scarsa (εἰ δέ μή) occorre costruire numerosi e capienti bacini per la raccolta dell'acqua piovana (ὑποδοχὰς ὀμβρ...οις ὕδασιν ἀφθόνους καὶ μεγάλας) , in modo che questo prezioso elemento non debba mai mancare anche quando la città è isolata a causa di una guerra.

Ritornando al Libro VI delle *Leggi* platoniche, tutta la cura che il filosofo prescrive per la tutela del territorio e per i rifornimenti idrici serve – come viene precisato – non solo per l'utilità pratica che ne consegue, ma anche perché accresce il senso del bello e del piacevole dell'intero ambiente naturale della regione, come già richiamato nel *Crizia*. Agronomi e frurarchi devono perciò preoccuparsi di abbellire (κοσμοῦντες) le sorgenti d'acqua (πεγαῖα ὕδατα), siano esse fiumi (ποταμὸς) o fonti (κρήνη), con piante e costruzioni, che offrono un effetto d'insieme molto gradevole (εὐπρεπέστερα); una cura particolare dovrà essere riservata all'eventuale presenza di boschi o luoghi sacri: agronomi e frurarchi li abbelliscano (κοσμῶι), assicurando irrigazioni in ogni stagione dell'anno (ὑδρε...ας τε καθ᾽ ἑκάστας τὰς ὥρας) con opportune opere di canalizzazione (761b8–c4). Tutto questo complesso sforzo per rendere fertile, produttivo, ma anche gradevole il territorio – mostrando una consapevole preoccupazione (evidenziata anche sul piano linguistico) per un accesso sostenibile alle risorse naturali – dovrà avere anche una finalità sociale. Ovunque vi siano luoghi del genere (παντακῇ δέ ἐν τοῖς τοιούτοις), dice Platone, i giovani allestiscano palestre per loro stessi e per gli anziani; in particolare proprio agli anziani dovranno essere garantiti bagni caldi, riforniti di abbondante legna secca (761c4–7).

Un altro importante caso di quella che, con linguaggio moderno, chiameremmo sensibilità ecologica e accesso sostenibile alle risorse della terra, è dato dalla legislazione greca riguardante le aree sacre di proprietà dei santuari che circondano i templi. In esse gli alberi godevano di una particolare protezione ed erano regola-

mentate le attività agricole e pastorali che potevano essere svolte, in modo da non deturpare l'ambiente naturale e l'equilibrio ecologico esistente[15].

E, più in generale, non mancarono azioni amministrative e legislative a protezione dell'ambiente e delle risorse agricole[16], e a difesa delle acque necessarie ai bisogni urbani e agricoli[17], così che appare di dubbio fondamento sostenere un sostanziale disinteresse dei greci per le problematiche ambientali ed ecologiche[18], considerato anche l'interesse di carattere scientifico mostrato, ad esempio, da un filosofo incuriosito dalla ricerca botanica come Teofrasto[19].

2. In particolare Platone precisa che la difesa del patrimonio idrico si giustifica con il fatto che l'acqua si inquina facilmente (εὐδιάφθαρτον), al contrario (ai suoi tempi) della terra e dell'aria[20]. L'acqua, inoltre, non solo può essere facilmente alterata con l'uso di sostanze velenose (ῥᾴδιον φθε...ρειν φαρμακεύσεσιν), ma può essere anche deviata o rubata (ἢ ἀποτροπαῖς ἢ καὶ κλοπαῖς)[21]. Perciò per prevenire e reprimere questi reati a danno delle risorse idriche si rende necessario il soccorso della legge (βοηθοῦ νόμου)[22].

Platone si preoccupa, così, di dettare specifiche norme a questo proposito: chi inquina l'acqua di un altro (ἄν τις διαφθε...ρῃ ἑκὼν ὕδωρ ἀλλότριον), o chi l'avvelena, la devia o la ruba (φαρμακε...ας ἢ σκάμμασιν ἢ κλοπαῖς), è passibile di denuncia agli astinomi da parte di chi è stato danneggiato; la parte lesa dovrà mettere per iscritto la stima dei danni subiti; chi si è reso colpevole di inquinamento con l'uso di sostanze velenose dovrà pagare la multa e purificare la fonte o la riserva d'acqua (πρὸς τῷ τιμήματι καθηράτω τὰς πηγὰς ἢ τἀγγεῖον τοῦ ὕδατος)[23].

15. Dillon, 1997, 115; «the punishment for removal of wood, whether chopped off or having fallen naturally, was fifty lashes for a slave and a fine of fifty drachmas for a free man», 116.

16. Corsaro, 2003, 149–150; su rapporti e influssi reciproci tra ambiente e agricoltura Sallares, 1991, 294 ss.; Murray, 1992, 11–21.

17. Plat. *Leg.* VI 760b–761a; sulla regolamentazione irrigua: VIII 844ad, 845dc, dove è possibile rintracciare la formulazione «di un vero e proprio 'reato ecologico' [...] è ben poco verosimile che Platone abbia potuto ideare una norma specifica *ex novo*. Più probabilmente egli avrà avuto notizia di specifiche norme finalizzate alla gestione delle vertenze in materia di inquinamento idrico e si sarà limitato a riformularle senza troppo modificare», Rossetti, 2002,53; Arist. *Pol*. VIII 1330b4–18.

18. Per Del Corno, 2003, 34, l'uomo greco, riflesso nella letteratura classica, guarda al paesaggio come a un elemento puramente decorativo e alla campagna unicamente come sede per la produzione delle risorse alimentari; anche il giudizio di O. Longo, 1988, 3–30, sembra condizionato dall'applicazione alla civiltà greca delle moderne categorie ecologiche.

19. Su Teofrasto padre dell'ecologia Repici Cambiano, 2003, 55 e n. 41 con bibl.

20. *Leg*. VIII 845d3–4.

21. *Leg*. VIII 845d4–5.

22. *Leg*. VIII 845e1.

23. *Leg*. VIII 845e2–8.

È stato suggerito che con l'espressione tecnica, sopra citata, ἄν τις διαφθε... ρῃ ὕδωρ ἀλλότριον si possa configurare la previsione di un vero e proprio reato ecologico, che sarebbe l'eco di normative simili esistenti già in età arcaica e che Platone avrebbe menzionato più che creato del tutto *ex novo*[24]. Da Plutarco, infatti, sappiamo che Solone dettò norme per regolamentare la distanza tra i pozzi e per il consumo privato di acqua prelevata da cisterne altrui; ciò perché l'approvvigionamento idrico derivava dai pozzi, costruiti dalla maggior parte degli abitanti della regione, in quanto in essa scarseggiavano fiumi, laghi e fonti perenni[25].

In effetti l'importanza attribuita dai greci a quello che noi oggi definiamo diritto all'accesso sostenibile alle risorse idriche e naturali appare chiara proprio dalla legislazione platonica, che garantisce la difesa giuridica delle installazioni tecniche da deviazioni e furti (σκάμμα e κλοπή), al fine di garantire il diritto di tutti a godere di acqua potabile sana e pulita. Innanzitutto il filosofo indica negli ἀστυνόμοι, ἀγορανόμοι e ἱερεῖς le autorità amministrative e di polizia (distinte da quelle politiche, legislative e militari, indicate in VI 760a5–b2) incaricate della cura e della sorveglianza (ἐπιμέλεια), nell'ambito della cerchia urbana, delle fontane per l'approvvigionamento idrico pubblico, nonché delle strade, delle case, degli edifici, dei porti, della piazza, dei luoghi sacri, dei templi (VI 758e). In particolare gli astinomi, in numero di tre, occupandosi ciascuno della parte della città loro assegnata, si prendono cura delle acque che giungono nelle cisterne (κρῆναι) del centro urbano partendo dalla fonte (πεγὴ)[26], la quale è, a sua volta, sorvegliata da guardiani (φρουράρχοι) appositamente incaricati; in tal modo le acque giungano in città in quantità adeguate e igienicamente sane (ἱκανὰ καὶ καθαρὰ), in modo da essere, in pari tempo, motivo di abbellimento e di utilità per la città (κοσμῇ τε ἅμα καὶ ὠφελῇ τὴν πόλιν)[27]. A loro volta gli agoranomi, i quali hanno l'incarico dell'ordine nella piazza in quanto guardiani delle leggi vigenti in materia, devono prendersi cura dei templi e delle fontane che insistono sulla piazza (καὶ ἱερῶν καὶ κρηνῶν ἐπιμελεῖσθαι τῶν κατ᾽ ἀγοράν), affinché nessuno procuri alcun tipo di danno (ὅπως μηδέν ἀδικῇ μεδε...ς)[28].

La violazione delle norme di polizia racchiuse nella generica formula dell'ἀδικεῖν parrebbe consistere nella volontaria violazione di normative[29], punite dagli agoranomi e dagli astinomi, nell'ambito delle loro specifiche competenze, nelle forme

24. Rossetti, 2002, 53.

25. Επεὶ δέ πρὸς ὕδωρ οὔτε ποταμοῖς ἐστιν ἀενάοις οὔτε λ...μνας τισὶν οὔτ᾽ ἀφθόνοις πεγαῖς ἡ χώρα διαρκής, ἀλλ᾽ οἱ πλεῖστοι φρέασι ποιητοῖς ἐχρῶντο, Plut., *Sol*. 23, 6.

26. Per la distinzione tra πεγὴ e κρήνη Klingenberg, 1979, 289–290.

27. *Leg*. VI 763c5–d5.

28. *Leg*. VI 764b1–3.

29. In questo senso Klingenberg, 1979, 293.

espressamente precisate da Platone[30]. Si tratta, sostiene Klingenberg, di norme di polizia di diritto sostanziale, che impongono a chiunque di non commettere danni verso le fontane pubbliche e le acque; lo studioso ha dimostrato che il diritto greco, dal V al I secolo a. C., presenta norme similari alle disposizioni platoniche. Ciò appare evidente, ad esempio, nella testimonianza di Plutarco, per il quale il diritto attico vieta e punisce la deviazione di canali e il furto da condutture pubbliche[31]; Klingenberg cita anche le significative disposizioni relative alla fontana di Minoe a Delo (V–IV sec.), la regolamentazione del culto delle ninfe dell'Asclepeion di Cos (IV sec.), il *Decretum Carthaeense* di Carthaea di Ceo (III sec.), il paragrafo κρηνῶν della *lex de astynomis* di Pergamo (II sec.), le disposizioni della *Lex de mysteriis* di Andania (I sec.)[32]. Si tratta di disposizioni che, nella sostanza, dettano norme sulla sorveglianza e la manutenzione delle fontane pubbliche e ne vietano e puniscono l'insudiciamento.

Tenuto conto di questa spiccata sensibilità igienico–sanitaria (alla quale possiamo ritenere che non sia estranea l'importante e ben noto influsso dei medici e della medicina nella società e nella cultura greca) e della legislazione esistente, appare giustificata l'osservazione che la nozione stessa di acqua potabile sia una eredità greca, tale da contraddistinguere, anche in questo campo, l'Occidente da altre civiltà[33].

Livio Rossetti, a questo proposito, richiama il caso dell'iscrizione *IG I*^{3} 1 257, riveniente da una stele ritrovata nel 1920 nei pressi dell'Acropoli e datata intorno al 430 a.C., che contiene il testo di un decreto che impone alle aziende che lavorano pellami, situate nei pressi del fiume Ilisso, di trasferirsi altrove, in quanto, con gli scarti delle loro lavorazioni, avevano inquinato le acque del fiume che scorre nelle vicinanze di Atene, avevano ammorbato l'aria con effluvi sgradevoli e insudiciato l'intera area. Rossetti, così come già in precedenza aveva rilevato Hermann Lind[34], ritiene che si possa constatare la positiva efficacia del decreto grazie alla indiretta testimonianza del passo platonico del *Fedro*, composto qualche decennio dopo, in cui viene descritta la purezza delle acque dell'Ilisso[35], laddove è evidente che, per quanto Platone possa abbellire letterariamente la sua descrizione paesaggistica, è difficile immaginare che possa aver completamente capovolto la realtà, presentando ai suoi lettori un luogo inquinato e maleodorante come un ambiente ameno e pittoresco.

30. *Leg*. VI 764b3–c4.
31. Plut., *Them*. 31. 1.
32. Klingenberg, 1979, 284.
33. Rossetti, 2002, 56.
34. Lind, 1987, 15–19
35. Rossetti, 2002, 50.

3. Un significativo esempio di interesse dei Greci verso la natura che va oltre il semplice approccio utilitaristico è dato da un albero che ha assunto, per la civiltà ellenica, un valore simbolico sia in ambito agricolo e botanico sia poetico e religioso, e anche filosofico: l'ulivo, pianta la cui diffusione – unita ad alcune altre particolari, come viti e cereali – ha rappresentato un momento di svolta, produttiva e demografica, per la società antica[36].

L'olivo è un albero fondamentale per la vita concreta della Grecia antica[37] e già i legislatori arcaici si sono preoccupati di dare protezione normativa agli ulivi, in particolare quelli secolari, come attestano le dettagliate disposizioni delle leggi soloniane[38]. Esse proibiscono di tagliare ulivi, fatta eccezione per i servizi religiosi e le urgenze di uso civile ma, in ogni caso, in numero non superiore a due l'anno; tra i prodotti agricoli cittadini era consentita la commercializzazione all'estero solo dell'olio d'oliva; erano anche regolate nei dettagli le modalità di coltivazione degli uliveti, l'allineamento e la distanza dei filari[39].

Demostene ci ha conservato il testo della legge emanata a protezione degli ulivi, in quanto ricchezza economica dello Stato[40]; la disposizione proibisce di tagliare più di due alberi l'anno per uso privato destinato a fare legna, pena la multa di 200 dracme per albero (100 all'erario e 100 a colui che sporge denuncia)[41]. Aristotele precisa che

36. Sallares, 1991, 107 ss. per gli aspetti demografici e pp. 295 ss. per le questioni di carattere colturale e produttivo; per la povertà del suolo greco, Hdt, 7, 102, Migeotte 2003; Cohen 1992; per la rassegna delle fonti, con particolare riferimento al paesaggio agrario della Magna Grecia, Gallo, 2003, 112–113 e 128–132; nella loro espansione coloniale i greci privilegiavano «quelle regioni che presentavano analogie o somiglianze con l'ambiente geografico di provenienza», Gehrke, 2003, 16.

37. Il frutto dell'olivo resta sempre, nella vita greca, un bene prezioso, come suggerisce il passo platonico in cui Socrate, Glauco e Adimanto discutono sulla città da realizzare e il discorso, anche in chiave ironica, cade sui cibi di cui si nutriranno i cittadini; tra quelli indicati come companatico vi sono sale, olive, formaggio, bulbi e verdure, *Resp.* II, 372c5. Peraltro la letteratura medica (*Reg.* 2, 42) esprime la convinzione che le olive nere abbiano un valore nutrizionale inferiore rispetto a quelle verdi, Foxhall, 2007, 91. Per l'importanza della produzione olivicola nella società greca, cfr. le voci *Olio* e *Olivicoltura* in Hammond–Scullard (ed.), 1500 s., con bibl.

38. Sulle riforme soloniane, in relazione agli aspetti giuridico–economici relativi alle attività agricole, Bury, 1951, 183 e 188; Hammond, 1959; Burn, 1960, 203; French, 1964, in part. i capp. I e II; French, 1956; l'interpretazione del French è criticata da Ferrara, 1960, 20 ss., perché, a suo giudizio, l'analisi dell' «economical background» è posta entro una prospettiva compressa e deformata; Descat, 1993.

39. La raccolta dei frammenti delle leggi soloniane in E. Ruschenbusch, 1966, in particolare F 60a, F 60b, F 62, 91–92; il fr. 60b (proveniente da Plutarco, *Sol.*, 23, 7), precisa: ὥρισε δέ καὶ φυτειῶν μέτρα μαλ᾽ἐμπε...ρως, τοὺς μέν ἄλλο τι φυτεύοντας ἐν ἀγρῷ πέντε πόδας ἀπέχειν τοῦ γε...τονος κελεύσας, τοὺς δέ συκῆν ἢ ἐλα...αν ἐννέα [...] βόθρους δέ καὶ τάφρους τὸν βουλόμενον ἐκέλευσεν ὀρύσσειν, ὅσον ἐμβάλλει βάθος ἀφιστάμενον μῆκος τἀλλοτρ...ου. Sulle tecniche di coltivazione e di propagazione olivicola, con riferimento anche alle disposizione legislative vigenti, Foxhall, 2007, 104–109.

40. Lys. VII, 19.

41. Dem. XLIII, 71: ἐάν τις ἐλάαν ᾽Αθήνησιν ἐξορύττῃ, ἐὰν μὴ εἰς ἱερὸν ᾽Αθηνα...ων δημόσιον ἢ δημοστικόν, ἢ ἑαυτῷ χρῆσθαι μέχρι δυοῖν ἐλάαιν τοῦ ἐνιαντοῦ ἑκάστου ἢ ἐπὶ ἀποθανόντα δέῃ χρήσασθαι,

in passato (πρότερον) chiunque sradicasse o tagliasse gli olivi sacri (εἴ τις ἐξορύξειεν ἐλα...αν μορ...αν ἢ κατάξειεν), il cui olio serviva per la feste delle Panatenee, veniva giudicato dall'Areopago e in caso di condanna punito con la morte; ma lo Stagirita fa presente che da quando l'olio viene offerto dal proprietario del terreno e non raccolto più dallo Stato tramite appalto, il giudizio non ha più luogo (ἡ δέ κρ...σις καταλέλυται), sebbene la legge sia rimasta in vigore (ὁ μέν νόμος ἔστιν)[42].

Ad essa sembrerebbe fare fugace e generico riferimento Lisia[43], il quale ben più diffusamente si sofferma sulla più concreta possibilità della perdita dei beni e della patria[44] per colui che viene riconosciuto colpevole di aver abbattuto un olivo sacro (μορ...α) o anche soltanto di averne sradicato il ceppo (σηκός) sopravvissuto agli incendi provocati dalla guerra del Peloponneso (Lys. VII, 6), che avevano lasciato nudi terreni dove una volta insistevano rigogliosi uliveti (Lys. VII, 7). La norma a protezione del σηκός aveva finalità pratiche, in quanto la vitalità dell'ulivo e la sua caratteristica arbustiva spesso consente un rapido germoglio del ceppo[45] e, quindi, un ritorno produttivo della pianta; per cui il governo ateniese decise di proteggere i ceppi sopravvissuti alle distruzioni belliche con un recinto, σηκός, che poi, per metonimia, passò a indicare il tronco stesso[46]. Gli ulivi sacri, μορ... αι ἐλάιαι, (evidentemente secolari[47]) – distinti dagli ulivi di proprietà privata, ἰδ...αι ἐλάιαι – insistevano negli uliveti privati (Lys, VII, 24) e a loro protezione vigilava direttamente l'Areopago (Lys. VII, 7) con ispezioni mensili, affidate agli ἐπιγνώμονες, e controlli annuali di cui si occupavano gli ἐπιμελήται (Lys. VII, 25); il reato di estirpazione non cadeva in prescrizione (Lys. VII, 17).

L'importanza della olivicoltura come risorsa alimentare[48] permane nelle colonie che i greci fondano nell'Italia meridionale, dove anzi questa pianta trova le condizioni ambientali e climatiche più favorevoli alla sua crescita[49] e, nel tempo,

ὀφε...λειν ἑκατὸν δραχμὰς τῷ δημοσ...ῷ τῆς ἐλάας ἑκάστης, ὀφειλέτω δέ καὶ τῷ ἰδιώτῃ τῷ ἐπεξιόντι ἑκατὸν δραχμὰς καθ᾽ἑκάστην ἐλάαν.

42. Arist., *Ath.,* LX, 2.

43. Lys., VII, 15 (τῆς μεγ...στης ζημ...ας), 26 (περὶ τοῦ σώματος κινδύνους); queste vaghe espressioni inducono a dubitare che esse si riferiscano alla pena capitale, Medda, 1997, 224; se questo pericolo fosse stato realmente incombente esso sarebbe stato non genericamente accennato, ma enfatizzato, Gernet, 1955, 108, per il quale al tempo dell'orazione lisiana doveva essere intervenuto un addolcimento del diritto; per Vianello, 1914, 166, doveva sussistere una diversità di sanzioni tra l'abbattimento dell'intero albero e lo sradicamento del ceppo.

44. Lys., VII, 3, 25, 32, 41.

45. Cfr. le testimonianze di Hdt. VIII, 55; Verg., *Georg.* II 31 e 181; Plin., *Nat. hist*., XVII, 241.

46. Rauchentestein–Fuhr, 1886, 32; Albini, 1955, 46; Foxhall, 2007, 120, con ampi rimandi testuali.

47. Che i *moriai* siano «very old» è convinzione espressa anche da Foxhall, 2007, 120.

48. Ampolo, 1984, 115–120.

49. Ghinatti, 1973, 369 ss.; particolarmente vantaggiosa si presenta, nei territori magno–greci, la ricchezza idrografica, a differenza della madrepatria greca, dove la scarsa presenza di risorse idriche

il sud Italia assume di gran lunga una permanente posizione primaziale, tale da offuscare l'olivicoltura greca[50]. Se è vero che, nella penisola italica, l'ulivo selvatico era endemico, è molto probabile che le coltivazioni sistematiche dell'ulivo domestico intervengono in seguito all'arrivo dei coloni elleni[51], tanto è vero che le aree dove più florida prosperava l'olivicoltura erano le principali colonie della Magna Grecia, tra le quali Sibari e Taranto[52].

poneva l'agricoltura in stretta dipendenza con le precipitazioni atmosferiche, Gallo, 2003, 111–112.

50. La diffusione dell'olivo in territorio greco non costituisce motivo per ritenere che, nel lungo periodo, esso fu elemento permanente del suo paesaggio agrario a causa delle difficoltà climatiche, Gallo, 1997, 426 s.

51. Carter, 1987, 195.

52. Ghinatti, 1975, 83 ss.; Gallo, 2003, 115; Corsaro, 2003, 149 e 157–159; Theoph., *De caus. plant*. V, 10, 3, osserva che gli ulivi in fiore a Taranto vengono facilmente attaccati dalla ruggine a causa dell'assenza di vento; altre volte il vento sciroccoso e umido, carico di salsedine marina,si posa sui frutti danneggiandoli; perciò, conclude, a Taranto gli alberi sono alti e belli, ma il raccolto è modesto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Albini U. (1955). *Lisia. I discorsi*. Firenze: Sansoni.

Ampolo C. (1984). Note minime di storia dell'alimentazione. *Opus* III, 1.

Bearzot C. (2004). L'uomo e l'ambiente nel mondo antico. *SSEF*, I 8/9.

Burn A.R. (1960). *The Lyric Age of Greece*. London: Arnold.

Bury J. B. (1951). *A History of Greece to the death of Alexander the Great*. London: Macmillan & Co.

Carter J.C. (1987). Agricoltura e pastorizia in Magna Grecia (tra Bradano e Basento). In: Pugliese Carratelli G., a cura di, *Magna Grecia*, II, *Lo sviluppo politico, sociale ed economico*. Milano: Electa.

Cohen E.E. (1992). *Athenian Economy and Society. A Banking Prospective*. Princeton: Princeton University Press.

Corsaro M. (2003). Ambiente e paesaggio in Magna Grecia: le fonti epigrafiche in Aa.Vv. *Ambiente e paesaggio nella Magna Grecia*, Atti del quarantaduesimo convegno di studi sulla Magna Grecia, Taranto 5–8 ottobre 2002. Napoli: ed. Istituto per la storia e l'archeologia della Magna Grecia.

Del Corno D. (1998). L'uomo e la natura nel mondo greco. In: Uglione R. , a cura di, *L'uomo antico e la natura*, Atti del convegno nazionale di studi. Torino: Celid.

Del Corno D. (2003). Paesaggio ed ecologia nel mondo greco e romano. *Parametro*, 245.

Descat R. (1993). Le loi de Solon sur l'interdiction d'exporter les produits attiques, in A. Bresson, ed. *L'emporion*. Paris: Rouillard.

Dillon M.P.J. (1997). The Ecology of the Greek Sanctuary. *ZPE*, 118.

Ferrara G. (1960). Su un'interpretazione delle riforme di Solone. *PdP*, 15.

Foxhall L. (2007). *Olive Cultivation in Ancient Greece. Seeking the Ancient Economy*, Oxford: Oxford University Press.

French A. (1956). The economic Background to Solon's reforms. *CQ*, 50.

French A. (1964). *The Growth of the Athenian Economy*. New York: Barnes & Noble.

Gallo G. (1997). Lo sfruttamento delle risorse, in S. Settis. *I Greci. Storia, cultura, arte, scienza*, 2, *Una storia greca*, II, *Definizione*. Torino: Einaudi.

Gallo L. (2003). Ambiente e paesaggio in Magna Grecia: le fonti letterarie in Aa. Vv. *Ambiente e paesaggio in Magna Grecia*. cit.

Gehrke H. J. (2003). *Quadri ambientali e paesaggi umani nella Grecia antica* in Aa.Vv. *Ambiente e paesaggio nella Magna Grecia*. cit.

Gernet L. (1955). Notice in L. Gernet–M. Bizos *Lysias. Discours*, Tome I. Paris: Les Belles Lettres.

Ghinatti F. (1973). Aspetti dell'economia agraria della Magna Grecia agli inizi dell'impero. *Critica storica*, III.

Ghinatti F. (1975). Economia agraria della *chora* di Taranto. *Quaderni di storia*, I.

Hammond N.G.L. (1959). *A History of Greece to 322 B.C.* Oxford: Clarendon Press.

Hammond N.G.L.–Scullard H.H. (Ed.). (1981). *The Oxford Classical Dictionary*, Oxford, 1970, trad. it. di Mario Carpitella. *Dizionario di antichità classiche di Oxford*. Roma: Paoline.

Ianne M. (2016). The human right to the enviroment and the sustainable access to natural resources: ethical–legal reflections in the literature and Greek philosophy, in M.Sitek, P. Terem, M. Wójcicka, ed. *Collective human rights in the first 21 half of the 21. century*, Attidella 15. International Conference on Human Rights, Olsztyn–Bari, 1–2 June 2015.

Józefów: Alcide De Gasperi University of Euroregional Economy.

Klingenberg E. (1979). La legge platonica sulle fontane pubbliche, in H. J. Wolff, J. Modrzejewski, P. Dimakis, A. Biscardi, hrsg. *Symposion 1974*, Vorträge zur griechischen und hellenistichen Rechtsgeschichte (Gargnano am Gardasee, 5–8 Juni 1974). Köln–Wien: Böhlau Verlag.

Lind H. (1987). Sokrates am Ilissos. IG I^3 1 257 und die Eingangsszene des platonisches "Phaidros". *ZPE*, 69.

Longo O. (1988). Ecologia antica. Il rapporto uomo/ambiente in Grecia. *Aufidus*,VI.

Medda E. (1997). *Lisia. Orazioni*. Milano: Rizzoli (5. ed.).

Meiggs R. (1982). *Trees and Timber in the Ancient Mediterranean World*. Oxford–New York: Oxford University Press.

Migeotte L. (2003). *L'economia delle città greche: dall'età arcaica all'alto impero romano*, trad. it. di Ugo Fantasia. Roma: Carocci.

Murray O. (1992). The Ecology and Agrarian History of Ancient Greece. *Opus*, 11.

Pohlenz M. (1986). *Der hellenische Mensch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1947, trad. it. di Beniamino Proto, *L'uomo greco*. Firenze: La Nuova Italia (1. ed. 1962).

Rackham O. (2001). *Trees, Wood and Timber in Greek History*. Oxford: Leopard's Head Press.

Rauchentestein R. – Fuhr K. (1886). *Ausgewählte Reden des Lysias*. Berlin: Weidmann.

Repici Cambiano L. (2003). *Natura e comunità umane nella riflessione antica*, in Aa.Vv. *Ambiente e paesaggio nella Magna Grecia*. cit.

Repici L. (2000). *Uomini capovolti. Le piante nel pensiero die Greci*. Roma–Bari: Laterza.

Rossetti L. (2002). Il più antico decreto ecologico a noi noto e il suo contenuto in T. M. Robinson–L. Westra, eds. *Thinking about the Environment. Our Debt to the Classical and Medieval Past*. Lanham MD: Lexington Books.

Ruschenbusc E. (1997). *Solonos nomoi: Die Fragmente des solonischen Gesetzeswerkes mit einer Text– und Überlieferungsgeschichte*. Wiesbaden: Franz Stenier Verlag GMBH (1. ed.1966).

Sallares R. (1991). *The Ecology of the Ancient Greek World*. Ithaca: Cornell University Press.

Snell B. (1971). *Dichtung und Gesellschaft*, ClaassenVerlag, Hamburg 1963, trad. it. di Fausto Codino. *Poesia e società. L'influsso dei poeti sul pensiero e sul comportamento sociale della Grecia antica*. Bari: Laterza.

Vianello N. (1914). *Le orazioni di Lisia tradotte e commentate*. Torino: Fratelli Bocca.

Wagner–Hasel B. (1988). Entwaldung in der Antike? Der Muthos vom Goldenen Zeitalter. *JfG*, 4.

MICHELE INDELLICATO

E. MOUNIER: MAESTRO DEL TERZO MILLENNIO*

ABSTRACT

Viviamo oggi una particolare situazione di smarrimento e di frammentazione, di pluralismo conflittuale e di disorientamento, di contrasto tra culture e tra religioni; un tempo caratterizzato da riferimenti etici sempre più deboli in quella che Zygmunt Bauman ha opportunamente ridefinito "modernità liquida" e che Mounier chiama "crisi di civiltà" intuendo in modo profetico il sorgere della cultura del frammento e del "pensiero debole". I numerosi convegni che si tengono annualmente in ogni parte del mondo sul pensiero di Emmanuel Mounier (1905–1950) suggeriscono una riflessione sulla eredità filosofica, pedagogica e spirituale del suo personalismo comunitario e sulla valenza educativa e formativa del suo pensiero che, a quasi settant'anni dalla sua morte, avvenuta il 22 marzo del 1950, risulta essere profetico agli inizi del terzo millennio.

We are living today a particular situation of loss and fragmentation, confrontational and pluralism of disorientation, of conflict between cultures and religions; a time marked by ethical references always weakest in what Zygmunt Bauman has opportunely redefined "liquid modernity" and that Mounier called "crisis of civilization" sensing prophetically the rising culture of the fragment and the "weak thought. The many conferences held annually around the world on the thought of Emmanuel Mounier (1905–1950) suggest a reflection on the philosophical, pedagogical and spiritual heritage of its community and education and training on the valence personalism of his thought that, at almost 70 years since his death on 22 March of 1950, turns out to be prophetic at the beginning of the third millennium.

PAROLE CHIAVE

Persona / verità / libertà

Person / truth / freedom

SOMMARIO: 1. Persona e libertà. – 2. *Esprit: Refaire la Renaissance*. – 3. L'attualità del messaggio personalista.

1. Viviamo oggi una particolare situazione di smarrimento e di frammentazione, di pluralismo conflittuale e di disorientamento, di contrasto tra culture e tra re-

* Saggio soggetto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

ligioni; un tempo caratterizzato da riferimenti etici sempre più deboli in quella che Zygmunt Bauman ha opportunamente ridefinito «modernità liquida»[1] e che Mounier chiama "crisi di civiltà" intuendo in modo profetico il sorgere della cultura del frammento e del "pensiero debole".

Davanti a questo scenario viene spontaneo chiedersi: la filosofia ha un senso? Ed ancora: può avere un compito?[2] In questo disorientamento post–moderno il pensiero del filosofo di *Grenoble*[3] rappresenta certamente una bussola perché, assieme ad altri personalisti del Novecento, esprime «la comune esigenza di rifondare il senso della filosofia in forme culturali che riconducano al centro la persona»[4], volendo donare, al tempo stesso, alcune «idee forza per il domani».[5] Si può dire che il suo personalismo comunitario si regge su due capisaldi: la "ricerca della verità" e la "passione per la libertà", tanto da affermare che «il problema più angoscioso del nostro tempo è quello della ricerca e della comunicazione della verità»[6].

Il filosofo di *Grenoble* non si risparmia nella denuncia della menzogna e nella difesa della libertà assumendo l'impegno di tutelare tutti i valori essenziali della persona, della famiglia, della patria, della libertà con la responsabilità prima di tutto di «strapparli ai falsari. È tempo che scoppi lo scandalo»[7]. Fondamentale è poi nella filosofia di Mounier il richiamo alla persona umana nella sua dignità, nella sua capacità di espansione verso la pienezza di sé e quindi alla dimensione esistenziale della soggettività come *surgissement spirituel* come libertà e capacità di conquista.

Al "peccato filosofico del razionalismo" Mounier oppone l'uomo come esisten-

1. Cfr. Bauman, 2002; 2003; 2005; 2008. La metafora della liquidità è utilizzata da questo sociologo e filosofo per indicare un mondo in cui i confini e i riferimenti etici si sono liquefatti, per cui le stesse esperienze personali, gli stessi percorsi di vita, i vissuti di ognuno sono diventati fluidi, non hanno più alcuna consistenza identitaria e valoriale necessarie per orientarsi.

2. La risposta a questi quesiti è certamente positiva se è vero, come è vero che compito della filosofia, come afferma Rosmini, è quello di cercare la verità per rendere migliore la vita dell'uomo, attesa anche la natura della criticità e responsabilità del pensare che è l'essenza del filosofare. Scrive Adorno: «La filosofia, quale solo potrebbe giustificarsi al cospetto della disperazione, è il tentativo di considerare tutte le cose come si presenterebbero dal punto di vista della redenzione (...). Tutto il resto si esaurisce nella ricostruzione *a posteriori* e fa parte della tecnica. Si tratta di stabilire prospettive in cui il mondo si dissesti, si estranei, riveda le sue fratture e le sue crepe, come apparirà un giorno, deformate e manchevoli, alla luce messianica. Ottenere queste prospettive senza arbitrio e violenza, dal semplice contatto con gli oggetti, questo, e questo soltanto, è il compito del pensiero». (Adorno, 1954, 235). Cfr. Campanini, 2012.

3. Tutte le opere di Mounier sono raccolte in *Oeuvres*, 1961–63, in quattro volumi (d'ora in poi *Ouvres)*.

4. Danese, 2018, 102.

5. Robin, 1991, 63.

6. Mounier, 1961–63, 161.

7. Mounier, 1961–63, 393.

te nella sua singolarità, libero e responsabile nell'affrontare il suo destino[8]. Per questo il filosofo francese critica duramente tutti quei regimi totalitari che negano la persona come libertà e fanno arretrare l'uomo libero. Scrive Mounier:

> Un certo gusto passivo dell'autorità che appartiene più alla patologia che alla teologia, le cieche adesioni agli ordini di partito, l'indifferenza docile delle masse disorientate, palesano l'arretramento dell'uomo libero: bisogna ricostituirne la specie. La libertà è operosa, la libertà è anche divina. Bisogna ricordarle le resistenze dei materiali, bisogna anche lasciarle la sua instancabile passione e, talvolta, un momento di follia creatrice. È vero che *la* libertà non deve far dimenticare *le* libertà. Ma quando gli uomini non sognano più le cattedrali, non sanno più fare delle belle mansarde. Quando non hanno più la passione della libertà, non sanno più costruire le libertà. Non si dà la libertà agli uomini dall'esterno, con facilitazioni di vita o Costituzioni: essi allora si assopiscono nelle loro libertà e si svegliano schiavi. *Le libertà* non sono altro che delle possibilità offerte allo *spirito di libertà*[9].

2. I numerosi convegni che si tengono annualmente in ogni parte del mondo sul pensiero di Emmanuel Mounier (1905–1950) suggeriscono una riflessione sulla eredità filosofica, pedagogica e spirituale del suo personalismo comunitario e sulla valenza educativa e formativa del suo pensiero che, a quasi settant'anni dalla sua morte, avvenuta il 22 marzo del 1950, risulta essere profetico agli inizi del terzo millennio[10]. Fondatore della rivista *Esprit* (ottobre 1932), con alcuni amici e giovani pensatori (G. Izard, M. Blondel, J. Maritain, G. Marcel, per citarne alcuni) volle creare un movimento di idee, di impegno etico–politico, di testimonianza di fronte alla grande crisi che andava delineandosi nel periodo fra le due guerre mondiali; crisi che, come è stato osservato, si protrae fino ai nostri giorni[11]. La crisi che dopo *Wall Street* imperversa per la Francia e l'Europa porta, infatti, Mounier ad affermare la necessità di *Refaire la Renaissance*, rifare cioè il Rinascimento in nome della persona, per superare da un lato la mistica dell'individualismo e dall'altro quella del collettivismo, veri mostri del XX secolo, per abbattere i quali il personalismo mounieriano nasce e si caratterizza nella vera visione dell'uomo come soggetto di libertà teso alla comunità e aperto alla trascendenza. «Il personalismo, finché dipenderà da me – scrive Mounier – non sarà mai un sistema né una macchina politica. Noi adoperiamo questo comodo termine per disegnare una certa prospettiva dei problemi umani e per porre l'accento, nella soluzione della crisi del XX secolo, su certe esigenze che non sempre sono messe in valore» [12]. In questa difesa della

8. Mounier, 1961–63, 393.
9. Mounier, 1961–63, 482 ss.
10. Toso–Formella–Danese, 2005.
11. Domenach, 1972, 33.
12. Mounier, 1962, 179.

persona e della sua dignità, contro ogni forma di oppressione materiale, spirituale, morale e culturale, per ridare all'uomo la coscienza di quello che egli è e per gettare le basi al fine di un rinnovamento della civiltà sta, ancora oggi, la forza del personalismo comunitario e il valore della sfida etica del pensiero di Mounier[13]. Il pensiero del filosofo di *Grenoble* fu la conseguenza di un serrato dialogo con altri pensatori del suo tempo e con altre ricerche. L'albero esistenzialista che Mounier elaborò per la celebre *Introduzione agli esistenzialismi* è la vigorosa testimonianza di un pensiero che rifiuta di chiudersi in se stesso, cosciente delle forti interdipendenze e dei debiti che lo rendono quello che è [14].

Lo stesso Mounier dirà più tardi, ricostruendo l'origine e l'ispirazione iniziale di *Esprit*, che egli cominciò a sentire durante il Natale del 1929 una triplice esigenza: «1. Vi sono cose da pensare che non si possono scrivere in alcun luogo [...] a noi pianisti di vent'anni, mancava un pianoforte; 2. La sofferenza sempre più viva di vedere il nostro cristianesimo solidarizzare con quello che chiamerò più tardi *le désordre établi* e la volontà di operare la rottura; 3. La percezione, sotto la crisi economica nascente, d'una crisi totale di civiltà»[15].

Il progetto della rivista *Esprit* vuole infatti studiare le basi per un rinnovamento della civiltà, per ridare all'uomo la coscienza del valore della sua dignità, al di là di una visione che lo vorrebbe asservito all'apparato e al di là di una filosofia divenuta dimentica del suo ruolo e dei problemi che più interessano l'uomo.

Lo stesso *Prospectus*, che annunciava la pubblicazione di *Esprit* nel febbraio 1932, così recita: «Noi ci proponiamo di salvare l'uomo, sollecitando in lui la coscienza di quello che egli è. Nostro fine principale è quello di riscoprire la vera nozione di uomo. Ci troviamo d'accordo nello stabilire il primato dello spirituale [...]. Il nostro primo sguardo sarà quello dell'uomo, uno sguardo d'amore. Niente di più lontano, dalla compiacenza come dal pessimismo. È tempo di liberare l'eroismo dall'amarezza e la gioia dalla mediocrità»[16].

Paul Ricoeur, che fu uno dei più giovani collaboratori di Mounier, in occasione del cinquantenario della rivista, aveva scritto nel 1983 un contributo espressamente provocatorio: «*Meurt le personnalisme, revient la personne*». Potrei anche dire: muore il personalismo, sottintendendo: che muoia, anche se [...] forse è meglio che

13. Indellicato, 2018, 79 ss.; Palumbieri, 2005, 101 ss.

14. Rigobello, 1975, 197 ss.

15. Domenach, 1972, 51.

16. Mounier, 1963, 489ss. A tal proposito Massimo Cacciari scrive: «Ritrovare la passione della verità non significa ritrovare la clava della verità con cui giudicare tutto e tutti. Questo sarebbe un'operazione ideologica, ma significa ritrovare un orizzonte di senso, un padre/madre nell'amore, un grembo, una custodia, in cui ritrovarci tutti più fratelli, più umani, più vicini, anche nella nostra infinita fragilità e debolezza». (Cacciari, 1999, p. 12).

muoia perché (torni la persona)»[17]. Quale è il senso di questa espressione oggi? Certamente vuole evidenziare il ritorno prepotente dell'ispirazione personalista, in un tempo come il nostro che presenta una forte analogia fra gli anni Trenta e l'inizio del terzo millennio, per la separazione fra sistemi sociali e mondi vitali, tra persona e società, per la caduta dei valori e la crisi economica, per la crisi delle istituzioni e del controllo sociale. Si tratta di individuare prospettive e limiti nel proporre oggi il messaggio delineato nel primo numero della rivista *Esprit* con l'articolo *Refaire la Renaissance*, cioè dare vita ad un nuovo "Rinascimento". Nel senso di riproporre la concezione unitaria dell'uomo per sanare la frattura prodottasi nell'umanesimo individualista tra l'uomo e la natura, l'uomo e la materia, l'uomo e la comunità; onde ritrovare l'unità e la fraternità universale che il cristianesimo aveva portato contro il particolarismo della città antica.

I punti salienti di questo programma sono:

– dissociare lo spirituale dal reazionario e quindi da una politica senza afflato profetico;

– dissociare i valori cristiani dal mondo del denaro e dal mondo borghese mediante una rottura col disordine stabilito e promuovere l'anticapitalismo, essendo la ricchezza un ostacolo alla liberazione dell'uomo (Mounier definisce il borghese «colui che ha perso il senso dell'essere»);

– l'impegno a ricercare la verità che dà un senso all'azione, nella certezza che sia possibile ritrovare, pur in presenza di una condizione esistenziale tragica, un nuovo cammino per gli uomini;

– opporsi ad una democrazia formale e "borghese" e quindi fare appello ad una "rivoluzione personalista e comunitaria" rivolta ad instaurare una democrazia sostanziale e tratteggiare nelle grandi linee la struttura di una società personalista e comunitaria;

– una riflessione seria sull'uomo concreto, libera dagli schemi riduttivi del razionalismo e delle concezioni moralistiche, che rimangono separati dalle correnti vive della storia, con l'intento di riguadagnare tutto lo spazio di significato dell'essere persona per una considerazione dell'uomo incarnato, che diviene consapevole del suo destino ed opera nella storia per il comune destino degli uomini.

Viviamo in tempi in cui la frammentazione dei riferimenti etici fa assumere ad ogni gruppo le sue regole come referente, anche se spietate. Nella società complessa in cui viviamo va affermandosi in modo crescente il sistema autoreferenziale che conta più della dignità. D'altro canto, quanto più sono in crisi le ideologie e i sistemi, tanto più emerge la necessità di affermare la persona e di ricercare modelli sociali e istituzionali che traducano nella realtà la sua proclamata titolarità di so-

17. Ricoeur, 1983, 113.

vranità sociale e politica. Ciò di cui abbiamo bisogno oggi è una democrazia aperta e leale. L'esigenza avvertita dell'unità dei popoli del mondo, sempre più "piccolo villaggio", nel rispetto peculiare delle identità e delle differenze culturali, deve portare a valorizzare "la diversità", a vederla in un'ottica di bellezza e di ricchezza reciproca, affinché ogni essere umano possa arricchire l'altro e ciascun popolo aprirsi all'altro per costituire quella «società aperta» tanto cara a Popper e che Mounier chiama "società personalista", da lui meglio definita come «persona di persone»[18]. Il secondo Rinascimento, quello della comunità, che Mounier auspicava già nel primo numero di *Esprit*, si presenta oggi come un terzo Rinascimento verso la prospettiva della "reciprocità" non solo tra le persone ma anche tra le "comunità", tra i popoli e tra le istituzioni e i popoli.

3. Riprendere questi temi e riferirli al nostro tempo comporta una consapevolezza della situazione che emerge oggi dalla nostra cultura, dal nostro modus vivendi, di riflessione morale e speculativa, oltre che politica e religiosa. L'espressione di Ricoeur «muore il personalismo, ritorna la persona» significa più propriamente porre l'attenzione ad un personalismo perenne che rimane valido anche nella diversità dei tempi, come di fronte ai rapidi mutamenti cui assistiamo nella società complessa in cui viviamo. Il personalismo perenne, non connesso ad un particolare momento storico, ma capace di informare di sé le più diverse situazioni spazio–temporali, potrebbe articolarsi attorno a tre atteggiamenti essenziali, al tempo stesso modalità etiche e forme dello spirito di spessore ontologico e metafisico.

La prima di queste modalità è la «dissociazione dello spirituale dal reazionario», che è allo stesso tempo fedeltà alla tradizione e quindi ai valori autentici che costituiscono l'essere della persona. Il secondo modo di essere è l'affrontement e il conseguente engagement, la vita come avventura che richiede un impegno dinamico e responsabile: il personalismo naturaliter cristiano, come lotta per la giovinezza del mondo. Una vita concepita come un'avventura cristiana, che deve mirare alla testimonianza e non al successo, e che deve comportare di conseguenza l'attuazione di una terza modalità, che deve estrinsecarsi in una disponibilità d'accoglienza, di rinuncia a se stessi e di dono agli altri, supportata da autentico spirito di fraternità e di solidarietà.

Tutto ciò presuppone la struttura ontologica ed etica della persona come contemporaneo convergere di tre dimensioni: la vocazione (con il relativo esercizio della meditazione per scoprirne le dinamiche), l'incarnazione (e il conseguente esercizio dell'impegno), la comunione (resa possibile dall'esercizio della rinuncia a se stessi e la conseguente donazione ad altri). La persona è intesa come «volume

18. Indellicato, 2001; 2006.

totale dell'uomo» tra queste tre dimensioni, una verso l'alto per scoprire la propria vocazione, una verso il basso per realizzarla, una orizzontale per la comunicazione fraterna e la donazione di sé. Se la persona viene meno ad una di queste dimensioni con il relativo esercizio, ammonisce Mounier, è destinata all'insuccesso[19]. Sulla riscoperta integrità della persona Mounier fonda i punti fermi della sua proposta innovativa: «1° Una persona non può essere usata come mezzo da una collettività o da un'altra persona; 2° non esiste Spirito impersonale, evento impersonale, valore o destino impersonale (...). Anche ogni comunità è una persona di persone, altrimenti non è altro che un numero o una forza (...); 3° di conseguenza, a parte le circostanze eccezionali in cui il male può essere sconfitto soltanto con la forza, è da condannarsi qualsiasi regime che, di diritto o di fatto, consideri le persone come oggetti intercambiabili, le irreggimenti o le costringa andando contro la vocazione dell'uomo che in ognuna è diversa, oppure imponga loro questa vocazione dal di fuori con la tirannia di un moralismo legale, fonte di conformismo e di ipocrisia; 4° la società, cioè il regime legale, giuridico, sociale ed economico non ha come vocazione né di subordinare a sé le persone, né di assumersi lo sviluppo della loro vocazione; ha invece il compito di assicurare loro, prima di tutto, la zona di isolamento, di protezione, di gioco e di tempo libero che permetterà loro di riconoscere, in piena libertà spirituale questa vocazione; di aiutarle senza costrizioni, con un'educazione ricca di suggerimenti, a liberarsi dai conformismi e dagli errori di manovra; di dare loro, attraverso l'articolazione dell'organismo sociale ed economico, i mezzi materiali che sono comunemente necessari–salvo vocazioni eroiche–allo sviluppo di quella vocazione»[20].

Il personalismo tuttavia non è soltanto una trasformazione utopica dell'essere, ma è anche realistica consapevolezza dei limiti e del male sempre risorgenti: è una profezia ma anche azione politica, denuncia di una situazione e lotta per superarla. Il termine «persona» è ancora oggi il miglior referente per sostenere le lotte giuridiche, politiche, sociali e culturali per la promozione e il riconoscimento della dignità dell'essere umano. Non comprenderemo mai adeguatamente la persona senza promuovere e difendere la sua dignità, senza umanizzarla, praticando la giustizia e l'amore nella costruzione della città dell'uomo secondo un'ottica personalista, con metodo democratico e nella tensione comunitaria. Il personalismo, infatti, mette in crisi un modello culturale di una intelligenza che crede di cogliere la verità e la vita astraendole dalla situazione in cui l'uomo vive. L'atteggiamento interiore con cui valutare le vicende storiche e intervenire in esse è efficacemente

19. Mounier, 1961–1963, 179. A tal proposito ci permettiamo di rinviare a Indellicato, 2018, 79 ss; cfr. anche S. Palumbieri, 2005, 101ss.

20. Mounier, 1961–1963, 175 ss

delineato da Mounier nell'espressione "*optimisme tragique*"[21]. L'ottimismo discende dalle certezze escatologiche che sostengono l'uomo nella drammaticità dell'esistenza quotidiana. La convinzione profonda di uno sbocco positivo della storia si intreccia con la realistica constatazione della drammaticità di ciò che avviene nella quotidianità; una visione ottimistica, quindi, che sorregge di fronte alle prove più negative. Il suo, come Mounier stesso disse, cercò di essere un «cristianesimo tragicamente ottimista», che mai fece perdere il senso e il fine di questa storia umana, che non può essere né una «tragedia» né una «commedia» ma qualcosa di serio, cui dobbiamo rispondere. Alla luce di questa direzione della filosofia si comprende meglio quanto scrive Mounier in *Qu'est–ce que le personnalisme?*: «Intendiamo il personalismo come un'avventura aperta, fatta più d'avvenire che di passato»[22]. E ancora: «La miglior sorte che possa toccare al personalismo è che, avendo risvegliato presso molti uomini il senso totale dell'uomo, sparisca senza lasciare tracce, tanto da confondersi con l'andamento quotidiano dei giorni»[23]. Ripensare l'uomo come persona, rileggere Mounier, che è stato il più convinto sostenitore dell'uomo come persona nel secolo XX, è quanto mai opportuno ed utile per costruire un'antropologia filosofica all'altezza delle attuali sfide, rimanendo quella di Mounier una lezione che va ancora ripercorsa ed elaborata nella sua profondità. Il personalismo comunitario di Mounier può oggi infatti costituire il punto di incontro e di confronto fra specialisti di diverse discipline sulle grandi questioni scientifiche, biomediche, teologiche, culturali e sociali del nostro tempo, convinti dell'aiuto che il pensiero personalista può dare ad un progetto di liberazione e di promozione dell'uomo che offra risposte positive, di vita e non di morte, ai numerosi problemi della nostra civiltà. Un progetto oggi tanto più necessario quanto più, agli inizi del terzo millennio, l'uomo è dimenticato e spesso oltraggiato da uno scientismo imperante e da un ant–iumanesimo teorico e pratico che, misconoscendo ogni concetto di limite, non attribuisce più alla persona alcuna consistenza e dignità.

21. Mounier, 1962, 347.
22. Mounier, 1961–23, 229.
23. Mounier, 1961–23, 179.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Adorno T.W. (1954). *Minima Moralia.* Torino: Einaudi.

Bauman Z. (2002). *Modernità liquida*. Roma–Bari: Laterza.

Bauman Z. (2003). *Amore liquido*. Roma–Bari: Laterza.

Bauman Z. (2005). *Vita liquida*. Roma–Bari: Laterza.

Bauman Z. (2008). *Paura liquida*. Roma–Bari: Laterza.

Cacciari M. (1999). Equivoci sul padre. *Rocca*.

Campanini J. (2012). *Mounier. Eredità e prospettive.* Roma: Studium.

Danese A. (2018). Mounier: una bussola nel disorientamento post–moderno in D'Acunto G. – Meccariello A. (a cura di), *Mounier: persona e comunità*. Napoli: Chirico.

Domenach J.M. (1972). *E. Mounier*. Paris: Ed. du Seuil.

Indellicato M. (2001). *La persona e l'impegno etico. Mounier e le sfide della complessità*. Bari: Levante.

Indellicato M. (2006). *Mounier e l'ansia per l'uomo*. Bari: Cacucci.

Indellicato M. (2018). Mounier e la sfida etica del personalismo comunitario in G. D'Acunto–A. Meccariello (a cura di), *Mounier: persona e comunità.* Napoli: Chirico.

Mounier E. (1961–63a). Les certitudes difficiles in *Oeuvres,* vol. IV. Paris: Ed. du Seuil.

Mounier E. (1961–63b). Revolution personnaliste et communautaire in *Oeuvres*, vol. I. Paris: Ed. du Seuil.

Mounier E. (1961–63c). Introduction au existentialismes in *Oeuvres*, vol. III, Paris: Ed. du Seuil, Paris.

Mounier E. (1961–63d). Le personnalisme in *Oeuvres*, vol. I, in *Oeuvres*, Paris: Ed. du Seuil.

Mounier E. (1962a). Quy'est–ce que le personnalisme? in *Ouvres*, vol. III. Paris: Ed. du Seuil.

Mounier E. (1962b). Révolution personnaliste et communautaire in *Oeuvres*, vol. III. Paris: Ed. du Seuil.

Mounier E. (1962c). La petite peur du XX siècle in *Oeuvres*, t. III. Paris: Ed. du Seuil.

Mounier E. (1962d). Quy'est–ce que le personnalisme? in *Oeuvres*, t. III. Paris: Ed. du Seuil.

Palumbieri S. (2005). Postmoderno e persona. Sfida e stimoli, in Toso M.–Formella Z.–Danese A. (a cura di), *Emmanuel Mounier. Persona e umanesimo relazionale. Nel Centenario della nascita (1905–2005).* Roma: LAS.

Ricoeur P. (1983). Esprit. 113.

Rigobello A. (1978). *Il personalismo*. Roma: Città Nuova.

Robin M. (1991). La società al di là del post–moderno. Valori, obiettivi e istituzioni in Danese A. (a cura di), *Persona e sviluppo. Un dibattito interdisciplinare*. Roma: Dehoniane.

Toso M.–Formella Z.–Danese A. (a cura di) (2005). *Emmanuel Mounier. Persona e umanesimo relazionale. Nel Centenario della nascita (1905–2005)*. Roma: LAS.

IGNAZIO LAGROTTA

LA DEMOCRAZIA SENZA PARTITI*

ABSTRACT

Il lavoro verte su di un tema classico e centrale per la scienza del diritto pubblico e costituzionale, ossia come il sistema politico incide sulla democrazia nella sua effettività.

I partiti tradizionali non esistono più e quelli esistenti sono spesso al di fuori del perimetro tracciato dagli artt. 49 e 18 della Costituzione. Non sono più il luogo del confronto e dell'elaborazione del progetto di società ma nella migliore delle ipotesi cartelli elettorali utilizzati per accedere alle cariche pubbliche attraverso scelte poco trasparenti e sempre meno inclusive. I cittadini si identificano sempre meno nell'attuale sistema partitico e sono poco disposti ad impegnarsi nelle loro attività; purtuttavia i partiti sono ancora gli strumenti per raggiungere il controllo delle istituzioni.

Studiare i percorsi che caratterizzano la parabola dei partiti politici in Italia anche nella prospettiva europea e le ipotesi di regolamentazione della loro disciplina giuridica consente una riflessione sulla democrazia del presente e del futuro.

The work focuses on a classical and central theme for the science of public and constitutional law, namely how the political system affects democracy in its effectiveness.

The traditional parties no longer exist and the existing ones are often outside the perimeter traced by the articles 49 and 18 of the Constitution. They are no longer the place for the comparison and elaboration of the company project, but in the best of hypotheses electoral cartels used to access public offices through choices that are not transparent and always less inclusive. Citizens are increasingly identified in the current party system and are unwilling to engage in their activities; the parties are still the tools to achieve control of the institutions.

Studying the paths that characterize the parable of political parties in Italy also in the European perspective and the hypothesis of regulation of their legal discipline allows a reflection on the democracy of the present and of the future.

PAROLE CHIAVE

Partiti / democrazia / costituzione

Parties / democracy / constitution

SOMMARIO: – 1. I partiti e la democrazia in Italia: rilievi preliminari. – 2. Democrazia dei partiti, democrazia con i partiti e democrazia senza par-

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco. Lo scritto riprende le riflessioni contenute nella monografia "La crisi dei partiti e la democrazia in Italia", Cacucci Editore, 2018.

titi. – 3. Per una disciplina dei partiti politici. – 4. La regolamentazione dei partiti politici europei come possibile sollecitazione ad una disciplina dei partiti politici nazionali. – 5. Il disegno di legge A.S. n. 2439, recante "Disposizioni in materia di partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica". – 6. Primi rilievi sul disegno di legge A.S. n. 2439 ed alcune proposte per una regolamentazione dei partiti politici. – 7. Conclusioni.

1. Lo studio dei partiti nell'ambito degli ordinamenti costituzionali del '900 evidenzia il ruolo che ad essi è stato storicamente attribuito: strumenti per la realizzazione della democrazia[1].

Uno dei problemi centrali della democrazia contemporanea è la crisi della rappresentanza che si intreccia con il tema dei partiti e con il loro ruolo nello Stato costituzionale.

I partiti un tempo pilastro delle istituzioni hanno finito per «appesantirle ed occuparle»[2] ma soprattutto non sono più in grado di rappresentare gli interessi degli elettori.

Agli albori del periodo repubblicano, come evidenziato da Paolo Ridola nel 1982, i partiti politici «assumono l'attuale fisionomia di istituzioni capaci di esercitare una crescente influenza nel funzionamento degli organi costituzionali, sino a divenire gradualmente gli effettivi detentori del potere politico nella vita dello Stato». Ancora oggi i partiti politici continuano ad essere gli effettivi detentori del potere politico ma si tratta di mera gestione del potere essendo venuta definitivamente meno la capacità di indirizzo politico. E di qui la evidente incapacità, come lucidamente afferma Antonio Ruggieri, «di progettazione politica e di azione volta all'appagamento di taluni bisogni elementari diffusamente ed intensamente avvertiti nel corpo sociale»[3]. Per questo motivo «alla loro declinante capacità di

1. Per una ricostruzione delle origini della problematica costituzionale dei partiti politivi v. Ridola, 1982, 66 ss. ed in particolare la nota 2 e la bibliografia ivi richiamata; per una bibliografia essenziale Predieri, 1950, Esposito, 1954, Elia, 1970, 638, Ridola, 1990, Bartole, 1995, 705, Bartole 2000, 398, Pinelli, 2006, 770, Rizzoni 2006, Azzariti, 2009, 177, Ridola, 2009, Gregorio, 2013, Luciani, 2013.

2. Barbera, 2009, 343 ss.

3. Ruggeri, 2017, secondo l'A. «il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Il vero è che i partiti, con le lotte intestine che ne segnano il quotidiano operare e che non di rado sfociano in disgregazioni insanabili, esibiscono una generale, tangibile incapacità di progettazione politica e di azione volta all'appagamento di taluni bisogni elementari diffusamente ed intensamente avvertiti nel corpo sociale. La cosa è ormai talmente evidente che, invero, si può dubitare che basterebbe il colpo di bacchetta magica dato con legge elettorale per ciò che attiene alla condizione relativa al premio suddetto a ridare ampiezza di respiro ai disegni politici messi a punto dai partiti ed alle loro conseguenti realizzazioni.

guida e di leadership si è sostituita la più facile tentazione di occupare sia le istituzioni sia estesi settori dell'economia pubblica»[4]. Ed è alla fine degli anni ottanta che il processo di ribaltamento delle tradizionali posizioni si completa. Le proteste e le lamentele dei cittadini tradizionalmente veicolate *dai* partiti vengono ora incanalate *contro* di essi; con la conseguente esplosione di tensioni che prendono la forma dell'«antipolitica». Se è vero che ciò porta al dissolvimento dei partiti tradizionali «nessuno dei partiti che formavano l'arco costituzionale è rimasto in vita»[5] tale processo non esclude dal circuito decisionale ciò che rimane di essi.

Se da un lato, pertanto, la «partitocrazia» è stata avvertita da subito come il male incurabile del sistema italiano, che inquina le istituzioni ed avvelena il circuito democratico, la cura ha portato ad un risultato persino più aberrante: a morire saranno i partiti non la degenerazione partitocratica. Questo ha portato diversi autori ad osservare come il passaggio dalla prima alla seconda Repubblica sia stato un passaggio dalla «partitocrazia» *dei* partiti a quella *senza* partiti.

In questo contesto i partiti non hanno più svolto la funzione di sintesi degli interessi e peggio ancora hanno rappresentato esclusivamente le ambizioni personali dei *leader*.

Anche per tali ragioni è stato affermato che «il tempo della democrazia dei

4. Barbera, 2009, 343 ss.

5. Per un'interessante ricostruzione della fase costituente e sui risultati elettorali del 2 giugno 1946 che condizionano il successivo disegno si v. Logroscino, 2009, l'A. evidenzia che l'obiettivo che resta perseguibile e che effettivamente il PCI si pone è quello di portare avanti una riforma del paese profonda, ma da realizzare nel tempo, senza strappi, ossia all'interno di un sistema di democrazia liberale occidentale. Da questa prospettiva, esso inizialmente guarda alla Costituzione con interesse relativo, o meglio con un interesse specifico di ordine riduttivo. Il suo programma per la Costituente, infatti, non va oltre indicazioni sommarie, che però delineano in maniera limpida l'intento di dare all'Italia «un assetto costituzionale nel quale l'indirizzo politico della maggioranza e del corpo elettorale incontrino limiti minimi», così da non porsi come ostacolo sulla via della "democrazia progressiva". Ciò è apertamente affermato da Umberto Terracini nel corso del dibattito sul tema che si svolge in seno alla Seconda Commissione Forti, ove l'autorevole esponente comunista aggiunge un monito sui rischi della rigidità: essa, ponendo un limite al necessario continuo adeguamento della struttura giuridica alla struttura sociale, finirà per determinare «una situazione di crisi acuta, dalla quale non si potrà uscire altro che attraverso la frattura». A base di questo atteggiamento vi è la convinzione di poter raggiungere, insieme ai socialisti, la maggioranza politica e quindi intraprendere immediatamente il cammino della democrazia progressiva. Le elezioni del 2 giugno rivelano una realtà diversa dalle aspettative (o speranze) delle sinistre, giacché i due partiti riuniti nel "Patto di unità nazionale" non restano solo ampiamente al di sotto della maggioranza assoluta, ma hanno una forza che è paragonabile (superiore sì, ma non di molto) a quella della sola DC. La Costituzione inizia così ad assumere maggior rilievo anche per il PCI. Infatti, sfumata la possibilità di un governo delle sinistre e esclusa – ben da prima, perché impraticabile – l'insurrezione armata, diviene strategico partecipare alla definizione delle regole fondamentali dell'ordinamento. Regole che, da un lato, recepiscano almeno parte dei propri contenuti di valore e, dall'altro, garantiscano alle minoranze – a cui il PCI potrebbe appartenere – un adeguato ruolo politico.

partiti è oramai passato»[6]. E se i partiti non riescono più a svolgere il ruolo che erano stati chiamati a svolgere cosa succede?

Un dato è evidente i partiti tradizionali non esistono più e quelli esistenti sono spesso al di fuori del perimetro tracciato dalla Costituzione attraverso gli artt. 49 e 18. Non sono più il luogo del confronto e dell'elaborazione del progetto di società ma nella migliore delle ipotesi cartelli elettorali utilizzati per accedere alle cariche pubbliche attraverso scelte poco trasparenti e sempre meno inclusive.

I partiti non sono più in grado di coinvolgere i cittadini che sono sempre meno disposti ad identificarsi ed impegnarsi nelle loro attività ma sono ancora gli strumenti per fornire al *leader* di turno un trampolino di lancio per raggiungere il controllo delle istituzioni.

Questo di per sé è un indice di quanto basso sia il livello del nostro sistema democratico.

Studiare i percorsi che caratterizzano la parabola dei partiti politici in Italia assume allora evidente centralità ai fini della comprensione di un processo *in progress* nel quale i partiti formalmente ancora esistono ma appaiono malati gravi ed incurabili[7].

2. Al riconoscimento delle libertà politiche si accompagna in tutti gli ordinamenti l'individuazione di un limite di compatibilità della lotta politica con i principi ed i valori che caratterizzano l'ordinamento[8].

In tale limite si inquadra il richiamo al metodo democratico contenuto nell'art. 49 della Costituzione che introduce sotto questo profilo una limitazione della libertà di associazione diversa e più restrittiva di quella disposta dall'art. 18[9].

6. Poggi, 2014.

7. Ruggeri, 2017.

8. Ridola, 1982, 66 ss. del limite del metodo democratico posto ai partiti dall'art. 49 si è già accennato trattando del concorso (v. *supra*, § 4), e si è osservato che l'uno e l'altro sono diretti a garantire la pluralità dei partiti e sono perciò indissolubilmente collegati dalla medesima esigenza di delineare il quadro che assicuri la misura massima possibile di libertà e di confronto nella dialettica fra le forze politiche. Ciò detto, tuttavia, i contorni della formula adoperata dai Costituenti non appaiono ancora con sufficiente nettezza, né i lavori preparatori offrono elementi completamente chiarificatori, giacché in quella sede il significato del metodo democratico fu piuttosto determinato negativamente, per effetto del progressivo sfrondamento del più articolato sistema di limiti al diritto di associarsi in partiti, suggerito da quegli emendamenti miranti ad introdurre un limite ideologico–programmatico (emendamento Bellavista), o a stabilire espressamente l'estensione del metodo democratico alla istituzionalità interna (emendamento Mortati–Ruggiero), o ancora a configurarlo esplicitamente come un limite di ordine pubblico costituzionale, consistente nel «rispetto delle libertà fondamentali e dei diritti garantiti dalla Costituzione».

9. Predieri, 1950, 171 ss.

La disposizione costituzionale conserva però un margine di indeterminatezza che appare colmabile solo attraverso un'attuazione legislativa dell'art. 49[10].

Ciò non toglie che la necessità di avere partiti democratici si è scontrata sin dall'origine con lo *status* degli stessi e con la concezione del rapporto tra democrazia e partiti.

Il metodo democratico pertanto non è stato declinato come limite all'organizzazione interna del partito ma come modo in cui si avvera giorno per giorno il loro concorso alla determinazione della politica nazionale.

In tal senso è stata sostenuta l'impossibilità di prevedere misure quali l'autorizzazione ma anche l'imposizione di qualsiasi modello democratico «nell'organizzazione interna dei partiti»[11].

Alla sensibilità dei giuristi e dei costituzionalisti in particolare non è sfuggita però la stretta connessione tra l'organizzazione interna e la proiezione esterna dei partiti.

In definitiva se i partiti sono il tramite attraverso il quale di deve realizzare la democrazia dei cittadini è evidente, come lucidamente afferma Crisafulli, «che l'inciso relativo al metodo democratico deve essere applicato alla fase del concorso interno dei singoli partiti non meno che alla fase successiva del concorso esterno».

Il limite del metodo democratico quindi si estende anche alla vita interna dei partiti «così da esigerne il rispetto anche nel loro ordinamento e nei loro processi decisionali»[12].

10. In assenza di tale attuazione legislativa le opzioni dell'interprete assumono un peso non indifferente in tal senso Ridola, 1982, 66 ss. il quale aggiunge che «così, mentre deve ritenersi sicuramente esclusa dall'art. 49 un'indagine avvolgente sulla «democraticità» dei partiti, i problemi appaiono assai più delicati qualora ci si soffermi a considerare il rapporto fra il retroterra ideologico di un partito ed il comportamento da esso tenuto nella competizione politica, e ci si collochi dunque nell'àmbito più circoscritto del rispetto della cosiddetta democrazia «procedurale». Ove invero si ritenga che la Costituzione abbia imposto su questo terreno una tavola di valori alle ideologie di partito, il limite del metodo democratico sarebbe suscettibile di contemplare una «situazione di pericolo», e di operare anche nella prospettiva della possibile azione futura del partito, in ragione degli obiettivi remoti che esso si prefigga una volta giunto al potere nel formale rispetto del metodo medesimo: obiettivi riconoscibili in sede di teoria politica o sulla base dell'analogia con le esperienze del passato. Diversamente ove si ritenga che da questa eventualità remota il limite in questione prescinda, e che la Costituzione abbia in sostanza rimesso il giudizio sugli obiettivi di fondo e sulla fedeltà di ciascun partito alle regole del gioco democratico all'opinione pubblica, e dunque agli esiti dello stesso confronto fra le forze politiche: nel metodo democratico dovrà essere ravvisato allora un mero riferimento al modo in cui concretamente e, si potrebbe dire, giorno per giorno, i partiti concorrono alla formazione della politica nazionale, da esso non potrà trarre fondamento costituzionale alcuna valutazione «preventiva» della democraticità di un partito, e l'elemento finalistico potrà essere considerato solo congiuntamente all'atteggiamento tenuto da ciascun partito nella lotta politica»; Poggi, 2015.

11. Merlini, 2009, 51 ss.

12. Ridola, 1982, 66 ss. ai principali argomenti in base ai quali l'opinione contraria è stata sostenuta (il rifiuto dell'emendamento Mortati–Ruggiero in Assemblea costituente, l'assenza di un esplicito

Queste sinteticamente le coordinate ermeneutiche sulle quali sostanzialmente vi è una convergenza ampia. La disputa nasce nel momento in cui si scende sul piano pratico a verificare in quale maniera possa essere attuata realmente la democrazia all'interno dei partiti[13].

Il problema non è di poco conto in quanto l'opzione per un modello determina conseguenze sul piano pratico e sulle stesse limitazioni che possono essere introdotte sul piano statutario.

Per quasi cinquant'anni i partiti in Italia hanno avuto sempre delle forti *leadership* ma all'interno di una classe dirigente plurale si pensi alla DC, al PCI ed al PSI. Dal 1994 in poi il sistema partitico è mutato e le *leadership* hanno condizionato la stessa organizzazione del partito sino a declinarsi in movimenti di carattere esclusivamente carismatico.

Si avverte allora l'esigenza di un rinnovato patto costituzionale tra i partiti, elettori ed eletti che deve necessariamente partire da una disciplina giuridica[14] degli stessi ma anche da un'autoriforma della vita interna[15]. Solo attraverso tale percor-

richiamo ad un limite di democrazia interna prescritto invece per i sindacati registrati dall'art. 39, il rispetto dell'autonomia statutaria garantita ai partiti così come ad ogni altra associazione), si è replicato che è la stessa funzione dei partiti di canali della partecipazione democratica dei cittadini ad imporre un limite siffatto, in mancanza del quale i partiti medesimi neppure potrebbero concorrere democraticamente alla formazione della politica nazionale, e si è aggiunto che l'art. 49, conferendo ai partiti una funzione essenzialmente strumentale, presuppone che essi siano rappresentativi di gruppi di cittadini, e che questa rappresentatività non potrebbe essere efficacemente assicurata senza una struttura interna a carattere democratico; Cantaro A. (2014), *Presentazione. Partiti e sindacati nella crisi*, in Quaderni Di Rassegna Sindacale. Lavori, p. 71–77; Scuto, 2017.

13. Poggi, 2015.

14. Ridola, 1982, 66 ss. ciò detto, tuttavia, non sembra neppure che ogni tentativo statale di disciplinare la vita interna si traduca in una espropriazione della libertà dei partiti, giacché se è vero che essi, divenuti «veri soggetti politici sovrani» nelle società capitalistiche moderne, non possono venir degradati a «strumenti subordinati» del potere statale, è anche vero che l'art. 49 configura il diritto di associazione in partiti come una situazione essenzialmente funzionale.

15. Ridola,1982, 66 ss. una disciplina statale non può integralmente sopperire, re alla carenza di un' «autoriforma» della vita interna dei partiti, né essa appare conforme alla Costituzione, sia perché lesiva del profilo collettivo della libertà di associazione garantita ai partiti, sia perché tende a realizzare dall'alto un elevato grado di omogeneità del pluralismo politico in contrasto con la stessa configurazione costituzionale del metodo democratico.

Ove allora si ritenga che l'art. 49 lasci spazio ad interventi del legislatore, essi potrebbero sicuramente disciplinare le condizioni minime del rispetto del principio del concorso e del metodo democratico anzitutto nella vita interna del partito, allo scopo di garantire la possibilità del ricambio nella guida di esso, le procedure per la formazione e l'espressione del dissenso, la partecipazione delle minoranze agli organi deliberativi del partito, la disponibilità delle strutture, dei mezzi e degli organi di informazione ufficiali del partito, riservando all'autonomia statutaria l'ulteriore disciplina delle modalità di attuazione di tali regole (struttura degli organi interni e loro rapporti, sistemi per la elezione delle cariche direttive, ecc.). Ma occorre domandarsi infine se una legislazione attuativa dell'art. 49 non possa spingersi anche più oltre, nella disciplina di quelle attività del partito che più direttamente incidono

so si intravede la possibilità di passare da una democrazia *dei* partiti, che anche dal punto di vista semantico appare un errore, alla democrazia *con* i partiti. Espressione quest'ultima che sotto un duplice profilo appare più corretta. Da un lato in quanto fa percepire un sentimento inclusivo che è alla base della partecipazione democratica dall'altro perché sottolinea il ruolo concorrente dei partiti politici con altre forme espressive della sovranità popolare.

Nell'attuale fase storica torna prepotente la domanda in merito alla necessità di intraprendere la via di una seria regolamentazione dei partiti politici[16]. Se questa possa essere la strada per la riaffermazione del primato di questi nel raccordo tra governanti e governati è difficile a dirsi ma appare molto probabile.

Il tempo è tiranno e potrebbe essere anche troppo tardi.

Si avverte il vento di un cambiamento che assume di poter concepire una democrazia *senza* partiti.

È stato affermato che «il tempo della democrazia dei partiti è oramai passato».

Se utilizziamo i dati dell'esperienza questi ci dicono che l'alternativa ai partiti politici «è rappresentata o da forme plebiscitarie o dal ritorno a pratiche trasformistiche ed assembleariste proprie della vecchia rappresentanza liberale, in ogni caso dominate da gruppi di pressione di vario genere»[17].

Il contesto politico italiano sembrerebbe aver intrapreso questo crinale il cui completamento non appare di buon auspicio per il nostro sistema democratico.

Allo stesso modo la *deregulation* di cui hanno beneficiato i partiti ed i movimenti politici non appare più sostenibile.

Appare necessario un processo di riforma che porti a garantire gli iscritti ai partiti quelle condizioni minime di vita democratica che sono alla base della dialettica e del confronto democratico[18].

Nella proiezione esterna invece i partiti devono garantire trasparenza dei processi decisionali, delle fonti di finanziamento e del loro utilizzo e nella selezione

sul funzionamento delle istituzioni, allo scopo di restituire al partito medesimo un ruolo di cerniera nei rapporti fra gli elettori e gli eletti alle cariche pubbliche, ad esempio, attraverso la disciplina delle procedure interne per la scelta dei candidati

16. Numerose proposte organiche di regolamentazione normativa dei partiti politici: da quella presentata da Luigi Sturzo il 16 settembre 1958 a quella organica ben nota, della XIII legislatura, di Claudia Mancina (A.C. 5326), fino ad arrivare alle attuali proposte di legge presenti in Parlamento A.C. 244 (Maurizio Turco ed altri), 506 (Castagnetti ed altri), 853 (Pisicchio), 1722 (Briguglio ed altri), 3809 (Sposetti ed altri) e 4194 (Veltroni ed altri) (*Nota su una legge sui partiti in attuazione dell'art. 49 della Costituzione* – curata dal Prof. Giuliano Amato. L'Isle ha raccolto e ordinato il materiale rilevante, mentre per l'estensione del testo ci si è avvalsi della collaborazione del Prof. Francesco Clementi dell'Università degli Studi di Perugia).

17. Barbera, 2009, 343 ss.

18. Pizzetti, 2009, 277 ss.

delle candidature. Queste appaiono le coordinate minime per poter rivitalizzare il ruolo dei partiti ma soprattutto per avverare il precetto costituzionale ed il processo democratico[19].

3. Le discussioni in merito all'opportunità di introdurre una regolamentazione dei partiti politici possono farsi risalire agli albori della nascita delle Repubblica[20].

In Assemblea costituente, come si è detto, fu abbandonata prima di essere seriamente discussa la possibilità di introdurre delle disposizioni più puntuali in merito alla disciplina dei partiti. Sulla falsariga dei convincimenti, che vinsero i padri costituenti ad operare quella scelta, successivamente anche l'attuazione legislativa dell'art. 49 della Costituzione ha subito la stessa sorte[21].

Il tema appare oggi non più eludibile.

Le argomentazioni che avevano (s)consigliato una regolamentazione giuridica dei partiti sono definitivamente superate. Il processo di integrazione della società civile nello Stato è stato portato a compimento.

La fragilità dei sistemi democratici messi sotto assedio dalla crisi economica e dalle sempre nuove emergenze invocano degli ancoraggi.

Una regolamentazione dei partiti e dei movimenti politici può essere un puntello non indifferente per garantire la tenuta democratica dell'ordinamento.

Il rinnovato rilievo del tema è stato più volte evidenziato dalla dottrina[22].

19. Caravita, 2015.

20. Barbera, 2009, 343 ss.; Frosini, 2013, 2.

21. Clementi, 2015, nell'incipit l'A. nell'evidenziare come la regolamentazione giuridica del partito politico nell'ordinamento italiano costituisce un topos del dibattito politico (e della letteratura scientifica), come noto, già dai lavori della stessa Assemblea costituente; al punto tale che la mancata attuazione legislativa dell'art. 49 della Costituzione, si può dire che costituisca per certi aspetti, ormai, un tema a se stante in dottrina. Ciò avviene, d'altronde, perché il ruolo fondamentale che la Costituzione affida ai partiti politici nell'assicurare la partecipazione dei cittadini alla vita politica è rimasto del tutto inalterato nei sessantasette anni di vita repubblicana, sebbene siano mutate tanto, uti singuli, le forme e i modi di essere partito, quanto, in modo collettivo, le forme e i modi di articolazione degli stessi come sistema; Rossi, 2010, 48.

22. Clementi, 2015, l'A. evidenzia come il tema assume un rilievo più consistente, a maggior ragione, in considerazione di tre ulteriori elementi, che nel tempo sono emersi, e dai quali appare difficile, ormai, discostarsi: a) una progressiva regolamentazione e disciplina dei partiti politici e dei loro sistemi avvenuta a partire dal secondo dopoguerra nei maggiori ordinamenti di democrazia pluralista, anche alla luce dell'emergere della strategicità ordinamentale della c.d. legislazione elettorale di contorno; fattore decisivo per la qualificazione e la strutturazione di un democratico sistema di partiti, questa rappresenta, come noto, l'insieme delle norme che stabiliscono le modalità di svolgimento delle campagne elettorali, i modi di finanziamento della politica, la gestione del contenzioso elettorale, i modi di accesso e di partecipazione alla competizione elettorale, comprese le regole su incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità, ma anche, appunto, le regole sui partiti politici e sulla formazione dei gruppi parlamentari; b) una progressiva regolamentazione e disciplina dei partiti politici (e del loro

Le indagini sviluppate sui partiti in relazione alle interrelazioni con le istituzioni confermano l'opportunità di non indugiare oltre e di porre seriamente mano alla disciplina della materia.

Di conforto possono essere anche le linee direttrici provenienti dall'Unione europea[23] alla luce dell'evoluzione dei Trattati con gli effetti a cascata che questi determinano all'interno dei singoli ordinamenti nazionali[24].

Se è vero che il tema della regolamentazione pubblicistica della «forma» partito e cioè quello di definire se l'ordinamento possa imporre un modello di democraticità interna trova alcune resistenze in dottrina e rende necessari ulteriori studi ed approfondimenti questo non può essere un valido motivo per arrestare un processo normativo oramai indispensabile.

Le criticità emerse in sede di analisi del percorso storico–costituzionale del partito ci permettono di perimetrare un campo di intervento da parte del legislatore che potrebbe nell'immediato contribuire a rivitalizzare la partecipazione democratica ed il ruolo stesso dei partiti.

D'altronde la giurisprudenza ha sottolineato come i partiti politici godono di una sfera di attribuzioni riservata e protetta perché "*titolari ex lege di alcune pubbliche funzioni, in quanto ciò riguarda le elezioni, il funzionamento dei corpi rappresentativi ed il contributo dei cittadini, con metodo democratico, alla formazione della politica nazionale, ossia della funzione d'indirizzo politico*" (Tar Lazio, sez. II, sent. 14/10/2009, n. 9895). Certo, non come poteri dello Stato ai quali riconoscere, ai fini dell'art. 134 Cost., "*la natura di organi competenti a dichiarare la volontà di un potere dello Stato per la delimitazione di una sfera di attribuzioni determinata da norme costituzionali*" (Corte Cost. Ordinanza n. 79/2006 e n. 120/2009).

Non solo la titolarità di funzioni pubbliche esige quindi una regolamentazione ma anche il ruolo effettivo che questi svolgono nella selezione delle candidature, nella gestione delle risorse finanziarie e nell'influenza generalizzata sulle istituzioni democratiche.

sistema) sempre più anche in ambito europeo, a maggior ragione alla luce dell'evoluzione dei Trattati (in particolare, come noto di quello di Lisbona), che a cascata determina effetti, evidentemente, pure all'interno dei singoli sistemi partitici nazionali; c) Il ciclico – ma costante – auspicio da parte della politica e delle sue maggiori personalità nel voler proporre una disciplina ed una regolamentazione di tipo pubblicistico al fenomeno partitico; scelta che non di rado ha portato, e porta, a formulare disegni e progetti di legge pure di grande qualità o, del pari, a chiedere, anche da parte delle stesse delle istituzioni, studi approfonditi sul tema a grandi studiosi, tali da illuminare gli stessi decisori pubblici nel momento in cui sembrerebbero aver intenzione i partiti politici di darsi delle regole.

23. Ingravallo, 2012, 209 ss.; Porchia, 2014, 795 ss.; Staiano, 2012.

24. Grasso, 2017.

4. In tema di partiti politici va ricordato che nel 2014 è stato approvato un apposito regolamento che è entrato in vigore il 24 novembre 2014 ed è applicabile dal 1° gennaio 2017.

Tale regolamento si occupa di definire uno specifico quadro legale, finanziario e regolamentare per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee.

Viene prevista una personalità giuridica europea e incrementando la flessibilità dei finanziamenti. L'acquisizione della personalità giuridica europea potrà sostituire o affiancare quella dello Stato membro in cui il partito o la fondazione hanno sede e grazie ad essa questi otterranno riconoscimento giuridico e capacità giuridica in ciascuno degli Stati membri dell'Unione europea. Tale acquisizione avverrà tramite decisione dell'"Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee" che procederà alla loro registrazione, in un apposito "registro dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee" da questa istituito e gestito. La cancellazione dal registro comporterà l'estinzione della personalità giuridica europea

I punti fondamentali[25] di tale regolamento possono costituire la cartina di tornasole per una disciplina dei partiti giuridici anche nell'ordinamento interno.

Tra le diverse previsioni appare determinazione la creazione di un'autorità che registra e controlla i partiti politici europei e le relative fondazioni ivi compresa la possibilità di questa di imporre sanzioni.

Viene prevista la possibilità di attingere alle relative informazioni online.

25. I Punti chiave del regolamento (fonte PARTITI POLITICI – Note sull'A.S. n. 2439 "Disposizioni in materia di partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica" marzo 2017 n. 468) sono i seguenti: – Il nuovo regolamento crea un'autorità che registra e controlla i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee e che ha il potere di imporre sanzioni. Le informazioni sono contenute in un registro online disponibile al pubblico; – Per farsi registrare presso le autorità, ogni partito politico europeo deve soddisfare determinate condizioni, come ad esempio possedere un seggio in un paese dell'UE ed essere rappresentato in almeno un quarto dei paesi dell'UE; – I partiti politici europei con almeno un deputato al Parlamento europeo possono richiedere il finanziamento UE; – Il 15 % del finanziamento UE annuale viene suddiviso equamente tra i partiti idonei. Il restante 85 % viene distribuito in base al numero di eurodeputati. Per le fondazioni politiche, che possono vedere rimborsato l'85 % delle proprie spese, viene adottato il medesimo sistema; – Le donazioni singole che i partiti e le fondazioni possono accettare ogni anno sono soggette a limitazioni rigorose. Le donazioni non possono superare i 18 000 euro e tutte quelle che eccedono i 12 000 euro devono essere immediatamente segnalate alle autorità. Non è necessario pubblicare i nomi dei donatori che effettuano donazioni inferiori ai 1 500 euro. Non è consentito accettare donazioni anonime; – I partiti possono utilizzare il finanziamento UE per finanziare le campagne elettorali per il Parlamento europeo; – In caso di violazione di tali regole, è possibile sanzionare i partiti oppure rimuoverli dal registro; – Il sito web del Parlamento europeo conterrà tutti i dati riguardanti il finanziamento di partiti politici e fondazioni da parte dell'UE.

5. Il disegno di legge in esame nasce dalla spinta storica e dottrinaria all'introduzione di meccanismi volti a sollecitare trasparenza organizzativa e finanziaria nonché accesso partecipativo[26].

L'art. 1 (intitolato – *Finalità)* stabilisce i presupposti sui quali la disciplina si intende costruire l'intero impianto normativo: trasparenza dei partiti; loro democraticità interna[27]; ampliamento della partecipazione dei cittadini alla vita politica.

La stessa assume come destinataria i «partiti, movimenti e gruppi politici organizzati» ampliando i soggetti sinora presi in considerazione da precedenti provvedimenti legislativi.

L'art. 2 (intitolato – *Norme in materia di partecipazione politica)* al primo comma replica il modo di condursi dei partiti nell'agone politico, secondo il principio del pluralismo politico che il Costituente intese quale valore primario da tutelare. Il secondo comma invece prevede che "organizzazione e funzionamento" dei partiti siano "improntati" a "trasparenza e metodo democratico". Ed "è diritto di tutti gli iscritti partecipare, senza discriminazioni, alla determinazione delle scelte politiche che impegnano il partito". Per questo riguardo dunque – la determinazione delle scelte politiche – è sancito un diritto individuale degli iscritti.

Conseguentemente, il comma 3, lettera *a)* prescrive (mediante novella all'articolo 3 del decreto–legge n. 149 del 2013) che lo statuto del partito politico indichi "le forme e le modalità di iscrizione" (giacché sono gli iscritti i titolari del diritto di concorrere alle scelte politiche del partito) nonché le modalità di partecipazione

26. Lungo quest'ultima falsariga muove il disegno di legge A.S. n. 2439, recante "Disposizioni in materia di partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica". Esso giunge all'esame del Senato dopo l'approvazione da parte della Camera dei deputati l'8 giugno 2016. Questo disegno di legge si pone quale 'seguito' di alcuni provvedimenti intervenuti negli anni recenti. Sono: la legge n. 96 del 2012, di riduzione del finanziamento statale dei partiti nonché sulla trasparenza e i controlli dei loro rendiconti; il decreto–legge n. 149 del 2013 (come convertito dalla legge n. 13 del 2014) che ha in ampia misura riscritto la legge dell'anno precedente, prevedendo la progressiva abolizione, anziché solo riduzione, del finanziamento statale diretto ai partiti (talché destinato ad essere lo strumento finanziario 'diretto' principale è il solo contributo delle Camere ai Gruppi parlamentari: 31,7 milioni sul bilancio interno della Camera nel 2016; 21,3 milioni in Senato), e recante previsioni per la trasparenza e democraticità interna. Insieme, si prefigge di dotare di un più definito presidio 'sanzionatorio' la citata normativa introdotta nel 2012–14 (fonte PARTITI POLITICI – Note sull'A.S. n. 2439 "Disposizioni in materia di partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica" marzo 2017 n. 468). Rispetto a tali atti legislativi – i quali hanno posto, ancorché riferita alla percezione del 'due per mille' o dei contributi fiscalmente agevolati, la base normativa per una 'specialità' del partito rispetto alla generale realtà associazionistica (mercé le previsioni introdotte circa lo statuto dei partiti, la loro registrazione) – il disegno di legge A.S. n. 2439 pone alcune novelle in materia di trasparenza e democraticità interna; sempre in tema di riflessioni sui progetti di attuazione dell'art. 49 Cost.

27. Rossi, 2011.

"alle fasi di formazione della proposta politica del partito" – inclusa la selezione dei candidati alle elezioni.

Così come prevede la necessaria indicazione statutaria dei diritti e doveri degli iscritti (e relativi organi di garanzia).

Inoltre prescrive che lo statuto del partito regoli l'istituzione di una anagrafe degli iscritti ed il suo accesso. Essa dev'essere consultabile da ogni iscritto (nel rispetto della protezione dei dati personali).

Il comma 5 pone previsioni circa la denominazione e il simbolo.

Esso stabilisce che la denominazione e il simbolo usati dai "soggetti politici organizzati" (*espressione che si direbbe compendiare quella di "partiti, movimenti e gruppi politici organizzati" ricorrente altrove* nel medesimo articolo del disegno di legge) siano regolati dall'articolo 7 del codice civile (il quale, con il titolo "Tutela del diritto al nome", recita: "1. La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni. 2. L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali").

L'art. 3 (intitolato – *Norme di trasparenza in materia di partecipazione alle elezioni della Camera dei deputati*) introduce alcune novità in merito alla possibilità di ricusazione delle liste per mancato deposito dello Statuto (o dichiarazione sostitutiva di trasparenza) e del programma elettorale.

L'art. 4 (intitolato – *Elezioni trasparenti*) prescrive che lo statuto o la dichiarazione sostitutiva di trasparenza siano pubblicati sul sito internet del Ministero dell'interno, in maniera "facilmente accessibile" ed in un'apposita sezione denominata "Elezioni trasparenti".

L'art. 5 (intitolato *Trasparenza degli organi, delle regole interne e delle modalità di selezione delle candidature*) prescrive, riguardo ad alcuni elementi, la pubblicazione sul sito internet del singolo partito, entro un'apposita sezione denominata "Trasparenza".

L'articolo differenzia l'oggetto della pubblicazione sul sito del partito, a seconda che il partito sia iscritto nel registro dei partiti o meno.

In caso di partito iscritto nel registro (comma 1): devono essere pubblicati sul suo sito lo statuto (dopo il controllo di conformità da parte della Commissione di garanzia degli statuti); il rendiconto di esercizio (corredato della relazione sulla gestione e della nota integrativa); la relazione del revisore (o della società di revisione, ove prevista); il verbale di approvazione del rendiconto di esercizio da parte del competente organo del partito politico; l'elenco dei beni immobili e beni mobili registrati e degli strumenti finanziari, di cui il partito sia intestatario; le erogazioni sopra i 5.000 euro percepite.

In caso di partito non iscritto nel registro dei partiti (comma 2): devono essere pubblicati sul suo sito i medesimi elementi sopra ricordati (stante la dicitura: "fermo restando quanto previsto dal comma 1") *ed in più alcuni altri*. Sono:

– le procedure richieste per l'approvazione degli atti che impegnano il partito;

– il numero, la composizione e le attribuzioni degli organi deliberativi, esecutivi e di controllo (incluse le modalità della loro elezione e la durata dei relativi incarichi);

– le modalità di selezione delle candidature;

– l'organo comunque investito della rappresentanza legale;

– l'indicazione del soggetto titolare del simbolo (e se il soggetto sia diverso dal partito, sono pubblicati anche i documenti che abilitano il partito ad utilizzare il simbolo).

L'art. 6 (intitolato – *Trasparenza dei finanziamenti, contributi, beni o servizi*) si occupa delle risorse del partito: finanziamenti, contributi, beni o servizi.

Per esse sono posti specifici obblighi di dichiarazione nonché obblighi di pubblicazione nel sito dei partiti (nella sopra ricordata sezione denominata "Trasparenza").

L'art. 7 (intitolato – *Promozione dello svolgimento delle attività politiche in favore dei partiti iscritti nel registro*) disciplina alcune forme di promozione da parte degli enti territoriali di attività politiche di partiti (solo se iscritti nel registro).

Gli enti territoriali possono prestare una duplice forma di promozione. Ossia:

– la fornitura di beni e servizi, previa disciplina della materia con apposito regolamento, ed anche attraverso convenzioni con istituzioni pubbliche e private;

– la messa a disposizione di locali per lo svolgimento di riunioni, assemblee, convegni o altre iniziative finalizzate allo svolgimento dell'attività politica, previa stipulazione con i partiti di apposite convenzioni (con spese di manutenzione e di funzionamento dei locali, a carico dei partiti, per il tempo per il quale essi se ne avvalgano, secondo tariffari definiti dalle amministrazioni locali).

L'art. 8 (intitolato – *Modifiche all'articolo 9 della legge 6 luglio 2012, n. 96, in materia di revisione dei bilanci*) circoscrive l'ambito soggettivo di applicazione del vigente obbligo di avvalersi di una società di revisione iscritta nell'albo, la quale esprime (con apposita relazione) un giudizio sul rendiconto di esercizio dei partiti, secondo quanto previsto dalla normativa a fini di trasparenza.

L'art. 9 (intitolato – *Sanzioni in materia di trasparenza dei bilanci)* pone alcune sanzioni amministrative pecuniarie, aggiuntive rispetto alle 'sanzioni' già poste dal decreto–legge n. 149 del 2013.

In ultimo l'art. 11 dispone con una norma transitoria un termine di diciotto mesi per consentire ai partiti di adeguare il proprio statuto alle prescrizioni contenute nel disegno di legge.

6. L'impianto del disegno di legge appare in linea con quelle che erano le sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalle esperienze più recenti che sollecitavano l'introduzione di meccanismi volti a sollecitare trasparenza organizzativa e finanziaria.

In primo luogo il disegno legge sui partiti politici appare corretto nell'individuare all'art. 1 la «*mission*» e cioè promuovere la trasparenza, la democraticità interna[28] e l'ampliamento della partecipazione dei cittadini alla vita politica.

Inoltre all'art. 2 sulla base dell'art. 49 della Costituzione stabilisce che tutti i cittadini hanno diritto ad associarsi liberamente in partiti per concorrere con strutture e metodi democratici, a determinare la politica nazionale.

Va rilevato però che andrebbe meglio definita la misura della giustiziabilità della lesione dei diritti degli iscritti o anche il grado di 'pervasività' di un conseguente sindacato giurisdizionale.

Un tema centrale al quale nel testo potrebbe darsi un maggior peso potrebbe inoltre essere quello culturale e cioè prevedere che i partiti:

a) organizzano la partecipazione dei cittadini alla formazione degli orientamenti e degli indirizzi sulle questioni di interesse collettivo che verranno sostenute dai loro rappresentanti nelle sedi locali, regionali[29], nazionali ed europee;

b) formano i cittadini alla trattazione delle questioni di interesse collettivo e alla assunzione di responsabilità pubbliche.

La cultura e lo sviluppo delle competenze sono fondamentali per l'effettività della democrazia. Una partecipazione priva delle necessarie competenze, infatti, rischia di essere un mero simulacro.

Il disegno di legge inoltre si occupa del finanziamento dei partiti[30]. Lo stes-

28. Sempre più si è fatta strada la necessità di mantenere "un metodo democratico" anche internamente, cioè non più soltanto esternamente nel rispetto della democrazia procedurale con l'astensione da ogni forma di azione violenta nei confronti dell'ordinamento e degli avversari politici. D'altronde, l'elemento di democrazia esterna, secondo la teoria dell'integrazione di matrice tedesca (supervisionata dall'uso eventuale dei provvedimenti *ad hoc* predisposti nel corso dei decenni nell'insieme normativo derivante dalla Legge c.d. Scelba, legge n. 645 del 1952, e poi da quella c.d. Mancino, legge n. 205 del 1993), viene ad essere sempre più garantito anche dal livello sopranazionale di operatività del nostro ordinamento. Basti pensare alle Corti che a tali infrastrutture ordinamentali fanno da presidio e quindi al ruolo svolto in tal senso dalla Corte di Strasburgo riguardo al caso del partito turco Refah Partisi o al caso spagnolo del partito basco Herri Batasuna. Per converso con maggior forza negli ultimi anni, in una fase di profonda ristrutturazione del sistema partitico–politico successiva ai referendum del 1991–1993 e alle vicende della c.d. tangentopoli, è proprio il metodo democratico inteso come le garanzie riguardanti la democraticità interna dei partiti stessi (*Nota su una legge sui partiti in attuazione dell'art. 49 della Costituzione* – curata dal Prof. Giuliano Amato. L'Isle ha raccolto e ordinato il materiale rilevante, mentre per l'estensione del testo ci si è avvalsi della collaborazione del Prof. Francesco Clementi dell'Università degli Studi di Perugia).

29. Bifulco, 2009, 239 ss.

30. Mezzetti, 2009, 111 ss.

so dovrebbe meglio prevedere le procedure atte ad assicurare la trasparenza ed il pubblico controllo del loro stato patrimoniale e delle loro fonti di finanziamento.

Allo stesso modo dettare disposizioni dirette a garantire la partecipazione degli iscritti a tutte le fasi di formazione della volontà politica dei partiti, compresa la designazione dei candidati alle elezioni, il rispetto delle norme statutarie, la tutela delle minoranze.

Non secondaria è anche la questione della registrazione dei partiti e degli effetti che ne conseguono.

Dalla registrazione dei partiti conseguono diverse garanzie «sull'effettività delle previsioni normative basti pensare all'obbligo di depositare uno statuto, indicando i legali rappresentati e l'organigramma, a quello di una trasparenza dei finanziamenti e dei fondi ricevuti sia pubblici che privati, a quello di indicare una sede specificatamente definita» (Amato–Clementi).

L'esperienza comparata inoltre evidenzia come le modalità di registrazione siano differenti e prevedono un registro depositato presso lo stesso Parlamento, in altri casi presso il Ministero dell'Interno o presso le Corti di secondo grado.

L'ultima sembrerebbe la soluzione da preferire in quanto meno esposta ai rischi di ingerenza della politica.

La registrazione del partito consentirebbe anche la previsione delle disposizioni sulla cessazione e sulla destinazione dei beni mobili ed immobili oltre a consentire un maggior grado di tutela del singolo associato iscritto al partito.

Come è stato osservato però negli statuti andrebbe prevista «la possibilità di adire il giudice anche in relazione alla lesione di diritti inviolabili, non "coperti" dalla tutela endoassociativa previsti dagli artt. 49 e 51 della Costituzione» (Amato–Clementi).

Infine un ultimo aspetto che si ritiene fondamentale sottolineare è quello di aver previsto la pubblicazione online in una apposita sezione *Trasparenza*. In tale sezione dovrebbero essere pubblicati tutta la documentazione del partito: dallo statuto, ai bilanci, alle relative deliberazioni, ai compensi per le collaborazioni etc. In tal modo si porterebbe a compimento il processo di avveramento della trasparenza così come declinato a livello costituzionale.

Nel disegno di legge esaminato, invece, non c'è alcun riferimento alle primarie. È vero che non è un argomento che attiene più alla legislazione elettorale che alla disciplina del partito. Si tratta però di uno strumento che può essere istituzionalizzato. Ma servono regole precise e tempistiche certe.

7. Come novelli Colombo navighiamo in alto mare con pochi punti di riferimento che ci dovrebbero aiutare a non perdere definitivamente la rotta. Questi fari nella notte sono i principi costituzionali, i porti sicuri le istituzioni che possono

contribuire a modellare i partiti e ad indirizzarne le forme. Ma i partiti o le diverse forme verso le quali si aggrega oggi la raccolta del consenso si impiantano sulle fratture (*clevages*) che attraversano una determinata società. Un tempo i contrasti, che hanno inciso anche sulle diverse identità dei partiti[31], portarono alla differenziazione fra partiti cattolici e partiti laici, fra partiti legati al movimento operaio o ai ceti borghesi, fra partiti legati a politiche nazionali o ad interessi territoriali. Oggi diverse sono le fratture e le ferite che contraddistinguono la nostra società e queste hanno determinato il superamento delle categorie conosciute rendendole non più attuali.

Il vuoto più ampio appare quello creatosi tra politica e democrazia popolare.

Si tratta di una frattura pericolosa perché non trovando una composizione potrebbe implodere.

Una prima conseguenza è quella dell'«indifferenza con la quale una parte dei cittadini guarda al mondo della politica nel suo insieme»[32]. Questa indifferenza è pericolosa e porta a ridefinire la forma o le forme della democrazia che si polarizza.

In questo processo di polarizzazione da un lato troviamo la democrazia costituzionale che enfatizza la necessità di pesi e contrappesi tra le istituzioni e che prevede il governo *per* il popolo con l'intermediazione dei partiti.

In contrapposizione «la componete popolare della democrazia che enfatizza il ruolo dei cittadini e la partecipazione popolare e che implica il governo *da parte* del popolo»[33].

Si pone quindi il problema di definire la possibilità o meno di concepire una democrazia *senza* partiti.

Un dato è evidente, come si è anticipato, i partiti tradizionali non esistono più e quelli esistenti sono spesso al di fuori del perimetro tracciato dalla Costituzione attraverso gli artt. 49 e 18.

I partiti non sono più in grado di coinvolgere i cittadini che sono sempre meno disposti ad identificarsi ed impegnarsi nelle loro attività.

Certo sono ancora delle piattaforme idonee per fornire al *leader* di turno un trampolino di lancio per raggiungere altri uffici o posizioni. I partiti però stan-

31. La vicenda del Refah Partisi acquista un valore emblematico dal punto di vista del rapporto tra religione e politica nella società contemporanea, perché mette in risalto i limiti della laicità "moderna" a contatto con una società orientata al senso di appartenenza alla religione islamica. Unproblema che in qualche modo si ripropone oggi all'interno dei contesti socio–politici dei paesi europei che assistono da alcuni anni alla formazione di partiti islamici, i quali si manifestano come partiti a forte caratterizzazione identitaria, sul puto si rinvia alle riflessioni di Stefanì, 2017.

32. Mair, 2016, l'A. evidenzia come non solo l'ostilità ma anche l'indifferenza produca fratture difficilmente colmabili in quanto la politica ed i politici vengono considerati inutili.

33. Ibidem.

no crollando perché non sono più il luogo del confronto e dell'elaborazione del progetto di società ma nella migliore delle ipotesi cartelli elettorali utilizzati per accedere alle cariche pubbliche attraverso scelte poco trasparenti e sempre meno inclusive.

Si è affermato che «il tempo della democrazia dei partiti è oramai passato»[34].

Ma cosa c'è *oltre* i partiti?

Festeggiati i settant'anni, la nostra Costituzione mette alla prova la sua capacità di essere argine a nuovi populismi ed oligarchie. La democrazia è complicata ed al tempo stesso molto fragile[35].

La storia costituzionale insegna che i partiti «creano l'ordine dal caos di una moltitudine di elettori».

Ma i partiti al tempo stesso non possono essere più quelli attuali devono attingere alle forze vive della società civile[36] e devono accettare di procedere attraverso una riforma seria ed a tratti già delineata a scrivere le regole del gioco democratico.

Solo attraverso questo processo virtuoso ed oseremmo dire indispensabile in questa notte buia sarà possibile intravedere le prime luci dell'alba.

34. Mair, 2016, l'A. evidenzia che sebbene i partiti continuino ad essere attori della vita democratica, sono oramai così disconnessi dalla società, e perseguono una forma di competizione così insignificante, che non sembrano più capaci di portare avanti il progetto democratico nella sua forma attuale; si v. anche l'analisi critica di Ignazi, 2012.

35. Ainis, 2018; Baldassarre, 2002.

36. Ruggeri, 2017, anche secondo l'A. i partiti possono vincere la scommessa che hanno fatto con se stessi, sopravvivere e trasmettersi integri (anzi, rigenerati) alle future esperienze dello Stato costituzionale unicamente a condizione che trovino in sé la forza e le risorse indispensabili per mettere da canto senza rimpianto alcuni metodi e pratiche di fare politica vetusti e invero radicati ma ormai non più riproponibili, aprendosi alla società e, grazie al sussidio che questa potrà loro offrire, dando vita a modi di fare politica idonei a dare appagamento a bisogni che altrimenti ricercheranno vie e sedi alternative e improprie al fine di potersi fare in qualche modo valere.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ainis M. (2018). Questa non è democrazia, *La Repubblica*, 18 marzo 2018

Azzariti G. (2009). Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Atti del XXIII Convegno annuale Alessandria, 17–18 ottobre 2008, Napoli: Jovene Editore, p. 177 ss.

Baldassarre A. (2002). *Globalizzazione contro democrazia*, Bari: Editori Laterza

Barbera A. (2009), Relazione di sintesi, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Atti del XXIII Convegno annuale Alessandria, 17–18 ottobre 2008, Napoli: Jovene Editore, p. 343 ss.

Bartole S. (1995). Partiti Politici, *Digesto Disciplinare Pubblicistiche*, X, Torino: Utet, p. 705 ss.

Bartole S. (2000). Partiti Politici, *Digesto Disciplinare Pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino: Utet., p. 398 ss.

Bifulco R. (2009). Partiti politici e autonomie territoriali, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Atti del XXIII Convegno annuale Alessandria, 17–18 ottobre 2008, Napoli: Jovene Editore, p. 239 ss.

Caravita B., Sistema dei partiti e riforme istituzionali, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015

Clementi F. (2015), Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015

Elia L. (1970). Forme di Governo*, Enc. dir.,* XIX, Milano: Giuffrè Editore, p. 638 ss.

Esposito C. (1954). I partiti nella Costituzione italiana*,* in Id., *La Costituzione italiana. Saggi,* Padova: Cedam

Frosini T.E. (2013), È giunta l'ora di una legge sui partiti? in *Dirittoestoria.it,* n. 2/2013

Grasso G. (2017). Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale, in *Nomos*, n. 1 del 2017

Gregorio M. (2013). *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra otto e novecento*, Milano: Giuffrè Editore

Ignazi P. (2012). *Forza senza legittimità*, Bari: Editori Laterza

Ingravallo I. (2012), I partiti politici a livello europeo: analisi e prospettive, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Bari: Cacucci, p. 209 ss.

Logroscino P. (2009), Accordo tra potenze straniere e scelte democratiche nella decisione costituente dell'Italia repubblicana, in *federalismi.it*, 28 gennaio 2009

Luciani M. (2013). Sul partito politico, oggi*,* in *Democrazia e diritto,* n. 3

Mair P. (2016). *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Cosenza: Rubbettino Editore

Merlini S. (2009). I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*,* in AA. VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Napoli, p. 51 ss.

Mezzetti L. (2009). Finanziamento e condizionamenti del partito politico, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Atti del XXIII Convegno annuale Alessandria, 17–18 ottobre 2008, Napoli: Jovene Editore, p. 111 ss.

Pinelli C. (2006). Il dibattito sui partiti: disciplina e qualità della democrazia, in *Quaderni costituzionali*, p. 770 ss.

Pizzetti F. (2009). Partiti politici e nuove tecnologia, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costi-*

tuzione, Atti del XXIII Convegno annuale Alessandria, 17–18 ottobre 2008, Napoli: Jovene Editore, p. 277 ss.

Poggi A. (2014). È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti? in *federalismi.it,* n. 24/2014.

Poggi A. (2015). La democrazia nei partiti. in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

Porchia O. (2014). Partiti politici europei, *Enc. dir., Annali,* VIII, Milano: Giuffrè Editore, 795 ss.

Predieri A. (1950). I partiti politici. in Calamandrei P., Levi A., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, p. 171 ss.

Ridola P. (1982). Partiti politici. *Enc. dir.,* XXXII, Milano: Giuffrè Editore, p. 66 ss.

Ridola P. (1990). Art. 49, in Crisafulli V., Paladin L., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova

Ridola P. (2009). L'evoluzione storico–costituzionale del partito politico, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione,* Atti del XXIII Convegno annuale Alessandria, 17–18 ottobre 2008, Napoli: Jovine Editore, p. 7 ss.

Rizzoni G. (2006). Art. 49, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., *Commentario alla Costituzione,* Torino: Utet, p. 981 ss.

Rossi E. (2010). Per una disciplina legislativa dei partiti, in *Dialogo*, p. 48 ss.

Rossi E. (2011), La democrazia interna nei partiti politici, in *Rivista Aic,* n. 1/2011

Ruggeri A. (2017). I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici, in *federalismi.it*, 22 novembre 2017

Scuto F. (2017). Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica, in *federalismi.it*, 2 ottobre 2017

Staiano S. (2012). I partiti europei fuori tempo, in *federalismi.it*, 25 luglio 2012

Stefanì P. (2017). I partiti religiosi (islamici) e la democrazia "laica", in *Calumet*, 30 giugno 2017

MICHELE LIBERIO

SULLA NON TASSABILITÀ DELLE PLUSVALENZE RIVENIENTI DALLA VENDITA INFRAQUINQUENNALE DI IMMOBILI ADIBITI AD ABITAZIONE PRINCIPALE ANCHE SE ACCATASTATI AD USO UFFICIO*

ABSTRACT

Il lavoro propone un'analisi critica dell'art. 67 comma 1 del D.P.R. del 22/12/1986 n. 917. Pur prevedendo la norma citata un elencazione tassativa delle varie fattispecie di plusvalenza, nell'applicazione del combinato disposto degli artt. 67 e 68 del Tuir, si riscontrano alcune anomalie che richiedono un'attività interpretativa al fine di garantire una tassazione giusta che sia più vicina alla volontà del legislatore. La norma risulta lacunosa laddove non definisce in maniera puntuale cosa si intende per unità abitativa e quando questa può essere considerata abitazione principale. Si mette in risalto come l'assunto interpretativo dell'Amministrazione Finanziaria sia in contrasto con il dettato normativo in quanto consente l'esclusione dalla tassazione delle plusvalenze che rivengono dalla vendita infraquinquennale di immobili adibiti ad abitazione principale esclusivamente a quelli che hanno una certa categoria catastale.

Il lavoro evidenzia come nel nostro ordinamento manchi un concetto fiscale univoco di abitazione principale e che per poter stabilire l'esclusione delle suddette plusvalenze da tassazione è opportuno fare riferimento all'effettivo utilizzo dell'immobile rispetto al suo classamento.

The essay proposes a critical analysis of the art. 67 paragraph 1 of the D.P.R. of 22/12/1986 n. 917. Although providing for the aforementioned provision an exhaustive list of the various types of capital gains, in the application of the combined provisions of Articles 67 and 68 of the Tuir, there are some gaps that require an interpretive activity in order to guarantee a fair taxation that is closer to the will of the legislator. The legal rule is incomplete where it does not define precisely what is meant by housing unit and when it can be considered a main residence. It is emphasized that the interpretative assumption of the Tax Administration is in contrast with the rules laid down by legislation in that it allows the exclusion from taxation of capital gains that come from the within five – yearly sale of properties used as primary dwelling exclusively to those that have a certain cadastral category.

The essay shows that in our legal system there is no univocal fiscal concept of principal residence and that to be able to establish the exclusion of the above capital gains from taxation it is appropriate to refer to the effective use of the property instead of to its classification.

PAROLE CHIAVE

Plusvalenze immobiliare / Irpef / esenzioni e agevolazioni

Real estate surplus / Income Tax / Exemptions and tax breaks

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Plusvalenza art. 67 lett. B). Profili normativi. – 3. Concetto fiscale di abitazione principale. – 4. Osservazioni conclusive.

1. La Commissione Tributaria Regionale di Bari sez. 8 con la sentenza del 20/05/2016 n. 2009/2016, in riforma della precedente pronuncia della Commissione Provinciale di Bari n. 1285/08/14 depositata il 21.05.2014, di cui all'art. 67 comma 1 del D.P.R. del 22/12/1986 n. 917, esclude dal regime delle plusvalenze la vendita infraquinquennale di immobili adibiti ad abitazione principale senza far alcun riferimento alla categoria catastale. La sentenza della CTR di Bari citata, pur confermando che la categoria catastale distingue le unità immobiliari a seconda delle loro condizioni "estrinseche ed intrinseche" che ne determinano la destinazione ordinaria, sottolinea che l'assegnazione di un immobile ad una categoria non può assumere rilevanza probatoria assoluta del corrispondente utilizzo in mancanza di una previsione legislativa in tal senso. Il principio espresso, non nuovo, era stato enunciato già in passato dalla Cassazione che si era espressa in tal senso ai fini della verifica dell'esistenza del carattere non di lusso di un fabbricato, ai fini delle agevolazioni "prima casa" previste per l'imposta di registro[1]. Pertanto, anche se l'immobile è accatastato ad uso diverso da quello abitativo (es. A/10 uffici studi privati), non è preclusa la possibilità di provare, da parte del contribuente, che l'immobile stesso sia stato effettivamente adibito ad abitazione principale.

La Commissione Regionale ha ritenuto gli elementi probatori (quali i certificati che attestavano la residenza nel comune in cui l'immobile era ubicato, oltre che copie delle fatture del servizio del gas, del servizio energia, del servizio telefonico, dei bollettini relativi al pagamento del canone rai, del pagamento della tassa rifiuti e le ricevute del pagamento delle quote condominiali), sufficienti a superare la presunzione di non utilizzo ai fini abitativi dell'immobile acquistato nel 2006 e venduto nell'anno 2007. L'assunto interpretativo dell'Agenzia delle Entrate, parimente ripreso dalla Commissione Provinciale di Bari, risulta erroneo laddove facendo riferimento alla risoluzione n. 105 del 21.5.2007 – che a sua volta richiama una precedente circolare (n. 1 del 1994) – riteneva che per usufruire del beneficio di cui all'art. suddetto, l'unità immobiliare destinata ad abitazione deve essere classificata nelle categorie A/1, A/2, A/3, A/4, A/5, A/6, A/7, A/8, A/9, A/11. Pertanto per gli immobili accatastati A/10 (uso ufficio), in caso di vendita infraquinquennale, non sussistono i presupposti per l'esclusione dell'imposizione

1. Cass. Sez. 6–5, 21/10/2014 n. 22310; Cass. Sez. tributaria, 05/12/2012 n. 21791 in *Giust. Civ. mass.* 2012, 12, 1378.

fiscale prevista per legge (anche se adibiti come abitazione). La circolare citata collide con la normativa vigente.

2. L'art. 67 del Tuir raccoglie al suo interno un elenco tassativamente previsto dal legislatore, di tutti i redditi che vengono tassati come redditi diversi. Trattasi di una serie di fattispecie che certamente non sono omogenee tra loro, la cui caratteristica principale è di non poter essere "aggregate per difetto di uno o più dei presupposti specifici, ad un'altra categoria di reddito"[2]. In precedenza, l'art. 80 del D.P.R. n. 597/73 faceva rientrare fra i redditi diversi "ogni altro reddito non contemplato espressamente", mentre l'art. 76 assumeva l'intento speculativo come elemento caratterizzante dei singoli redditi da assoggettare ad imposta[3], elemento che doveva essere provato[4]. Con l'introduzione dell'art. 67 nel Tuir resta definitivamente superata la nozione di intento speculativo, quale criterio residuale di identificazione di ulteriori categorie di redditi, introducendo una presunzione assoluta di speculatività sulla base dell'*id quod plerumque accidit*[5].

L'art. 67 del Tuir definisce i redditi diversi attraverso una definizione in "negativo" e cioè stabilendo che non possono essere qualificati tali i redditi che costituiscono redditi di capitale, se sono conseguiti nell'esercizio di arti e professioni o di imprese commerciali o da Snc e Sas, né in relazione alla qualità di lavoro dipendente. Pertanto saranno soggetti passivi dell'imposta le persone fisiche residenti (sempre che non si tratti di redditi di impresa, arti o professioni o in qualità di lavoro dipendente) le società semplici e i soggetti ad esse equiparate e gli enti non commerciali ex art. 73, co.1, lett. c). Per i soggetti non residenti i redditi diversi sono assoggettati se derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato.

Per quel che concerne in particolare le plusvalenze immobiliari[6] costituiscono redditi diversi le plusvalenze originate da cessione a titolo oneroso di immobili (acquistati o costruiti da non più di cinque anni), terreni (se sono state eseguite opere di lottizzazione o sono edificabili), aree fabbricabili ed esproprio o occupazione di aree fabbricabili. Si presume in via assoluta, senza possibilità di prova contraria, l'intento speculativo quando fra l'acquisto e la vendita degli immobili non destinati ad utilizzazione personale da parte dell'acquirente o dei sui familiari

2. Falsitta, 2008, 219.

3. DPR 29/09/1973 n.597, art.76 "Le plusvalenze conseguite mediante operazioni poste in essere con fini speculativi e non rientranti fra i redditi d'impresa concorrono alla formazione del reddito complessivo per il periodo d'imposta di cui le operazioni si sono concluse".

4. Comm. Trib. Centr., Sez. XIV 09/02/1989 n. 1069; Comm. Trib.. Centr. Sez. XX del 02/02/1985 n– 34.

5. Falsitta, 2010, 337 ss.

6. Art. 67, co 1, lett. a) e b) Tuir.

sia trascorso un periodo di tempo inferiore a cinque anni. Gli elementi che danno vita alla presunzione sono la non destinazione all'uso personale dell'acquirente e dei suoi familiari e il mancato superamento di un certo periodo di tempo tra acquisto e vendita (cinque anni)[7].

La Corte Costituzionale[8], nel ritenere infondata la questione di illegittimità costituzionale della presunzione (con riferimento agli artt. 3 e 53 della Cost.), ha decretato la rigidità del sistema in quanto le presunzioni assolute non garantiscono al contribuente l'esercizio del diritto di difesa, soprattutto quando la previsione normativa non può essere esaustiva ed indentificare tutti i casi in cui manchi un intento speculativo, ottemperando al principio di uguaglianza, per cui a situazioni uguali devono corrispondere uguali regimi impositivi e a situazioni diverse un trattamento diverso. Infatti, nel caso trattato dalla Commissione Tributaria, oggetto di disamina, è emerso che i coniugi avevano proceduto alla vendita infraquinquennale del proprio immobile adibito ad abitazione principale in quanto il marito (operaio) aveva lasciato l'abitazione familiare a causa delle plurime denunce alle autorità locali da parte della moglie (disoccupata), che lamentava atteggiamenti violenti dello stesso, e dovendo trovare un ulteriore alloggio dove fissare la propria dimora, non era più in grado di pagare il mutuo acceso per l'acquisto del suddetto immobile. La vendita era avvenuta, di comune accordo, prima che il Presidente del Tribunale emettesse ordinanza contenente i provvedimenti temporanei e urgenti in sede di separazione giudiziaria. È evidente che nel caso di specie non vi sia alcuno intento speculativo, bensì uno stato di necessità che però diviene irrilevante, in quanto non viene ammessa prova contraria, trattandosi di presunzione assoluta di origine normativa[9].

Il combinato disposto degli artt. 67 e 68 del Tuir, stabiliscono due principi fondamentali: la nozione di realizzo e il principio di cassa. Pertanto è assoggettabile ad imposta solo la plusvalenza effettivamente realizzata ed è rilevante, ai fini dell'imputazione, il periodo d'imposta in cui la plusvalenza è effettivamente percepita. Da ciò consegue che, nel caso in cui il pagamento sia dilazionato, deve

7. Cass. Civ. sez. Trib. 21/03/2008 n. 7795 in *Giustizia Civile Massimario*, 2008, 458; Cass. Civ. sez. I 13/05/1998 n. 4805 in Riv. Giur. Edilizia 1998, I,1489

8. C. Cost. 1991 n.131, *Rivista di Diritto Tributario*, 1992, 341; C. Cost. 1999 n. 346 in *Fisco (Il)* 2000, 63 ss.

9. Iorio, Le presunzioni nell'accertamento tributario: studi di settore e antieconomicità delle scelte imprenditoriali, 2013, 4 ss. in Atti del Seminario di aggiornamento professionale per i magistrati delle Commissioni Tributarie regione Umbria e delle Commissioni Tributarie provinciali di Arezzo e Rieti, Università degli Studi di Perugia, 2013. L'autore segnala due sentenze della Corte di Cassazione ove le presunzioni assolute vengono superate attraverso una diversa valutazione dei fatti che costituivano le presunzioni legali. Cass. Civ. sez. Trib. 17/11/2010 n. 23249 e n. 23250.

essere assoggettata ad imposta la quota della plusvalenza realizzata proporzionalmente riferibile ai corrispettivi percepiti. Diverse sono state le perplessità in sede dottrinaria in ordine alla risoluzione del contrasto che si viene a determinare nell'applicazione dei suddetti articoli, in cui nel primo caso viene data priorità, al fine della determinazione dell'imposta, al manifestarsi dell'effetto traslativo, nel secondo al momento di percezione del corrispettivo. Tale imperfezione normativa emerge soprattutto quando l'effetto monetario anticipi l'effetto traslativo[10].

La plusvalenza si determina dalla differenza tra i corrispettivi effettivamente percepiti nel periodo di imposta e il prezzo di acquisto o il costo di costruzione. Per quel che concerne il costo del fabbricato, si deve tener conto del prezzo pagato al momento dell'acquisto aumentato di tutte le spese inerenti quali oneri fiscali, spese notarili, spese di intermediazione immobiliari e manutenzioni straordinarie. In ordine al prezzo di cessione, senza voler essere esaustivi, si rileva che la giurisprudenza riconosce al valore venale del bene immobile utilizzato ai fini dell'imposta di registro, valenza probatoria presuntiva del maggior ammontare, rispetto a quanto dichiarato ai fini dell'imposta sui redditi. Se pur trattasi di orientamento consolidato, non mancato diverse critiche in ambito dottrinario che disapprovano tale automaticità che consente all'ufficio finanziario di poter attuare recuperi impositivi in capo al cedente[11]. La norma prevede che l'imponibilità delle plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di immobili è comunque esclusa se, per la maggior parte del periodo intercorso tra acquisto o la costruzione e la cessione, siano stati adibiti ad abitazione principale del cedente e dei suoi familiari[12].

3. Per meglio comprendere la questione sottesa è importante analizzare il concetto di "abitazione principale". Dalla lettura dell'art. 43 c.c. tra l'altro ripreso dall'art. 15 del TUIR, si desume che per abitazione si intende quella dove si dimora abitualmente[13]. La dimora abituale è diversa dalla residenza anagrafica e può essere provata sulla base di circostanze oggettive (utenze domestiche, indicazione di domicilio nella corrispondenza) così come emerge dalla lettura della Ris. Ag. Entrate n. 218 del 2008.

La normativa di riferimento, all'art. 67, 1° comma, lettera b) del Tuir 917/86 stabilisce che "sono redditi diversi le plusvalenze realizzate mediante la cessione a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni,

10. Sul punto Pace, 2013, 11 ss.

11. Castaldi, 2016, 279 ss.

12. Cass. Civ. Sez. trib. 10/12/2003 n. 18846 in *Giust. Civile Massimario*, 2003, 2757.

13. Plusvalenze immobiliari: aspetti notarili; Approvato dalla commissione Studi Tributari il 18 aprile 2012.

esclusi quelli acquisiti per successione e le unità immobiliari urbane che per la maggior parte del tempo intercorso tra l'acquisto o la costruzione e la cessione sono adibite ad abitazione principale del cedente e dei suoi familiari".

Per la definizione del concetto di abitazione principale, così come specificato dalla circolare 12.08.2005 n. 38, risulta essere irrilevante la classificazione catastale utilizzata ("3.1 Irrilevanza della classificazione catastale delle abitazioni trasferite; Per fruire dell'agevolazione "prima casa" è necessario che la casa di abitazione oggetto di acquisto non presenti caratteristiche di lusso secondo i criteri indicati nel D.M. 2 agosto 1969 (riportato nell'allegato n. 1). Ove ricorrono effettivamente le condizioni perché la casa si consideri "non di lusso", l'agevolazione compete, prescindendo dalla categoria catastale con cui risulta censita in catasto. In altri termini, ai fini dell'applicazione dell'agevolazione "prima casa" non rileva la classificazione catastale dell'immobile trasferito quanto, piuttosto, la natura lussuosa o meno dello stesso in base ai parametri enunciati dal D.M. 2 agosto 1969. Al riguardo la Corte di Cassazione (sentenza 26 marzo 1988, n. 2595), ha rilevato che i " ... simboli delle categorie non hanno la specifica funzione di distinguere le abitazioni di lusso dalle altre, ma soltanto di indicare una rendita catastale proporzionata al tipo di abitazione...".)". Pertanto assume rilievo l'effettivo utilizzo dell'immobile (Commissione tributaria Provinciale di Milano – Sez. 23 sentenza n. 27/23/2012 del 16 febbraio 2012).

L'assunto interpretativo dell'Agenzia delle Entrate (parimente ripreso dalla Commissione Provinciale di Bari) che si basa sulla risoluzione n. 105/E del 21.05.2007, contrasta con quanto previsto dal legislatore in materia di IMU ed Irpef. In particolare, con l'art. 13, comma 2 del Decreto Legge n. 201 del 2011 ai fini IMU, a norma del quale "per abitazione principale si intende "l'immobile, iscritto o iscrivibile al catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore ed il suo nucleo familiare dimora abitualmente e risiede anagraficamente". In questo caso il riconoscimento dell'abitazione principale è legato ad un requisito più ampio, ossia il contribuente e i suoi familiari, inseriti nel nucleo familiare, devono possedere la residenza e la dimora abituale nell'immobile. Anche l'art. 10 comma 3 bis del Tuir definisce l'abitazione principale come "quella nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, o i suoi familiari dimorano abitualmente".

Sul tema è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 136/E datata 8 aprile 2008, che ha ribadito che "sulla base delle disposizioni citate, la intassabilità delle plusvalenze derivanti dalla cessione di immobili intervenute, entro il quinquennio tra la data di acquisto e di cessione, è condizionata dunque alla specifica circostanza che l'immobile per la maggior parte di detto periodo sia stato adibito ad abitazione principale del cedente o dei suoi familiari". Tale parere chiarisce,

inoltre, che per interpretare la nozione di "abitazione principale" si devono richiamare gli artt. 10 e 15 del Tuir. In particolare l'art. 10, comma 3 bis), come osservato, definisce abitazione principale "quella nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale o i suoi familiari dimorano abitualmente"; la definizione è funzionale all'individuazione degli immobili per i quali compete la deduzione dal reddito complessivo, di un importo pari all'ammontare della rendita catastale. Inoltre, l'art. 15, comma 1, lett. b), concernente la detrazione per oneri relativa agli interessi passivi riferibili ai mutui stipulati per l'acquisto dell'abitazione principale, considera tale "quella nella quale il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente". Per quanto riguarda il concetto di familiari lo stesso va desunto dall'art. 5, ultimo comma, del TUIR, secondo cui ai fini delle imposte sui redditi si intendono, per familiari, il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado.

È evidente che la questione presenta una certa complessità accertata l'inesistenza di una definizione univoca del concetto di "abitazione principale" in ambito fiscale**.** A sostegno della decisione dei giudici di secondo grado, va evidenziato quanto emerge dallo studio n. 64 del Consiglio nazionale del Notariato che ha esaminato la disciplina degli ammortamenti delle plusvalenze e delle minusvalenze relativi agli immobili strumentali degli esercenti arti e professioni. Il suddetto studio, in coerenza con quanto affermato con la risoluzione del 2/03/2010 n. 13/E dall'Agenzia delle Entrate, chiarisce che possono essere considerati strumentali per l'esercizio dell'arte o professione gli immobili di civile abitazione, anche non classificati A/10, nonché i box e le cantine utilizzati quali archivi per le pratiche. È evidente quindi che in ambito fiscale prevale l'effettivo utilizzo dell'immobile rispetto al classamento dell'immobile.

4. Accogliendo i motivi di appello così come formulati dagli appellanti, in riforma della sentenza di primo grado impugnata, la Commissione Regionale di Bari ordinava l'annullamento degli atti impositivi condannando l'Agenzia delle Entrate di Bari al pagamento delle spese anche di primo grado in favore degli appellanti.

Certamente la sentenza trova approvazione in quanto ha correttamente interpretato il dettato normativo che, in materia di plusvalenze immobiliari, ne prevede l'esclusione dalla tassabilità qualora l'immobile oggetto di cessione sia stato adibito ad abitazione principale. La norma non fa alcun riferimento alla nomenclatura catastale essendo sufficiente per il cedente dimostrare che vi abbia di fatto dimorato con la propria famiglia, prova che era stata ampiamente fornita nel caso di specie. In caso contrario si attuerebbe un'interpretazione della norma oltre modo estensiva tanto da integrare la norma stessa, contravvenendo ai principi generali in tema di interpretazione previsti dall'art. 12 preleggi. Per di più, cosi come già

argomentato, non vi è un interpretazione univoca di abitazione principale in ambito fiscale. Di contro se la norma fosse diversamente interpretata colliderebbe con quanto disposto dall'art. 54, comma 3 del Tuir che consente al contribuente, in ambito di reddito di lavoro autonomo, di dedurre una somma pari al 50% della rendita dell'immobile utilizzato sia come abitazione sia come ufficio.

La stessa Agenzia delle Entrate ha chiarito che in ordine all'applicazione dell'art. 54 comma 3 del Tuir[14] "è irrilevante la porzione dell'unità immobiliare che il professionista decide di utilizzare per lo svolgimento dell'attività professionale, una sola stanza ovvero più della metà dell'immobile". In questo caso la norma non osta alla possibilità di avvantaggiarsi della deduzione del 50% delle spese di cui sopra in caso di uso promiscuo dell'immobile (ufficio e abitazione), evidenziando come quello che è rilevante è "l'uso" dello stesso.

La regola dell'"uso effettivo" nell'utilizzazione dell'immobile emerge anche da una recente sentenza della Cassazione penale che si occupa della rilevanza fiscale della plusvalenza in ordine ad un uso promiscuo dello stesso[15]. La Corte ritiene che la ratio della norma è "evidentemente quella di espungere dall'area della presunzione legale l'uso familiare dell'immobile ceduto nel quinquennio, ancorché non illimitatamente". Quindi la volontà del legislatore, nel caso in cui l'immobile sia stato acquistato per far fronte a necessità abitative, è quella di escludere la tassabilità dell'eventuale plusvalenza che si dovesse realizzare anche entro il quinquennio dall'acquisto. Tale *animus* però deve emergere dal compimento di atti idonei a dimostrare "la concreta realizzazione di tale volontà"[16].

La sentenza della CTR di Bari del 20/05/2016 n. 2009/2016 consente di riflettere su un altro aspetto fondamentale. Considerato che la categoria catastale distingue le unità immobiliari a seconda delle condizioni estrinseche ed intrinseche[17] che ne determinano la destinazione ordinaria, ciò non assume rilevanza probatoria assoluta non sussistendo una previsione normativa in tal senso. Trattandosi di presunzione relativa consente al contribuente di provare l'effettivo uso. Tralasciando il tema sulla natura sostanziale o processuale delle presunzioni legali relative[18], è evidente che la scelta del legislatore di stabilire una presunzione sia essa assoluta, relativa o mista, incide sul bilanciamento dei contrapposti interessi che in ambito fiscale sono rappresentati dalla tutela giurisdizionale per il contribuente ed

14. La norma stabilisce per gli immobili utilizzati promiscuamente dal professionista che la rendita catastale è deducibile nella misura del 50% a condizione che il contribuente non disponga nel medesimo comune di altro immobile adibito esclusivamente all'esercizio dell'arte e della professione.

15. Cass. Penale sez. III 09/06/2016 n. 37169.

16. Saponaro, 2017, 778; Pennarola, 2016, 857.

17. Art. 8 R.D.L. 13/04/1939, n. 652.

18. Sul tema, Franzoni, 2010, 603.

alla semplificazione della posizione dell'ente impositore in sede di accertamento. Certamente le presunzioni miste e quelle dell'"effetto" danno luogo alla massima compressione della facoltà di difesa. Il legislatore stabilendo con l'art. 67 del Tuir come unico presupposto al fine della imponibilità della plusvalenza il decorso del tempo (cinque anni), pone in essere un forte sbilanciamento tra i contrapposti interessi citati a favore dell'amministrazione finanziaria. È pur vero che tale sbilanciamento risulta attenuato laddove la norma prevede l'esclusione per le unità immobiliari urbane che siano state adibite ad abitazione principale del cedente o dei suoi familiari.

La norma risulta aver perso la sua funzione originaria coincidente con la volontà del legislatore di assoggettare ad imposta non tutti gli incrementi di ricchezza prodotti da cessioni onerose di immobili, quanto piuttosto il reddito da rivalutazione dei capitali che derivano da operazioni di investimento nella compravendita di cespiti immobiliari. Tale snaturamento ha raggiunto nel periodo della crisi economica il suo massimo apice, soprattutto quando sia persone fisiche che enti non commerciali, società semplici o enti non residenti senza stabile organizzazione in Italia, hanno dovuto cedere immobili acquistati nel breve periodo per difficoltà economiche o finanziarie anche in alcuni casi determinate da fattori esterni, quali il collasso del mercato. La norma non analizzando più l'elemento soggettivo della volontà speculativa assoggetta a tassazione indistintamente tutte le plusvalenze, utilizzando come unico parametro presuntivo il mancato trascorso del tempo pari a cinque anni dall'acquisto. Gli effetti si evidenziano in maniera marcata soprattutto nel caso di cessione di immobile acquistato dal coniuge in sede di accordi di separazione o divorzio.

Accertato che non vi è realizzo di plusvalenza nell'ipotesi di trasferimento gratuito, si pone il problema nell'ipotesi di trasferimento verso corrispettivo. Il Consiglio Nazionale del Notariato[19], nonostante il riassetto operato in seno alla disciplina dei redditi diversi con il D.P.R. n. 917/1986, suggerisce di risolvere il dubbio interpretativo attraverso una lettura sistemica "che riconosca la genesi di una plusvalenza tassabile solo sul presupposto che l'acquisto del bene immobile sia inquadrabile in un contesto negoziale che evidenzi le caratteristiche di un'operazione di investimento, in cui la produzione di reddito per l'effetto di successiva alienazione onerosa è a pieno titolo prevista o prevedibile come naturale alternativa economica conclusiva della vicenda". Che il trattamento fiscale delle plusvalenze immobiliari delle cessioni di beni acquisiti a seguito di accordi di separazione personale o divorzio non possa essere quello ordinario è avvalorato anche dai principi

19. Consiglio Nazionale del Notariato: Studio n. 45–2011/T, Plusvalenze immobiliari: lo stato dell'arte, approvato dalla Commissione Studi Tributari il 23/09/2011.

che rivengono dalla lettura dell'art. 19 legge n.74/1978, che portano a ritenere che le assegnazioni di beni connesse alla crisi del matrimonio siano qualificabili come atti fiscalmente neutri o meglio "trasparenti". Di contro, se si dovesse ritenere che tali atti diano origine a plusvalenza tassabile, si porrebbe il problema relativo alla determinazione della base imponibile, laddove l'art. 67 comma 1 lettera b) individua la base imponibile come differenza tra i corrispettivi percepiti nel periodo di imposta ed il prezzo di acquisto o costo di costruzione del bene ceduto aumentato di ogni altro costo inerente al bene. È evidente che trattandosi di atto a titolo gratuito non vi è un prezzo di acquisto o costo originariamente sostenuto dal cedente.

La norma inoltre presenta alcune lacune, in particolare non definisce in maniera puntuale cosa si intende per unità abitativa e quando questa può essere considerata abitazione principale. Tale definizione generica fa presumere che l'intento del legislatore fosse quella di far rientrare qualsiasi unità immobiliare indipendentemente dalla nomenclatura catastale, purché adibita ad abitazione principale.

Alla luce di quanto sopra considerato, si evidenzia come ai fini dell'esclusione dalla tassazione delle plusvalenze che rivengono dalla vendita infraquiquennale di immobili adibiti ad abitazione principale, debba prevalere "l'effettivo uso dello stesso" essendo irrilevante la categoria catastale assegnata.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Castaldi L. (2016). Plusvalenze immobiliari, accertamenti presuntivi e disorientamenti interpretativi del legislatore delegato. *Corriere Tributario*, p. 279 ss.

Falsitta G., Marongiu G., Fantozzi A., Moschetti F. (2010). *Commentario breve alle leggi tributarie. Tuir e leggi Complementari* Fantozzi A., (a cura di), Padova: Cedam p. 337 ss.

Falsitta G. (2008). Manuale di diritto tributario. Padova: Cedam p. 219

Franzoni G. (2010). Sulle presunzioni legali nel diritto tributario. *Rassegna Tributaria* n. 3 p. 603.

Iorio A., Le presunzioni nell'accertamento tributario: studi di settore e antieconomicità delle scelte imprenditoriali, 2013, p. 4 ss. in *Atti del Seminario di aggiornamento professionale per i magistrati delle Commissioni Tributarie regione Umbria e delle Commissioni Tributarie provinciali di Arezzo e Rieti, Università degli Studi di Perugia*, 2013.

Pace A. (2013). La tassazione delle plusvalenze immobiliari tra la definitività dell'atto traslativo e l'effettiva percezione del corrispettivo. *Bollettino Tributario d'informazione* p. 11 ss.

Pennarola C. (2016). Riflessi di natura penale ed apprezzamento delle plusvalenze nella normativa fiscale con particolare riguardo a quelle da cessioni immobiliari. *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 5, p. 857.

Saponaro F. (2017). Brevi riflessioni sull'imponibilità pro quota della plusvalenza realizzata a seguito di cessione infraquinquennale di un immobile destinato solo parzialmente ad abitazione principale. *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 3, p. 778.

LUCA MANNARELLI

LA TUTELA INAIL DEL LAVORATORE AGILE*

ABSTRACT

L'introduzione nel nostro ordinamento giuridico della disciplina del lavoro agile (*smartworking*) genera una serie di interrogativi sulla effettività della tutela per gli infortuni sul lavoro, gli infortuni "*in itinere*" e le malattie professionali. Se il fine della legge è garantire, oltre al mantenimento della produttività aziendale, anche il contemperamento delle esigenze lavorative con quelle personali, vi sono degli elementi che evidenziano il rischio è che si verifichi un indebolimento delle garanzie per i lavoratori dipendenti dal punto di vista della tutela INAIL.

The introduction into our legal framework of the agile work regulation (smartworking) generates a series of questions on the effectiveness of protection for accidents at work, "in itinere" accidents and occupational diseases. If the aim of the law is to guarantee, in addition to maintaining company productivity, also the balancing of work and personal needs, there are elements that highlight the risk is that there will be a weakening of guarantees for workers employees from the point of view of INAIL.

PAROLE CHIAVE

Lavoro agile / infortuni sul lavoro / malattie professionali

Smart working / accidents at work / occupational diseases

SOMMARIO. 1. La prestazione di lavoro agile: origini e disciplina. – 2. Gli obblighi del datore di lavoro nel lavoro agile. – 3. Il lavoro agile e l'Assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali. – 4. La circolare INAIL n. 48/2017. – 5. La tutela assicurativa per gli infortuni sul lavoro agile e dell'infortunio "*in itinere*". – 6. Le Malattie Professionali nel lavoro agile. – 7. Osservazioni conclusive.

1. L'introduzione della telematica nel mondo di lavoro, in particolare nel settore dei servizi, oltre a consentire una sensibile riduzione di determinati costi fissi (ad. es. eliminando intere categorie di dipendenti come i dattilografi e gli archivisti)

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

sta conducendo, nella sua rapida evoluzione, al superamento del concetto stesso di azienda, intesa come luogo fisico in cui eseguire la prestazione lavorativa, mediante il riconoscimento al lavoratore della possibilità di svolgere la propria attività anche al di fuori dei locali dell'impresa[1].

La necessità di reggere il confronto con la globalizzazione e la deregolamentazione del mercato[2], inoltre, sta spingendo il mondo imprenditoriale a domandare con sempre maggiore insistenza al legislatore nazionale libertà di azione nell'organizzazione dei fattori produttivi, in modo tale da rendere l'azienda reattiva alle mutevoli congiunture dell'economia e in grado di affrontare le sempre più pressanti contingenze sociali[3], finanziarie e ambientali.

In alcuni casi, come si vedrà, le innovative modalità di svolgimento della prestazione lavorativa elaborate hanno ottenuto anche il consenso delle organizzazioni sindacali e dei lavoratori, in quanto ritenute utili al miglioramento della qualità della vita dei dipendenti (ad es. eliminazione dei costi e dei tempi di percorrenza dall' abitazione al posto di lavoro), nella prospettiva del c.d. "*work–life balance*", e cioè della migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Al fine di regolamentare le dinamiche del mercato del lavoro, nonché di "incrementare la competitività e di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" (art. 18, co. 1), il legislatore ha emanato la legge n. 81/2017, intitolata «*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*», con cui ha disciplinato la c.d. prestazione subordinata di lavoro "agile" (o *smartworking*).

Lo *smartworking*, definito come la possibilità per il lavoratore di operare in qualsiasi luogo e momento (*anywhere and anytime*), avvalendosi delle tecnologie installate su dispositivi mobili (ad es. *laptop*), non costituisce una nuova tipologia di contratto atipico[4], nell'ambito delle forme flessibili, bensì consiste in nuova modalità di esecuzione della prestazione lavorativa subordinata[5], finalizzata a con-

1. Secondo Berra, 2017, 37 lo *smartworking* non costituisce «un fenomeno di rottura rispetto al recente passato, ma piuttosto di un'accelerazione di tendenze già presenti nei processi di ristrutturazione produttiva e nelle trasformazioni del lavoro e dell'organizzazione che si possono ricomprendere nel concetto di ridisegno globale del processo produttivo».

2. V. sul punto Garofalo, 2017 e Basenghi, 2017.

3. Cfr. De Nardo, 2017, 170.

4. Cairoli, 2017, 5 ss. ritiene che «si tratta ... di una clausola che introduce, contemporaneamente o dopo l'assunzione, elementi di flessibilità nell'esecuzione della prestazione che non giungono ad incidere sulla causa del contratto, che resta quella propria del lavoro etero–diretto».

5. Secondo Maresca, 2017 l'approvazione della legge n. 81/2017 comporterà un ulteriore assottigliamento delle differenze tra lavoro subordinato, autonomo o di collaborazione, al punto da giungere a parlare di "subordinazione soft".

temperare i tempi di vita e di lavoro dei lavoratori e la competitività aziendale attraverso l'utilizzo dell'innovazione tecnologica.

Il legislatore, in quest'ottica, è intervenuto a regolare la materia dedicandole un numero (forse eccessivamente) ristretto di articoli, e precisamente dal 18 al 23 della legge citata, con cui si è posto l'obiettivo di intervenire su due degli elementi cardine del contratto, ovvero il luogo e il tempo di svolgimento della prestazione e, in particolare, sulle modalità di esecuzione della stessa e sul raggiungimento degli obiettivi sia da parte del dipendente che dell'impresa.

Relativamente all'ambito di applicazione della norma, va sottolineato che esso è esteso dall'art. 18 co. 3, oltre che al lavoro privato, in quanto compatibile, anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle P.A. di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001... previa verifica della compatibilità dell'istituto con le effettive modalità di esecuzione della prestazione lavorativa".

L'intento perseguito appare, in sostanza, quello di attribuire al datore di lavoro e al lavoratore la possibilità, mediante l'impiego di nuove tecnologie e strumenti informatici, di modulare diversamente lo svolgimento della prestazione lavorativa, eseguendo la stessa, con l'utilizzo di strumenti tecnologici, in parte nei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa", «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1).

Il lavoro "agile", così delineato, rappresenta una evoluzione del "telelavoro"[6], e cioè del lavoro svolto al di fuori dei locali dell'azienda di appartenenza, avvalendosi di apparecchiature e tecnologie informatiche che consentono al lavoratore di dialogare a distanza con l'impresa e/o con gli altri colleghi, da cui si differenzia in quanto prevede che lo svolgimento della prestazione avvenga senza l'utilizzo di una postazione fissa e in assenza di un luogo fisico determinato (art. 18, co. 1).

Va tenuto presente che lo *smartworking* era stato sperimentato sul territorio nazionale già prima dell'entrata in vigore della l. n. 81/2017 e prevedeva come esclusiva fonte di regolazione la contrattazione collettiva.

Diversamente, la legge n.81/2017 prevede che l'opzione per il lavoro "agile" debba essere esercitata mediante la stipula di un accordo individuale[7] (a tempo deter-

6. Per una definizione di telelavoro, con esclusivo riferimento alle P. A., v. l'art. 2 del d.p.r. n. 70/1999.

7. Secondo De Nardo, 2017, 171 «Il legislatore ... sembra fiducioso rispetto alla possibilità che le parti regolino correttamente l'esecuzione della prestazione, riservando all'accordo fra le stesse la maggior parte della disciplina della modalità di lavoro agile ... laddove le parti, meglio di entità terze (quali la legislazione nazionale o la contrattazione collettiva) possono definire i confini specifici dell'attività. Contra, Spinelli, 2017, individua, tra i punti di debolezza la circostanza per cui: «la mancata previsio-

minato o indeterminato[8]) tra il datore di lavoro e il singolo dipendente interessato, in cui vengono delineate le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, svolta in parte anche all'esterno dei locali aziendali, ed articolata «con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici, senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» (art. 18 co 1).

Nel medesimo accordo vengono, altresì, definite le modalità di esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro, nonché la regolamentazione dell'uso delle apparecchiature elettroniche e degli altri strumenti in dotazione al dipendente nella fase di lavoro extraaziendale (art. 19, co. 1).

2. Dall'analisi della normativa *de quo* appare evidente l'intento del legislatore, per quanto si dirà in seguito, non realizzato, di estendere al lavoro "agile" le tutele predisposte per il prestatore di lavoro subordinato (cfr. gli art. 18 co. 4, art.20, art. 21 art.23, co. 2[9]), individuandone gli elementi di peculiarità sulla sfera giuridica dei soggetti coinvolti nel rapporto di lavoro.

Uno degli aspetti salienti che caratterizzano la normativa in esame va individuato nel dovere, posto a carico del datore di lavoro, di mettere a disposizione del dipendente in modalità "agile" gli strumenti tecnologici necessari ad eseguire la prestazione all'esterno dell'azienda, nonché di garantirne la sicurezza e il buon funzionamento[10] (art. 18, comma 2).

Ai fini della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, inoltre, la norma dispone che il suddetto accordo debba disciplinare «i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» (art. 19, co. 1), al fine di consentirgli di rendere effettiva la conclusione della giornata lavorativa, interrompendo il flusso di informazioni in entrata e in uscita con il datore di lavoro.

Ad integrazione della disciplina in materia di sicurezza prevista dal codice civile (art. 2087 cc) e dalle leggi speciali, a carico del datore di lavoro è, altresì, previsto il dovere di consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono

ne di una qualunque forma di intervento della contrattazione collettiva non consente di assicurare la genuinità del consenso espresso dal lavoratore».

8. L'art. 19, co. 2 prevede la possibilità, per entrambe le parti, di recedere dallo stesso dando un preavviso non inferiore a trenta giorni, termine elevato a novanta giorni per i lavoratori disabili.

9. L'art. 20, co. 1 riconosce al lavoratore agile il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

10. Vedi al riguardo l'art. 3, co. 10 del d.lgs. 81/2008.

individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (art. 22, co. 1).

Infine, nel rispetto dei principi generali di collaborazione e diligenza nell'espletamento della prestazione lavorativa, e analogamente a quanto avviene nel lavoro c.d. "tradizionale" (art. 2104 c.c.), anche per il dipendente "agile" è previsto il dovere di cooperare al fine di garantire l'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare (e limitare) i rischi connessi allo svolgimento dell'attività all'esterno dei locali aziendali.

La legge n. 81/2017, tuttavia, non individua alcun elemento di differenziazione sostanziale tra il lavoro in azienda e il lavoro all'esterno della stessa e non precisa le eventuali specificità con cui detto dovere di collaborazione debba essere adempiuto in particolare nella fase di lavoro extra–ufficio, che presenta indubbiamente delle peculiarità che avrebbero meritato di essere maggiormente approfondite.

In realtà, come si vedrà nel corso della trattazione, si ritiene che proprio la particolare natura della prestazione "agile" dovrebbe imporre, in concreto, una specifica declinazione dei doveri del datore di lavoro e del dipendente, degli adempimenti in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, nonché in tema di individuazione e riparto delle responsabilità in caso di infortunio sul lavoro e malattia professionale.

3. Preme evidenziare, a riprova della centralità della problematica in esame, che ben due dei sei articoli della legge istitutiva del lavoro "agile" sono dedicati alla tutela della sicurezza sul lavoro e all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali.

L'art.23 della l. n.81/2017, in linea con la ratio di garanzia della parità di trattamento giuridico ed economico tra lavoratore in azienda e lavoratore "agile", estende anche a questa modalità di lavoro la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, includendovi anche le attività lavorative svolte all'esterno dei locali aziendali. Infine, il comma 3 dell'art. 23 della legge riconosce anche al lavoratore "agile", come si vedrà in seguito con alcune importanti differenziazioni, la tutela avverso il cd. infortunio "*in itinere*", disciplinata in generale dall'art. 12 del D.lgs. n. 38/2000.

4. Nonostante la particolare attenzione prestata dal legislatore alla tematica previdenziale, l'entrata in vigore della legge n. 81/2017 è stata accompagnata da numerosi (e inevitabili) dubbi interpretativi e applicativi aventi ad oggetto la sussistenza e l'estensione della tutela INAIL a questa innovativa tipologia di lavoro.

L'INAIL ha cercato di dirimere le questioni teorico–pratiche relative all'assicurazione dei lavoratori "agili" con la circolare n. 48 del 2017, con cui ha fornito

istruzioni operative ai professionisti e alle proprie sedi sia in merito all'instaurazione del rapporto assicurativo, sia circa il riconoscimento degli infortuni.

In relazione alla sussistenza dell'obbligo assicurativo e alla classificazione tariffaria da adottare, l'INAIL ha chiarito che

> lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità "agile" non costituisce un elemento di differenziazione rispetto alla normale gestione del lavoratori, ragion per cui ai fini assicurativi INAIL occorrerà accertare il possesso, da parte degli stessi, dei requisiti oggettivi (svolgimento di lavorazioni rischiose) e soggettivi (caratteristiche delle persone assicurate), disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 1 e 4, n. 1 del D.P.R. n. 1124/1965.

L'unico aspetto innovativo rispetto alla ordinaria gestione dell'attività lavorativa è costituito dall'estensione della copertura assicurativa INAIL anche alla parte di lavoro resa dal lavoratore al di fuori dei locali aziendali, senza l'utilizzo di una postazione fissa.

Quanto alla classificazione dell'attività extra–ufficio svolta dal prestatore di lavoro agile, l'Istituto ha chiarito che il corretto riferimento tariffario vada ricercato tenendo presente che «agli effetti delle tariffe, per lavorazione si intende il ciclo di operazioni necessario perché sia realizzato quanto in esse descritto, comprese le operazioni complementari e sussidiarie purché svolte dallo stesso datore di lavoro ed in connessione operativa con l'attività principale, ancorché siano effettuate in luoghi diversi (art. 4 delle Modalità per l'applicazione delle tariffe)».

In concreto, partendo dal presupposto che la prestazione del lavoratore agile all'esterno non possa essere svolta se non mediante l'utilizzo di apparecchiature informatiche, si ritiene che la classificazione tariffaria adottata dall'Istituto non potrà non essere la voce di tariffa 0722 della Tariffa dei Premi INAIL, ovvero: «personale che per lo svolgimento delle proprie mansioni fa uso diretto di videoterminali e macchine da ufficio...».

Il fondamento della responsabilità del datore di lavoro anche per l'attività svolta all'esterno, come detto in precedenza, viene direttamente ricollegato alla circostanza secondo cui, sia per le attività svolte in azienda, sia per quelle svolte al di fuori di tale ambito, gli strumenti tecnologici utilizzati dal lavoratore "agile" sono forniti dal datore di lavoro, che è tenuto a garantirne anche il buon funzionamento.

Ne consegue che il datore di lavoro non risponderà dell'infortunio (o della malattia professionale) ove dimostri che il lavoratore, per adempiere la prestazione lavorativa, abbia utilizzato strumenti tecnologici non forniti né autorizzati dallo stesso.

5. Come anticipato, il co. 2 dell'art. 23 della l. n. 81/2017, ha esteso al lavoratore "agile" la tutela INAIL contro gli infortuni e le malattie professionali nei casi in cui

lo stesso, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, sia esposto alle fonti di rischio previste dall'art. 1 del T.U. n. 1124/1965.

Prima di entrare nel merito del dettato normativo, si ritiene necessario sottolineare come, nonostante la disposizione in esame riconosca pienamente al lavoratore "agile" la tutela INAIL, nello specifico sia il testo di legge (l'art. 23) che la circolare INAIL si occupino solo della disciplina degli infortuni sul lavoro, ravvisando solo in questo ambito la necessità di fornire chiarimenti, quasi a sottolineare (immotivatamente) che in tema di malattie professionali non occorra invece alcun approfondimento.

Prendendo le mosse dalla disciplina degli infortuni sul lavoro, la circolare chiarisce dunque come, in linea con la normativa generale INAIL, sia necessario, ai fini del riconoscimento dell'infortunio occorso al dipendente "agile", l'accertamento dell'esistenza, oltre che della "causa violenta", anche di una diretta connessione tra l'evento e la prestazione lavorativa (l'occasione di lavoro), applicando i medesimi criteri validi per i lavoratori interni.

La circolare, quindi, ribadisce, che gli infortuni occorsi mentre il lavoratore presta la propria attività lavorativa in modalità "agile", nel luogo dallo stesso prescelto, sono tutelati se causati, anch'essi, da un rischio connesso con la prestazione lavorativa. La suddetta tutela, inoltre, si estende anche agli infortuni connessi alle attività prodromiche e/o accessorie, purché dotati del carattere della strumentalità allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo professionale.

Ragion per cui, la tutela INAIL dell'infortunio opera in favore del lavoratore assicurato in generale, e del lavoratore agile in particolare, con il solo limite del cosiddetto "rischio elettivo", ossia quel rischio a cui il lavoratore volontariamente si sottopone, contravvenendo alle disposizioni in materia di salute e sicurezza impartite dal datore di lavoro.

Tuttavia, non essendo possibile per il datore di lavoro, né tantomeno per gli organi ispettivi, verificare in concreto le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nella fase extra–aziendale, non è da escludersi che l'eccezione della sussistenza del suddetto "rischio elettivo"[11] possa essere sollevata con maggiore frequenza dal datore di lavoro e dall'INAIL stesso rispetto alla casistica generale in tema di infortuni, con evidente rischio di contrazione della tutela effettiva del dipendente.

Ulteriori problematiche potrebbero insorgere in tema di riconoscimento dell'infortunio "in itinere", in merito al quale la circolare INAIL conferma, in analogia con quanto previsto in via generale dall' art. 12 del d.lgs. n. 38/2000, l'estensione della normativa anche al lavoratore agile. Il co. 3 dell'art. 23, come innanzi accennato, riconosce al suddetto prestatore il

11. V. De Compadri – Gualtierotti, 2002, 207.

> diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, ... quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

La norma, pertanto, estende l'operatività della tutela agli infortuni verificatisi durante il percorso tra il luogo di abitazione e quello prescelto volta per volta dal lavoratore per svolgere la prestazione lavorativa, subordinandola, tuttavia, alla dimostrazione, da parte dello stesso, della sussistenza di elementi ulteriori, ovvero che «la scelta del luogo della prestazione è stata dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e che la scelta risponda a criteri di ragionevolezza (co. 3)».

Anche tale disposizione presenta aspetti di incertezza, tralasciati dalla circolare dell'INAIL, in quanto subordina il riconoscimento dell'infortunio *in itinere* a criteri assolutamente soggettivi[12] e discrezionali (luogo in cui si conciliano le esigenze di vita e di lavoro e che risponda a criteri di ragionevolezza), difficilmente accertabili e, quindi, ove contestati dal datore di lavoro o dall'INAIL, difficilmente confutabili.

In assenza di un chiarimento sul punto, il timore è che dall'applicazione della norma si possano generare degli effetti distorsivi: da un lato, potenzialmente favorevoli per il lavoratore infortunato, attraverso l'estensione del riconoscimento dell'infortunio "*in itinere*" a qualsiasi evento verificatosi nel percorso casa– luogo della prestazione; o viceversa, secondo una diversa prospettiva, maggiormente penalizzanti per il dipendente, cui spetta, come visto, la prova della ragionevolezza della scelta del luogo della prestazione, con il rischio di un conseguente restringimento del campo di applicazione e della sussistenza, in concreto, della tutela antinfortunistica.

Una ipotesi di soluzione dell'impasse potrebbe essere individuata prevedendo l'obbligo delle parti a inserire, all'interno dell'accordo istitutivo del lavoro agile, l'indicazione del luogo e/o dei luoghi esterni individuati dal dipendente per l'esecuzione della prestazione, così da verificarne a priori la rispondenza ai criteri di ragionevolezza previsti dalla legge, anche a rischio che gli stessi possano rivelarsi, durante lo svolgimento della prestazione agile, non completamente satisfattivi

12. Peruzzi, 2017, 22, rileva che «è proprio la scelta del lavoratore a co–determinare il perimetro dell'area di rischio ricollegabile al lavoro con riguardo alla collocazione topografica della prestazione. Proprio per questo, nonostante tale scelta sia posta *ex lege* a finalità vincolata, non si può non notare l'assenza di specificazione circa la necessità che la stessa sia previamente sottoposta ad autorizzazione o vaglio datoriale».

delle sue necessità. Peraltro non è esclusa una eventuale modifica del contenuto dell'accordo (art. 23 della l. 81/2017), proprio in previsione di un eventuale "ripensamento" della scelta operata.

6. L'art. 3 del D.Lgs n. 1124/1965 definisce malattie professionali le patologie contratte dal prestatore di lavoro nell'esercizio e a causa delle lavorazioni rischiose svolte, che si manifestano con una azione lenta e progressiva sull'organismo.

A differenza degli infortuni sul lavoro, al fine del riconoscimento dell'origine professionale di una patologia è necessario l'accertamento, da parte dell'INAIL, del nesso di causalità diretta ed efficiente tra la patologia insorta e l'attività svolta dal prestatore, cui va ricondotto in modo univoco o prevalente l'insorgere dell'infermità[13].

Il riconoscimento dell'eziologia professionale della patologia è unanimemente ammesso anche qualora alle cause lavorative si sommino cause extraprofessionali, a condizione che queste non siano idonee a interrompere il nesso causale, generando da sole l'infermità.

Come si è detto, il co. 2 dell' art. 23 della l. n. 81/2017 ha esteso la tutela INAIL a tutte le malattie professionali correlate allo svolgimento della prestazione "agile", comprese, quindi, quelle collegate alla parte della prestazione lavorativa eseguita al di fuori dei locali aziendale.

Presupposto generale per il riconoscimento delle stesse è, pertanto, l'individuazione, da parte del datore di lavoro, all'interno del Documento di valutazione dei rischi, dei pericoli per la salute e la sicurezza ai quali il lavoratore è esposto durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, riconducibili non solo al tipo di attività individualmente esercitata, ma anche all'ambiente di lavoro in cui il dipendente opera.

La mappatura dei rischi presenti nelle imprese, alla base dell'attivazione della tutela INAIL, costituisce un momento particolarmente complesso, in quanto, se per determinate attività la riconoscibilità dei pericoli per la salute e la sicurezza presenti sul luogo di lavoro e delle patologie correlate ha raggiunto un elevato livello di certezza giuridica, tanto non è ancora avvenuto in altri contesti lavorativi ove, sia a causa di sistemi di produzione innovativi, sia per la diversa organizzazione dei fattori produttivi, risulta oltremodo difficile un'analoga verifica immediata della sussistenza del nesso di causalità.

A differenza di quanto previsto dall'art.3 co. 10 del T.U. n. 81/2008, il già citato art. 22, co. 1 della l. n. 81/2017 prevede, a carico del datore di lavoro, esclusivamente un obbligo di informativa per iscritto al lavoratore e all'R.L.S., da

13. V. De Compadri – Gualtierotti, 2002, 223 ss.

eseguirsi con cadenza almeno annuale e avente ad oggetto i rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, e non contempla alcuna disposizione in merito al potere/dovere del datore di lavoro e/o degli organi ispettivi di verificare lo stato dei luoghi esterni in cui il lavoratore esegue la prestazione[14], nonché di accertare l'effettivo rispetto delle prescrizioni impartite, in linea teorica, al dipendente, ai fini non solo della tutela della salute e della sicurezza degli ambienti di lavoro (ad es. illuminazione dei locali), ma anche dell'orario di lavoro e dei limiti di esposizione giornaliera ai videoterminali (es. effettuazione delle pause obbligatorie), ragion per cui risulterà particolarmente ardua l'individuazione dei rischi effettivi a cui il lavoratore è esposto.

L'estensione della copertura assicurativa avverso le c.d. "tecnopatie" operata dalla l. n. 81/2017 comporta, dunque, che il lavoratore "agile" avrà accesso alla tutela INAIL sia per tutte le c.d. "malattie tabellate", per cui è comprovato dalla scienza medica il nesso di causalità con lo svolgimento di specifiche prestazioni lavorative, sia per le patologie "non tabellate" (cd. "sistema misto"), qualora riesca a dimostrarne l'origine professionale.

Circa l'individuazione delle malattie "tabellate" correlate allo svolgimento del lavoro "agile", sul presupposto che lo stesso si svolga utilizzando apparecchiature elettroniche che consentono di lavorare "in remoto", le tecnopatie riconosciute in automatico dall'INAIL – in assenza di una previsione esplicita dal parte della circolare– dovrebbero essere quelle eziologicamente ricollegabili all'utilizzo delle strumentazioni fornite al lavoratore dal datore di lavoro, e pertanto quelle afferenti l'apparato muscolo–scheletrico, l'apparato visivo e il sistema neurologico.

Tuttavia, non essendo previsto dalla legge il controllo diretto sull'esecuzione della prestazione[15] all'esterno dei locali aziendali che, come si è detto, avviene in totale autonomia, non è da escludersi che sia lo stesso datore di lavoro, sia l'INAIL possano disconoscere la natura professionale della patologia, imputando l'insorgere della stessa ad un rischio "elettivo", per avere il lavoratore volontariamente e arbitrariamente posto in essere comportamenti lesivi del proprio stato di salute, (si pensi, ad es., al dipendente che lavori per propria scelta in un ambiente scarsamente illuminato, oppure che utilizzi una seduta o un tavolo non a norma).

Nel silenzio della norma, al fine di prevenire tali eccezioni e di rendere effettiva

14. Per Santoro Passarelli, 2017, 771 ss. «la norma appare superficiale nell'assicurare un'efficace tutela della salute e della sicurezza per due ragioni: da un lato, la semplice consegna dell'informativa potrebbe non essere sufficiente a proteggere dai rischi effettivi il lavoratore agile; d'altro canto, si deve riconoscere la difficoltà per il datore di lavoro, di poter ricoprire efficacemente la propria posizione di garanzia, operando, il lavoratore, il locali diversi da quelli aziendali».

15. Sulla stessa linea è De Nardo, 2017, 175.

la tutela, sarebbe pertanto opportuno che le suddette problematiche fossero disciplinate all'interno dell'accordo individuale di lavoro "agile", mediante una puntuale declinazione degli obblighi comportamentali a carico di entrambe le parti.

Se quanto appena detto appare necessario per le malattie professionali "tabellate", in cui il nesso di causalità è già in re ipsa, è evidente che il problema del riconoscimento dell'eziologia professionale della patologia si pone in maniera ancora più stringente in riferimento alle tecnopatie "non tabellate", per le quali l'onere della prova del nesso di causalità ricade integralmente sul lavoratore.

Nel silenzio della legge e della circolare INAIL si rileva che recenti studi[16], oltre ad aver approfondito le possibili interazioni tra lo svolgimento non corretto del lavoro "a distanza" e l'insorgere di determinate disfunzioni già note alla scienza medica[17], ne hanno individuate ulteriori, precedentemente non codificate.

Indagini statistiche evidenziano, ad esempio, come lo *smartworker*, a causa della frammentazione della prestazione lavorativa nell'arco dell'intera giornata, abbia una diversa percezione dello svolgimento del lavoro rispetto al lavoratore in azienda e che, per effetto delle interruzioni dell'attività lavorativa, tenda a lavorare per un numero di ore nettamente superiore rispetto a quello richiesto dal contratto, con rischio di possibili gravi ripercussioni sulla propria salute derivanti dall' invasione del tempo di lavoro nello spazio di vita privata e viceversa (c.d. time porosity). Numerose ricerche scientifiche stanno approfondendo le possibili interazioni tra telelavoro[18] (e/o lavoro agile) e il c.d. *workaholism*[19], la cosiddetta dipendenza da lavoro, caratterizzata dall'incapacità del dipendente di interrompere la giornata lavorativa e di recuperare le energie psicofisiche e favorita proprio dalla labilità del confine tra lavoro e famiglia.

Gli artt. 18 e 19 della l. 81/2017, infatti, nel prevedere che l'attività lavorativa debba essere resa «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale», e demandando all'accordo tra azienda e lavoratore l'individuazio-

16. Cfr. il rapporto EURISPES, *Incidenti sul lavoro e lavoro atipico*, del febbraio 2003, in www.eurispes.it o il rapporto dell'IRES, *Dinamiche d'impresa, flessibilità contrattuale e impatti sulla salute e sicurezza nella percezione dei lavoratori*, in *www.adapt.it*. Sul rapporto tra flessibilità e sicurezza cfr. Lai., 2005 e Gallo, 2008.

17. Cfr. il rapporto congiunto dell'O.I.L. ed Eurofound del febbraio 2017.

18. L'Huffington Post del 31/05/2016 ricorda che «da un test condotto da un team di psicologi ricercatori in Norvegia su più di 16 mila lavoratori, è emerso che il 32,7% degli "ubriachi da lavoro" avrebbe più chance di sviluppare un disturbo da deficit di attenzione/iperattività e il 25,6% di sviluppare un disturbo ossessivo–compulsivo; il 33,8% va incontro a disturbi d'ansia, l'8,9% avrebbe più chance di soffrire di depressione rispetto a chi, invece, del lavoro non è affatto dipendente».

19. Il termine "ubriaco da lavoro" è stato coniato da W.E.Oates nel libro *Confessions of workaholics: the facts about work addiction*. in cui si evidenzia la stretta analogia tra tale patologia e la dipendenza da alcol.

ne dei "tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore", si limitano ad enunciare il diritto del lavoratore a godere dei tempi di riposo, ma non regolamentano le modalità con cui il c.d. diritto alla "disconnessione", e cioè ad interrompere i contatti lavorativi e professionali con il datore di lavoro durante il periodo giornaliero di riposo, debba essere garantito.

È evidente che in assenza di una disciplina puntuale in merito i diritti che rischiano maggiormente di essere compressi sono quelli del dipendente che, sia per la situazione di squilibrio contrattuale, sia per incapacità personale a gestire questa forma innovativa di esecuzione della prestazione, potrebbe subire un effetto boomerang sulla proprie condizioni lavorative e/o di salute.

Per evitare le suddette conseguenze sarebbe auspicabile che le imprese stabiliscano, sempre nell'accordo individuale ex art. 19, regole chiare per l'utilizzo, da parte dei lavoratori, delle apparecchiature tecnologiche nella fase extra–aziendale, e che esse per prime rispettino le suddette pattuizioni, evitando non solo di chiedere, ad esempio, ai dipendenti di lavorare nelle ore notturne o durante le festività o le ferie, ma anche di valutarli a seconda della disponibilità manifestata in tal senso.

Tra le ulteriori possibili ripercussioni sullo stato di salute e sulla qualità della vita del lavoratore che possono essere ricollegate all'esecuzione della prestazione in modalità agile va, inoltre, considerato l'isolamento fisico del dipendente dal contesto lavorativo e sociale, che può comportare una perdita della percezione del senso di appartenenza al gruppo da parte del lavoratore, trasformandolo in una monade che svolge la propria prestazione in maniera autonoma e automatica[20].

In conclusione, lo stato di isolamento lavorativo, unito alla faticosa gestione delle ordinarie incombenze extra–lavorative, se protratto nel tempo, potrebbe generare un deterioramento delle condizioni psichiche del dipendente e l'insorgere di anche gravi forme depressive, di cui il lavoratore dovrebbe, si immagina con enorme difficoltà, dimostrare l'origine lavorativa.

Si ritiene, però, utopistico immaginare che l'autonomia delle parti, in cui è innegabile lo squilibrio tra potere datoriale e diritti dei lavoratori, cristallizzata nell'accordo individuale di lavoro agile, sia da sola in grado di tutelare tutti questi controversi e delicati aspetti.

Proprio per tale ragione, si concorda con chi auspica[21], in materia, il recupero del ruolo della contrattazione collettiva, in cui gli interessi in gioco potrebbero essere

20. La dematerializzazione del posto di lavoro potrebbe interferire sulle relazioni sindacali all'interno dell'impresa ed in particolare sulla capacità delle OO.SS. di coinvolgere i lavoratori nelle azioni di lotta.

21. Falasca, 2017.

con più efficacia individuati e tutelati, al fine di elaborare modelli generali su cui plasmare accordi individuali coerenti con le esigenze dei soggetti coinvolti.

7. Il provvedimento sul lavoro "agile" appare in linea con la tendenza del legislatore italiano (e comunitario) a incidere sul tradizionale, e sempre più in via di superamento, sistema di tutela giuridica del lavoratore subordinato. Come sempre più spesso accade, dall'esame della normativa de quo si può ritenere che anche in questa circostanza siano state utilizzate dal legislatore aggettivazioni e accezioni accattivanti (lavoro "agile") per realizzare delle operazioni che potrebbero generare, nell'applicazione pratica, nuove compressioni dei diritti e delle tutele previste nel nostro ordinamento giuridico per il lavoro subordinato.

Nella legge n. 81/2017, infatti, l' "alleggerimento" della prestazione lavorativa, finalizzata a consentire al lavoratore un utopistico bilanciamento tra esigenze lavorative e esigenze di vita, rischia di trasformarsi, se non adeguatamente disciplinato, nello strumento attraverso cui il datore di lavoro non solo consegue vantaggi economici (riduzione di alcuni costi fissi) e lavorativi (maggiore produttività) ma, soprattutto, con il consenso del legislatore, trasferisce sul dipendente stesso una parte dei rischi correlati all'esecuzione della prestazione, chiamandolo a cooperare rispetto all'attuazione delle misure di prevenzione adottate dal datore di lavoro, e quindi, coinvolgendolo pienamente nella gestione del rischio lavorativo[22].

Gli evidenti vantaggi diretti e indiretti prospettati al lavoratore, tra cui il risparmio di tempo e di denaro per raggiungere il posto di lavoro, l'impatto ambientale conseguente al mancato utilizzo dell'autovettura, la possibilità di spalmare la prestazione lavorativa sull'intera giornata, potrebbero, come si è già più volte sottolineato, celare dei risvolti negativi di pari rilevanza.

Per tali ragioni, i rischi (paradossali) di incremento delle situazioni di stress lavoro–correlato, compreso il *burnout*, derivanti dall'incapacità o dell'impossibilità per il lavoratore di porre fine alla giornata lavorativa, determinati dal comportamento "scorretto" del datore di lavoro[23], non vanno assolutamente trascurati.

Anche la subordinazione dell'attivazione del lavoro agile ad un semplice accordo individuale, in assenza della previsione di "sedi protette[24]", nonché del ruolo di garanzia svolto dalla contrattazione collettiva, non tutela il lavoratore dal rischio

22. Cfr. Santoro Passarelli, 2017, 14.

23. Cfr. Frediani, 2017, 630 ss. per cui «Appare quanto mai opportuna una disciplina esplicita del tempo di "non lavoro", al fine di scongiurare una progressiva invasione del tempo di lavoro nel tempo di vita».

24. Sul tema Cairoli, 2017, 6.

dell'ingerenza del datore di lavoro né nella fase "precontrattuale", né durante l'esecuzione della prestazione e sposta il giudizio sulla norma, per come è stata articolata, nettamente a favore del mondo datoriale.

A soli pochi mesi dall'approvazione della l.81/2017 appare, pertanto, necessario ed urgente un intervento normativo chiarificatore dell'ambito della sua operatività e che riequilibri le posizioni dei soggetti coinvolti; viceversa è prevedibile che del suddetto compito verrà, a breve, investita l'Autorità Giudiziaria.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Basenghi F. (2017). Decentramento organizzativo e autonomia collettiva, Rel. AIDLASS Cassino, in *www.aidlass.it*

Berra M. (2017). Postfazione in Albano R., Bertolini S., Curzi Y., Fabbri T., Parisi T., *DigitAgile: l'ufficio nel dispositivo mobile. Opportunità e rischi per lavoratori e aziende*, Osservatorio MU.S.I.C. Working Paper. n.3.

Cairoli S. (2017). La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Coll. Vol.* – 6/2017.

De Compadri F. Gualtierotti P. (2002). *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*. Milano: Giuffrè.

De Nardo G. (2017). Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Coll. Vol.* – 6/2017.

Falasca G. (2017). Con lo Smart working decolla il lavoro per obiettivi , *Il Sole 24 Ore* 15.06.2017

Frediani M. (2017). Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro, *Il Lavoro nella giurisprudenza* n. 7/2017

Gallo M. (2008). *La sicurezza per i lavori atipici*. Milano: Il Sole 24 Ore.

Garofalo D. (2017). Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative Rel. AIDLASS Cassino, in *www.aidlass.it*

Lai M. (2005). La sicurezza de lavoro nelle nuove tipologie contratti, in *DLM*, 2005, 1

Maresca A., Smartworking, subordinazione soft, *Il Sole 24 ore* del 26.07.2017

Peruzzi M. (2017). Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smartworker?, in *DSL* 1/2017

Santoro Passarelli G. (2017). Lavoro etero–organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione, *DRI*, n. 3/ XXVII–2017

Spinelli C. (2017). Tutti i rischi dello Smartworking, *ingenere*, 05.09.2017

MARINA MORETTI

LA FILIAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INGLESE: *THE STATUS OF THE CHILD**

ABSTRACT

Un numero sempre crescente di relazioni affettive prive di quella regolamentazione giuridica che reca con sé il matrimonio ha reso indispensabile una rivisitazione della disciplina della filiazione attribuendo un maggiore rilievo al legame biologico, piuttosto che al vincolo giuridico esistente, o meno, tra i genitori.

In Gran Bretagna, permane ancora oggi la distinzione dei due *status* di figlio naturale e legittimo nonostante le riforme intervenute nel corso degli anni.

Il presente studio ha lo scopo di indagare il sistema delineato dall'ordinamento inglese in materia di parificazione tra i figli nati in costanza di matrimonio e coloro che, invece, nascono da genitori non coniugati tra loro, in modo che si possa operare un raffronto – in chiave comparatistica – con la corrispondente disciplina italiana.

An ever–increasing number of affective relationships, lacking the juridical regulation that brings marriage with them, has made essential to revisit the discipline of filiation by giving greater emphasis to the biological linkage, rather than to the legal existing bond between parents.

In Great Britain, there is still the distinction between natural and legitimate status of child, despite the reforms that took place over the years.

The present study aims to investigate the system outlined by the English law on the equalization between children born within marriage and those born outside, so that a comparison can be made – in a comparative key – with the corresponding Italian discipline.

PAROLE CHIAVE

Status di figlio / responsabilità genitoriale / *common law*

Status of the child / parental responsibility / common law

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Status of the child* e *parental responsibility*. – 3. La filiazione nell'ordinamento italiano: lo *status* unico di figlio. – 4. Conclusioni.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. «...e' figli so' figli, Dummi!...hann' a essere tutt'e tre uguali...»[1].

La filiazione è il rapporto che si instaura tra il genitore e il figlio. Criterio universalmente accolto per la sua costituzione è quello della procreazione. Tuttavia, in casi particolari, come nella filiazione adottiva, il rapporto sorge per mezzo dell'intervento del giudice.

L'accertamento della relazione biologica tra genitore e figlio fa sorgere in capo a quest'ultimo uno *status* che comporta un insieme di effetti giuridici (ad es. il diritto verso il genitore di essere mantenuto ed educato, gli effetti di ordine successorio ecc.)[2].

Dopo la riforma del 1975, che aveva realizzato una prima parità tra i figli, la disciplina giuridica della filiazione era rimasta ripartita e differenziata a seconda che i genitori fossero o meno uniti nel vincolo del matrimonio: nel primo caso si parlava di filiazione "legittima", nell'altro caso di filiazione "naturale" (un tempo, "illegittima", secondo l'espressione del legislatore del 1942) a sua volta distinta in filiazione naturale riconosciuta o giudizialmente dichiarata, ovvero non riconosciuta o irriconoscibile[3].

Da tempo era avvertita l'esigenza di superare queste antiche partizioni che, nel differenziare la filiazione legittima da quella naturale, finivano per contrapporre il modello della famiglia fondata sul matrimonio alle diverse forme di convivenza familiare oramai ampiamente diffuse nella odierna società[4].

In Italia, la legge 10 dicembre 2012, n. 219 – intitolata Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"[5] – ha modificato nel nostro ordinamento l'assetto giuridico della filiazione sulla base del principio scolpito nell'art. 315 del codice civile secondo il quale "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico". Dopo la riforma, dunque, non vi sono più "figli legittimi" e "figli naturali" ma semplicemente "figli", senza alcuna ulteriore aggettivazione.

1. Citazione tratta dalla commedia teatrale *Filumena Marturano* scritta nel 1946 da Eduardo De Filippo.

2. Torrente, Schlesinger, 2014, 603.

3. Sesta, 1998, 829.

4. Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina giuridica della filiazione, cfr. Gorgoni, 2018, Sesta, 2011, 3; Sesta, Lena, Valignani, 2001, 5. In altri ordinamenti, la condizione del figlio era già stata unificata, indipendentemente dal modo in cui viene accertata, cosicché la sussistenza del vincolo matrimoniale è tendenzialmente irrilevante. In argomento, Ferrando, 1992, 301; Sesta, 2000, 3. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione dei diritti successori riconosciuti in favore dei figli «naturali», cfr. Chiodi, 2013, 1 ss.

5. È stata rilevata da più parti la singolare titolazione del provvedimento, atteso che, nel momento stesso in cui quest'ultimo sopprime, di fatto e di diritto, la distinzione tra "figli legittimi" e "figli naturali", mantiene l'espressione "figli naturali" nell'intestazione.

In un contesto sociale e culturale in continua evoluzione, l'esigenza di «privilegiare il valore e i diritti della persona umana, attraverso l'eliminazione di differenze ingiustificate tra le varie forme di filiazione, in ossequio ai principi fondamentali e in attuazione degli obblighi imposti a livello internazionale»[6], era avvertita in numerosi paesi.

A partire dalla fine degli anni '80, e in particolare nella seconda metà degli anni '90 e dei primi anni di questo millennio, la maggior parte degli Stati europei[7] è stata investita da un'ondata riformatrice che ha sostanzialmente parificato ovunque lo *status* del figlio nato fuori dal matrimonio con quello nato da genitori coniugati tra loro[8]. Tale rivoluzione – che impone il rispetto dei principi di eguaglianza, di pari dignità e di non discriminazione[9] – è stata scatenata principalmente da due fattori: la perdita della centralità del matrimonio, da un lato, che subisce la concorrenza di altri modelli (famiglie di fatto, monoparentali e famiglie ricostituite) e, dall'altro, l'entrata in scena del progresso scientifico con l'avvento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita[10].

In particolare, a seguito dell'evoluzione del costume sociale, i legislatori europei sono intervenuti al fine di superare l'antica discriminazione tra figli legittimi e naturali, introducendo una disciplina unitaria in tema di filiazione. In Paesi come Francia e Germania il percorso che ha portato a questa uniformità è stato repentino, in altri, invece, come l'Italia, dove la famiglia "tradizione" gode di un favore particolare, la riforma è stata realizzata solo nel 2012 con la legge n. 219. Tuttavia, la difformità di trattamento tra figli legittimi e naturali perdura ancora oggi in paesi come l'Inghilterra, ove la mera riforma del linguaggio legislativo non ha inciso efficacemente sulla sperequazione che il vincolo matrimoniale tra genitori ancora provoca in ordine allo *status filiationis*[11].

6. Sesta, 2017, 4 ss.

7. Nel corso degli ultimi decenni, le riforme in materia di filiazione hanno coinvolto, anche se in misura diversa, i principali paesi europei, primi tra tutti Svezia (prima riforma nel 1976) e Spagna (prima riforma nel 1981) e a seguire Germania (ultima riforma nel 2008), Olanda (1998), Austria (ultima riforma nel 2004), Francia (2006) e Belgio (2006) e Italia (2012). Sono riforme che hanno inciso sui profili fondamentali del rapporto di filiazione: sull'accertamento del rapporto, sulla presunzione di paternità, sul cognome del figlio.

8. Per una sintetica panoramica sui principi che regolano la filiazione nei diversi paesi v. Cubeddu, 2006, 869; Diurni, 2007, 1397–1431.

9. Bianca, 1985, 9 ss.; Rescigno, 1966; Perlingieri, 1970, 7 ss.; Autorino Stanzione, 2003, 4 ss.; Parisi, 2011, 71 ss.; Stanzione, 2009, 324; Carbonnier, 2010, 96 ss. Glendon, 1989; Salvioli, 1890, 305 ss.; Ducros, 1933, 66 ss.; Ungari, 1970, 211 ss.; Delille, 1988, 111 ss., 213 ss.; Vismara, 1988, 34 ss.; Autorino Stanzione, 1992, 316 ss.; Brandileone, 1906, 360; Goody, 1995, 27 ss.; Gorgoni 2018, 10 ss.; Romeo, 2018, 10 ss.

10. Stanzione, 2013, 20.

11. Giaimo, 2013, 12.

Pertanto, la decadenza dell'unicità del modello familiare fondato sul matrimonio ha indotto gli operatori del diritto a confrontarsi con altri modelli di famiglie[12] e a riflettere sulla necessità di offrire una tutela completa ed uguale per tutti.

2. In passato, l'ordinamento giuridico inglese operava una profonda distinzione tra i figli nati in costanza di matrimonio e i figli nati da genitori non coniugati. Tradizionalmente[13], al figlio illegittimo, c.d. *filius nullius*, non era riconosciuto alcun rapporto giuridico, né con il padre né con la madre. Tale condizione comportava «l'assenza di rapporti di genitorialità e di parentela e, quindi, la conseguente impossibilità di far parte della linea di sangue di una stirpe di antenati»[14].

I figli *illegitimate*[15]*,* frutto di una *illicit union*[16]*,* non avevano alcun diritto al mantenimento, non potevano vantare pretese ereditarie e, sul piano sociale, erano considerati reietti.

Tale differenza di trattamento iniziò ad attenuarsi solo nel XX secolo quando furono emanate misure legislative di protezione volte a riconoscere l'esistenza di un legame giuridico tra le madri e i loro figli illegittimi[17].

Nel 1926, il *Legitimacy Act* abolì il divieto alla legittimazione per *subsequens matrimonium* posto dalle *Constitutions of Merton* del 1236, rimasto in vigore esclusivamente per i figli adulterini, per poi essere eliminato definitivamente nel 1959 con il *Legitimacy Act*[18]. Un ulteriore passo in avanti si verificò nel 1969 quando il *Family Law Reform Act* riconobbe anche ai figli illegittimi la capacità di succedere ai propri genitori.

Questa ondata di riforme nei confronti della prole nata al di fuori del matrimonio continuò con l'emanazione del *Family Law Reform Act* del 1987[19] diretto, nelle intenzioni del legislatore, a ottenere una piena parificazione giuridica tra figli legit-

12. Scalisi, 1987, 431 ss; Busnelli, 2002, 509 ss.

13. Cavaliere, 2010, 603–606.

14. Blackstone, 1770, 459.

15. Bromley, Lowe, 1987, 233.

16. Blackstone, 1770, 459.

17. Va menzionata, a tal proposito, l'istituzione del *National Council for the Unmarried Mother and Her Child* nel 1918 ed il riconoscimento del dovere di custodia della madre in favore dei propri figli illegittimi.

18. Attraverso tale provvedimento normativo fu, inoltre, introdotto il concetto di matrimonio putativo, in ordine al quale era da considerarsi legittima la prole nata da un matrimonio invalido, nel caso in cui almeno uno dei consorti avesse ignorato in buona fede il vizio che inficiava l'unione coniugale.

19. Il *Family Law Reform Act* del 1987 fu preceduto da un ampio dibattito sociale, innescato da un *Working Paper* (n. 74), pubblicato a cura della *Law Commission* nel 1979, con il quale fu proposta la completa eliminazione, in seno all'ordinamento inglese, di qualunque riferimento alla distinzione tra chi fosse nato da genitori tra loro coniugati e chi, invece, non lo fosse.

timi e naturali[20] – con l'eliminazione del termine "*illegitimate*" – e riconoscendo a quest'ultimi la possibilità di ereditare anche dai parenti e non solo dai genitori. La *section 1* di tale provvedimento legislativo, infatti, stabilisce testualmente che «ogni riferimento (in qualsiasi modo espresso) al rapporto che lega due soggetti, contenuto in qualunque disposizione normativa successiva all'entrata in vigore della presente legge, dovrà essere compiuto – salvo che non vi sia una esplicita contraria indicazione – senza che venga in alcun modo in considerazione l'eventuale vincolo coniugale che, in ogni tempo, possa essere intercorso tra i genitori di costoro».

Tuttavia, il Parlamento inglese lasciò intatta l'espressione "filiazione naturale", mantenendo così anche la contrapposizione con la filiazione legittima[21].

Va detto che il *Family Law Reform Act* non ha realizzato una concreta ed effettiva equiparazione tra i genitori in ordine alle diverse modalità in cui può sorgere il loro legame giuridico con la prole. Tali modalità sono diversificate a seconda che si tratti di figli legittimi o naturali e, in quest'ultima ipotesi, a seconda che ci si riferisca al padre o alla madre[22].

La riforma più significativa del diritto di famiglia inglese si realizzò con il C*hildren Act d*el 1989, il quale introdusse il nuovo concetto di *parental responsibility*[23] che determinò il superamento della previgente dottrina dei diritti genitoriali come concepita nel quadro delle elaborazioni legislative e giurisprudenziali del sistema di c*ommon law*.

Si impose l'idea di una genitorialità esclusiva partendo dalla premessa che la famiglia nucleare rappresentasse il contesto in grado di promuovere il benessere del bambino. Pertanto, qualsiasi rapporto instaurato dal minore con adulti diversi dai propri genitori veniva considerato irrilevante per il diritto.

La *section 2* del *Children Act* del 1989 stabilisce che la *parental responsibility* sui figli nati al di fuori del matrimonio sia attribuita soltanto alla madre, con la possibilità per il padre di acquisirla attraverso tre differenti modalità: con l'espressa richiesta, da parte del genitore, di essere menzionato nel certificato di nascita[24]; con un accor-

20. L'unica differenza che il *Family Law Reform Act* del 1987 espressamente mantenne tra figli legittimi e naturali fu l'impossibilità di trasmettere a questi ultimi i titoli onorifici o nobiliari dei propri ascendenti.

21. Cfr. Bainham, 2009, 673.

22. Giaimo, 2013, 181 ss.

23. Secondo la definizione della *section 3* del *Children Ac*t del 1989, per *parental responsibility* si intende l'«insieme di tutti i diritti, doveri, poteri, responsabilità ed autorità che per legge il genitore di un bambino ha in relazione al bambino stesso e alla sua proprietà».

24. Tale modalità è stata introdotta successivamente all'entrata in vigore del *Children Act del 1989,* attraverso quanto disposto nella section 111 dell'*Adoption and Children Act* del 2002.

do (stipulato con la madre) attraverso il quale egli assume la *parental responsibility* sulla prole; con un procedimento giudiziario diretto ad ottenere un provvedimento che, in caso di mancato accordo con la madre, gli conferisca la *parental responsibility*, ove sia accertato che ciò corrisponde al miglior interesse della prole[25].

Il *Children Act* fu il primo atto legislativo che disciplinò la tutela del minore sulla base del principio secondo il quale i minori devono essere coinvolti, in proporzione alle proprie capacità, nelle decisioni che li riguardano. Tali decisioni, comunque, devono essere indirizzate al raggiungimento del maggior beneficio possibile del minore stesso. Viene, dunque, riconosciuta al minore la facoltà di richiedere in giudizio un provvedimento che, in caso di contrasto con chi detiene la potestà genitoriale, dia soddisfazione alle sue richieste; in questi casi l'autorità giudiziaria deve dapprima valutare la capacità di discernimento e la maturità del ricorrente, e, successivamente, la fondatezza della sua richiesta.

Ancora oggi non vi è un'equiparazione sostanziale tra i due *status* di figlio, naturale e legittimo e, a differenza dei sistemi di c*ivil law,* non è previsto un istituto corrispondente al riconoscimento. A seguito dell'entrata in vigore dell'*Adoption and Children Act n*el 2002, il padre può acquisire la *parental responsibility* qualora registri congiuntamente con la madre la nascita del figlio. Soltanto alla madre viene riconosciuta automaticamente, al momento della nascita, la responsabilità parentale.

Il sistema così delineato non ha fatto altro che accentuare le differenze di trattamento e suddividere i figli in tre categorie: i figli di genitori coniugati, a cui sono riconosciuti i diritti derivanti dall'esercizio congiunto della *parental responsability*; i figli nati fuori dal matrimonio, assoggettati ad un atto volontaristico del padre finalizzato ad ottenere l'attribuzione di quel complesso di obblighi e di potestà derivanti dalla *parental responsability;* e, infine, i figli nati fuori dal matrimonio, sottoposti esclusivamente alla *parental responsability* della madre con la conseguenza che i figli «rimarrebbero senza alcuno che possa esercitare nei loro confronti la potestà genitoriale nell'eventualità in cui la genitrice dovesse venire meno»[26].

La mancata equiparazione tra figli legittimi e naturali emerge, inoltre, nei casi

25. L'acquisizione della *parental responsibility* attraverso una intesa contrattuale tra i genitori, o quale conseguenza di un ricorso al giudice, non ha avuto una significativa diffusione nel tessuto sociale inglese «senza dubbio a causa della mancata consapevolezza, tra i padri non coniugati, della circostanza che essi non godono, nei confronti dei figli, della medesima posizione giuridica che, invece, è propria della madre» (Bainham, op. cit., 675). La possibilità per il genitore – successivamente introdotta, come si diceva, attraverso *l'Adoption and Children Act* del 2002 – di ottenere la *parental responsibility* sul figlio naturale mediante la semplice menzione della paternità nel certificato di nascita ha notevolmente incrementato la percentuale dei padri che, non coniugati, acquistano una propria responsabilità genitoriale sui figli.

26. Fortin, 2011, 482.

di separazione o divorzio dei coniugi, ovvero di cessazione della convivenza *more uxorio*[27]. Nella prima ipotesi, i genitori hanno l'obbligo di presentare al giudice un documento contenente le informazioni relative ai figli minori per l'emanazione del provvedimento più idoneo alla cura, all'educazione e al mantenimento degli stessi[28]. La cessazione della convivenza *more uxorio*, invece, non comporta alcuna prescrizione al riguardo, non essendo previsto un controllo da parte del giudice circa l'esistenza di un eventuale accordo tra genitori per l'affidamento dei figli o alla ripartizione dei rispettivi oneri[29]. Appare evidente, perciò, che anche in un momento tanto delicato come l'interruzione di una relazione affettiva, il legislatore anglosassone ha scelto di accordare una maggior tutela ai figli legittimi, a discapito dei figli naturali che, nell'ipotesi in cui il padre non compia alcun atto destinato ad una condivisione della *parental responsibility,* riceverebbero una tutela solo da parte della madre.

Successivamente, intervenne un'altra riforma a tutela del minore, il *Child Support Act* del 1991, il quale stabilì che lo *status* di genitore doveva essere finalizzato alla realizzazione del benessere della prole. Questa normativa tradusse in termini giuridici ciò che fino ad allora era stato un mero obbligo morale a carico dei genitori, vale a dire il mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'indipendenza. Il documento sancì, altresì, il principio per cui qualsiasi cambiamento nella relazione tra i coniugi non doveva ripercuotersi confronti della prole.

Sulla stessa scia, furono emanati il *Child Support*, *Pension and Social Security Act* del, e il *Child Maintenance and Other Payments Act*.

Per quanto concerne la disciplina del cognome l'ordinamento inglese non detta specifiche disposizioni in merito, rimettendo l'attribuzione del cognome all'autonomia dei genitori investiti della *parental responsability*, i quali potranno scegliere o un solo cognome o entrambi. Talvolta, è possibile l'assunzione di un cognome diverso da quello dei genitori. In caso di riconoscimento del figlio naturale, è possibile, con il consenso di entrambi i genitori o per provvedimento del giudice, modificare il cognome al momento della redazione del nuovo atto di nascita[30].

3. Nell'ordinamento italiano, il trattamento giuridico e sociale dei figli era profondamente diverso a seconda che questi fossero nati da genitori tra loro coniugati o al di fuori del matrimonio.

27. Giaimo, 2013; Fusaro, 2015; Furgiuele, 2007, 820 ss.

28. Cfr. la *rule 2.2* del *Family Proceedings Rules* del 1991.

29. La *section 63* del *Civil Partnership Act* del 2004 prevede, in realtà, una procedura simile a quella descritta in riferimento alla separazione od al divorzio dei coniugi, nell'eventualità in cui si tratti di stabilire i provvedimenti in favore dei figli, in conseguenza della dissoluzione di una unione registrata.

30. Giaimo, 2013, 181–194.

Lo Statuto Albertino del 1848 – sprovvisto di una disciplina relativa alle relazioni familiari – lasciava al legislatore l'esclusiva competenza ad intervenire in tali ambiti. Le coordinate di partenza dello *status filiationis*, dunque, vennero inizialmente dettate dagli istituti del diritto privato che, a partire dal Codice Civile del 1865, si concentrarono soprattutto sugli aspetti patrimoniali delle relazioni familiari, per poi soffermarsi, in epoca fascista, anche sui risvolti pubblicistici dell'istituzione familiare.

La famiglia rappresentava, perciò, il nucleo all'interno del quale i figli dovevano essere educati dai genitori in base ai «principi della morale» nonché in conformità al «sentimento nazionale fascista»[31].

Il Codice Civile del 1942, sulla scia del modello napoleonico, contrapponeva in modo assai netto lo *status* di figlio legittimo, concepito da genitori uniti in matrimonio, a quello di figlio illegittimo, generato invece dall'unione di due persone non coniugate[32]. Lo stesso attributo "illegittimo" evidenziava come l'ordinamento giuridico collocasse questa tipologia di figli in una condizione giuridica inferiore rispetto a quella in cui si trovavano i figli definiti legittimi, evidenziando il principio secondo il quale i rapporti di famiglia in senso proprio potevano radicarsi esclusivamente nell'ambito del matrimonio[33], considerando riprovevoli tutte quelle situazioni di fatto potenzialmente lesive della famiglia "tradizionale", avvertita come unica istituzione sociale da tutelare[34].

Solo i figli legittimi godevano di un'ampia tutela giuridica: nei confronti dei genitori obbligati al mantenimento, all'educazione e all'istruzione (art. 147 c.c.), nei riguardi degli ascendenti tenuti al mantenimento ex art. 148, ultimo comma c.c., e dei parenti, soggetti in determinate circostanze all'obbligo alimentare (art. 433 c.c.)[35]. Anche sul piano successorio, ai figli legittimi era riservata una quota indisponibile dell'eredità, doppia rispetto a quella prevista per i figli naturali.

31. Cfr. Cavana, 2007, 902.

32. Opportunamente Falletti sottolinea come la differenza di trattamento che il Codice del 1942 riservava ai figli naturali rispetto ai figli legittimi trovava le sue radici storiche nel diritto romano che distingueva tra *filii iusti* o *legitimi* e *naturales* o *vulgo concepti*, una distinzione sopravvissuta alla Rivoluzione francese e trasmessa nel *Code Napoléon*, nei codici preunitari e nel Codice civile italiano del 1865 che di quello francese – come è noto – costituiva traduzione pressoché letterale. Osserva al riguardo Sanna che se nella codificazione del '42 i profili discriminatori emergevano già a livello definitorio, il codice Grandi sembrava addirittura più arretrato della stessa Codificazione "a vapore", se si considera che il Codice del 1865, nel distinguere tra i vari tipi di filiazione, non parlava di "filiazione legittima" e "filiazione naturale", ma di "filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio" (Capo I) e di "filiazione della prole nata fuori di matrimonio" (Capo III).

33. Cicu, 1969, 9.

34. Cfr. D'Aloia – Romano, 2011, 8; Finocchiario, 2013, 57 ss.

35. Cfr. Sesta, 2005, 4–5.

I figli illegittimi venivano classificati in: figli naturali, nati da genitori tra loro non sposati né coniugati con altri; figli adulterini, nati da genitori sposati con altri; figli incestuosi, nati da genitori legali da un vincolo di parentela. In un tale scenario, l'attribuzione dello *status* di figlio (illegittimo) con la conseguente titolarità di diritti in capo a questi ultimi, era subordinata al riconoscimento o all'accertamento giudiziale della filiazione.

Da quanto detto emerge chiaramente come l'unico modello familiare riconosciuto e tutelato, in quanto conforme al diritto e al costume, era quello fondato sul matrimonio, che rappresentava l'ambito in cui la filiazione trovava piena protezione. L'obiettivo del legislatore, dunque, era quello di conferire tutela e dignità alla sola famiglia legittima, intesa quale unica entità sociale e giuridica capace di assolvere ai compiti di mantenimento, istruzione ed educazione necessari per assicurare un'ordinata vita sociale, come struttura in grado di darsi carico delle esigenze di vita della persona, dalla nascita alla morte, e di garantire la conservazione e la trasmissione del patrimonio[36].

Il modello familiare tradizionale non venne messo in discussione neppure dall'entrata in vigore della Costituzione[37], dove all'art 30 si legge «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio», assicurando a questi ultimi «ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima».

Sebbene originariamente pensato come una previsione dedicata in modo particolare ai figli illegittimi, l'art. 30 Cost. propose delle clausole di tutela in loro favore che diedero luogo a non poche perplessità. Il principale problema e è quello del rapporto con l'art. 3 Cost., laddove quest'ultima disposizione vieti alla legge di distinguere gli individui in base alle loro condizioni personali e sociali.

Anche le norme del codice civile 1942 segnavano nette differenze tra lo *status* dei figli legittimi e quello dei figli illegittimi.

L'orizzonte della parificazione dello *status* di figlio naturale a quello di figlio legittimo è stato messo a fuoco con evidente nitidezza dal legislatore con la riforma del 1975, che rappresenta il primo vero tentativo di superare i pregiudizi e le discriminazioni nei confronti dei figli naturali. La legge 19 maggio 1975, n. 151 – intitolata «Riforma del diritto di famiglia» – ha totalmente innovato la disciplina del diritto di famiglia dando attuazione ai principi costituzionali dell'eguaglianza tra coniugi e della parità dei figli legittimi e naturali.

In particolare, la riforma abolì l'espressione filiazione illegittima, sostituendola con quella di filiazione naturale; stabilì che il riconoscimento del figlio naturale

36. Sesta, 2013, 232.
37. Grassetti, 1950, 285.

comportasse per il genitore l'assunzione di uguali diritti e doveri rispetto ai figli legittimi (art. 261 c.c.).

Tuttavia, la parificazione tra filiazione naturale e legittima non è stata completa, complice anche la coscienza sociale di quel momento storico. In primo luogo è rimasta la contrapposizione filiazione legittima– filiazione naturale; ulteriori differenze si concentravano attorno alla disciplina dell'inserimento del figlio naturale riconosciuto nella famiglia del genitore biologico, ai sensi dell'art. 252 c.c., nonché alla possibilità di esclusione del figlio naturale dalla partecipazione alla divisione ereditaria, decisa di comune accordo dai figli legittimi con l'esercizio del diritto di commutazione.

La riforma del '75 ha introdotto un nuovo assetto familiare in contrasto con il precedente; segno che l'ordine sociale maturato nel secondo dopoguerra aveva vigorosamente intaccato il modello familiare tradizionale, espressione delle culture di matrice idealistica, rurale e cattolica. Nonostante ciò la famiglia legittima, e i figli nati all'interno di essa, continuavano a godere di privilegi a discapito della posizione giuridica di coloro che erano nati al di fuori di essa.

Il processo di parificazione dei figli naturali e legittimi è proseguito nel 2006 grazie alle norme dettate in materia di affidamento condiviso che hanno hanno permesso di unificare le regole sostanziali applicabili a seguito della disgregazione della coppia genitoriale, che sono le medesime, anche in riferimento ai procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati. Tale riforma, definita epocale, si fonda sul principio della c.d. bigenitorialità, ovvero il diritto dei figli a mantenere un rapporto stabile con entrambi i genitori, anche laddove la famiglia sia disgregata a causa di una crisi, con conseguente frattura del legame coniugale dei genitori conviventi. Ciò ha rappresentato un notevole passo avanti verso l'equiparazione nei rapporti di filiazione[38].

Con la Legge n. 219/2012, il legislatore ha tentato di eliminare dalle disposizioni normative qualsiasi diversità riguardo allo *status filiationis.* Le principali novità sono la modifica apportata all'art. 315 c.c. che attribuisce identico stato giuridico a tutti i figli. Tale disposizione va letta in combinato disposto con il novellato art. 74 c.c., in base al quale il vincolo di parentela discende in maniera diretta dalla filiazione, indipendentemente dal fatto che sia avvenuta all'interno del matrimonio od al di fuori di questo[39]. Ciò comporta, quindi, «che il matrimonio non si configuri più quale necessario presupposto per dar vita a relazioni legalmente familiari, che sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo, in modo che esso dispieghi ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi»[40].

38. Sesta, 2012, 15; Pane, 2014, 30 ss.
39. Giaimo, 2013, 10.
40. Sesta, 2013, 233.

Il perno della riforma, dunque, è contenuto nel nuovo art. 315 c.c. rubricato «Stato giuridico della filiazione» il quale afferma solennemente che «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». A ben vedere, l'enunciazione che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico suona alla stregua di un vero e proprio principio – così, del resto, lo definisce l'art. 2 della stessa l. n. 219/2012 – e sembra ambire ad integrarsi col testo degli artt. 29 e 30 Cost.[41]. L'affermazione contenuta nell'art. 315 c.c. segna una svolta epocale nel diritto della filiazione, in quanto a distanza di quasi quarant'anni dalla riforma del 1975 si realizza quella separazione tra filiazione e matrimonio in forza della quale la condizione giuridica del figlio è tutelata in ogni ordine di rapporti come valore autonomo e indipendente dal vincolo matrimoniale esistente tra i genitori[42]. La solenne enunciazione del principio dell'unicità di stato, predicata dall'art. 315 c.c., elimina la categoria ed anzi la denominazione stessa dei figli naturali che, per un singolare paradosso, sopravvive solo nell'intestazione della legge medesima; sarebbe stato assai più appropriato, ad esempio, riferirsi a "disposizioni in materia di filiazione", secondo la rubrica dell'art. 1.

La rilevanza attribuita dal legislatore al legame biologico che unisce i figli ai genitori, quale elemento determinante dell'esistenza della biunivoca relazione giuridica che intercorre tra costoro, senza più alcuna distinzione di status fondata sulla eventuale sussistenza di un vincolo coniugale tra i genitori medesimi, comporta un mutamento di prospettiva riferito al concetto stesso di famiglia.

La celebrazione del matrimonio diventa allora irrilevante al fine della determinazione dello status di figlio, atteso che quest'ultimo acquista la pienezza dei propri diritti nei confronti di chi lo ha generato e dei loro parenti esclusivamente con l'avvenuto riconoscimento, ovvero attraverso la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità senza che il legame, giuridico o di fatto, esistente tra i genitori possa influire in alcun modo.

Il principio dell'unicità dello *status* di figlio realizza in pieno il disposto dell'art. 30 Cost. che sancisce che i figli sono tutelati anche se nati fuori dal matrimonio, e porta a pieno compimento quella parificazione tra figli avviata con la riforma del diritto di famiglia nel 1975 e poi proseguita con la legge n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso.

L'unificazione dello *status* di figlio si colloca in linea anche con i principi europei che considerano il rapporto di filiazione come valore "originale e non dipendente", uguale per tutti i figli, senza distinzione di nascita (art. 21 Carta di Nizza, 3 Cost.)

41. Cfr. Biagi Guerini, 1989; Esposito, 1951, 554; Quadri, 1999, 77; Giacobbe, 2006, 481; Morrone, 2009, 33; Sesta, 2007, 65.

42. Ferrando, 2013, 15.

e nel rispetto sia della tutela del preminente interesse del minore sia del principio di responsabilità per la procreazione (art. 30, c. 1, Cost.). Dobbiamo considerare l'art. 315 c.c, dunque, come la chiave di volta del sistema: è alla luce di questa norma che la legge n. 219/2012 ha apportato tutte le modifiche più significative ed è questo stesso principio che ha vincolato il legislatore delegato nel completamento della riforma.

In tal senso sono orientati sia il nuovo art. 315 *bis* c.c. – il quale ha stabilito in favore di ogni figlio, nato o meno all'interno del matrimonio, le medesime tutele che l'art. 147 c.c. impone in capo ai genitori, come conseguenza diretta ed immediata del loro vincolo coniugale – sia la delega[43] conferita al governo diretta alla «unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti ed i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio»[44].

Degna di nota, poi, è la sostituzione nella rubrica del Titolo IX dell'antiquato riferimento alla "potestà genitoriale" con il concetto più moderno di responsabilità genitoriale.

4. Dal raffronto comparatistico è possibile concludere che il legislatore italiano, ponendosi in linea con i paesi europei, ha operato in modo da ottenere la definitiva separazione del rapporto genitoriale da quello coniugale, affinché le scelte esistenziali dei genitori stessi, in ordine alla propria unione, non abbiano alcun rilievo discriminante – in positivo o in negativo – in funzione dei diritti e delle tutele che spettano alla prole, quale conseguenza diretta ed immediata della nascita[45].

L'effettiva uniformità degli *status filiationis* compiuta in Italia[46] spicca con una evidenza maggiore se raffrontata al tentativo operato dal legislatore inglese con il *Family Law Reform Act* del 1987. Tuttavia, nell'ordinamento inglese perdura ancora una profonda distinzione tra lo *status* di figlio legittimo e naturale. La possibilità di conseguire una uniformità effettiva dei diversi *status filiationis*[47] dipende da

43. Giaimo, 2013, 11.

44. Cfr. art. 2, punto 1, lett. h) della L. n. 219/2012.

45. Giaimo, 2013, 13.

46. Tra i molteplici temi d'interesse, meritano di essere almeno ricordati: l'abbassamento del limite di età per la legittimazione al riconoscimento di figlio; l'abrogazione dell'istituto della legittimazione; la disciplina del riconoscimento di figli incestuosi in funzione del superiore interesse del minore; la definizione di stato di abbandono; l'ampliamento dei mezzi di prova per l'accertamento giudiziale della paternità e la possibilità di esercitare l'azione anche quando il presunto genitore sia deceduto; l'adeguamento di tutta la disciplina della successione. Rilevante infine, è la modifica contenuta nella legge n. 219 dell'art. 38 disp. att. c.c., che ha l'effetto di attribuire alla competenza del giudice ordinario le azioni relative all'affidamento e al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, sino ad oggi di competenza del tribunale dei minorenni.

47. Balestra, Bolondi, 2008, 309; Spelta, 2014, 445 ss.

una, non ancora attuale, univoca riferibilità al concetto stesso di figlio, attraverso la preventiva unificazione dei differenti *status* genitoriali[48].

Il Parlamento inglese ha perseguito il modesto obiettivo di una riforma del linguaggio legislativo finalizzata a cancellare dal *corpus* normativo ogni riferimento alla separazione concettuale tra figli legittimi e naturali, senza riuscire a incidere concretamente in modo da evitare la discriminazione che la presenza (o l'assenza) del vincolo matrimoniale tra i genitori ancora provochi in ordine allo *status filiationis*[49].

L'assenza di una simmetrica attribuzione della *parental responsibility* tra i due genitori, inoltre, ha comportato che solo i figli legittimi hanno la garanzia di una tutela dei propri interessi condivisa da entrambi i genitori, mentre la cura dei figli naturali rimane a carico esclusivo della madre, salvo che il padre non decida volontariamente di assumersi il relativo onere.

L'analisi degli interventi legislativi, realizzati sia a livello interno che comunitario, ha messo in luce la rivoluzione operata anteponendo la considerazione dei diritti del minore e del suo 'preminente' interesse ai suoi doveri.

È di fondamentale importanza che le varie leggi nazionali prevedano strumenti che rendano possibile l'integrazione del bambino all'interno della famiglia sin dal momento della nascita. Il cammino verso la piena valorizzazione del minore come soggetto attivo nel rapporto con i genitori ha visto, soprattutto nelle iniziative delle istituzioni europee, una spinta propulsiva. Ciò che si auspica è una regolamentazione uniforme della cd. dimensione internazionale delle relazioni familiari, realizzando un quadro di principi e una convergenza dei singoli ordinamenti, ad esempio attraverso la semplificazione e l'armonizzazione delle procedure e mediante la ricezione e la pubblicità reciproca delle decisioni giurisprudenziali.

È necessario, perciò, un continuo aggiornamento e specializzazione di tutti gli operatori coinvolti in ambito minorile per comprendere a pieno quali diritti vanta il bambino, quali strumenti internazionali sono posti a sua tutela, nonché quali soluzioni vengono fornite in casi simili, anche in chiave comparativa, quanto meno in ambito europeo. Ciò potrebbe consentire lo scambio di buone prassi e la creazione di una banca dati fondamentali per evitare che ogni singola decisione determini l'erosione di un sistema di protezione internazionale della prole che – proprio perché "sistema" – deve possedere una vocazione all'omogeneità pur nella valorizzazione delle peculiarità del singolo caso concreto.

48. Una siffatta istanza di uniformazione tra le diverse figure genitoriali è stata accolta positivamente dalla section 9 del *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002, secondo cui il figlio di genitori non uniti in matrimonio può derivare la cittadinanza inglese non soltanto dalla madre ma, anche, in virtù del semplice legame di sangue che lo unisce al padre. Occorre sottolineare, tuttavia, come tale disposizione non abbia efficacia retroattiva.

49. Giaimo, 2013, 11.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Autorino Stanzione M.G., Stanzione P. (1992). Sulla concezione della famiglia nell'Italia del XVIII secolo. *Dir. fam. pers*., p. 316 ss.

Autorino Stanzione M.G. (2013). Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari. *Comp. dir. civ.*, p. 1 ss

Autorino Stanzione M.G. (2015). *Diritto di famiglia.* Torino: Giappichelli.

Bainham A. (2009). Is legitimacy legitimate?. *Family Law*, p. 673.

Balestra L, Bolondi E. (2008). La filiazione nel contesto europeo. *Fam. dir*., p. 309.

Biagi Guerini R. (1951). *Famiglia e Costituzione.* Milano: Giuffrè.

Bianca C.M. (1985). *Diritto civile*. 2. *La famiglia. Le successioni.* Milano: Giuffrè.

Blackstone W. (1770). *Commentaries on the Laws of England.* England: Clarendon Press.

Brandileone F. (1906). *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia.* Milano: Hoepli.

Bromley P.M., Lowe N.V. (1987). *Bromley's Family Law.* London: Butterworths.

Busnelli F.D. (2002). La famiglia e l'arcipelago familiare. *Riv. dir. civ*., I, p. 509 ss.

Carbonnier J. (2010). *Écrits, textes rassemblés par R. Verdier.* Paris: Puf.

Cavaliere P. (2010). La tutela della famiglia nell'ordinamento inglese. *Libertà e diritti civili,* p. 603–606.

Chiodi G. (2013). *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal codice civile.* Milano: Giuffrè.

Cicu A. (1969). La filiazione, in Vassalli F. *Trattato di diritto civile.* Torino: Utet.

Cubeddu M.G. (2006). La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei. *Familia*, p. 869–900.

Cavana P. (2007). La famiglia nella Costituzione italiana. *Dir. fam. pers.,* p. 902.

D'Alloia A., Romano A. (2011). I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione, in Basini G.F., Bonilini G., Cendon P., Confortini M. *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli.* Torino: Utet.

Delille G. (1988). *Famiglia e proprietà nel Regno di Napoli. XV–XIX secolo.* Torino: Einaudi.

Diurni A. (2007). Storia e attualità della filiazione in Europa. *Dir. fam. pers.,* p. 1397–1431.

Ducros L. (1933). *La societé française au dix–huitième siècle.* Paris: Editions Hatier.

Esposito C. (1951). Famiglia e figli nella costituzione italiana. In Aa.Vv., *Studi in onore di A. Cicu.* Milano: Giuffrè.

Falletti E. (2007). La lunga strada dell'equiparazione tra filiazione legittima e naturale. *Vita Notarile,* p. 364.

Ferrando G. (1992). Filiazione legittima e naturale. *Dig. disc. priv.,* p. 301.

Ferrando G. (2013). La legge sulla filiazione. Profili sostanziali. *Ius civ.,* p. 132.

Figone A. (2014). *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*. Torino: Giappichelli.

Finocchiaro M. (2013). Superate le ultime discriminazioni esistenti ma la tecnica legislativa suscita perplessità. *Guida al diritto*, p. 57 ss.

Fortin J. (2011). *Children's Rights and the Developing Law.* Cambridge: University Press.

Furgiuele G. (2007). Modelli familiari nel diritto italiano e straniero. *Fam. pers. succ.,* p. 820 ss.

Fusaro A. (2015). *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica.* Torino: Giappichelli.

Giacobbe G. (2006). Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano. *Riv. dir. civ.,* I, p. 481.

Giaimo G. (2013). The status of the child nell'ordinamento giuridico inglese. Brevi raffronti comparatistici. In Cippitani R., Stefanelli S. *La parificazione degli status di filiazione.* Roma: Iseg.

Glendon M.A. (1989). The Trasformation of Family Law – State, Law and Family. *The United States and Western Countries.* p. 20.

Goody J. (1995). *Famiglia e matrimonio in Europa.* Bari: Laterza.

Gorgoni A. (2018). *La filiazione*. Torino: Giappichelli.

Gorgoni A. (2018). *Filiazione e responsabilità genitoriale*. Padova: Cedam.

Grassetti C. (1950). I principi costituzionali relativi al diritto familiare. In P. Calamadrei, A. Levi. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana Calamandrei – Levi.* Firenze: Barbera.

Mengoni L. (1972). La tutela dei figli nati fuori del matrimonio. In Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia.* Padova: Cedam.

Morrone A. (2009). Commento agli artt. 2, 3, 36, 37 e 38 della Costituzione. In Sesta M. *Codice della famiglia, tomo I, Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici.* Milano: Giuffrè.

Pane R. (2014). Nuove frontiere della famiglia. La riforma della famiglia. *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingeri*. Napoli: Esi.

Parisi A.G. (2011). Il matrimonio. Profili generali. In Autorino Stanzione G. *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico–pratico.* Torino: Giappichelli.

Perlingieri P. (1970). Riflessioni sull'unità della famiglia. *Dir. fam. e pers.,* p. 7 ss.

Quadri E. (1999). *Famiglia e ordinamento civile.* Torino: Giappichelli.

Rescigno P. (1966). *Persona e comunità.* Bologna: Il Mulino.

Romeo F. (2018). Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare. *Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*. Torino: Esi.

Salvioli G. (1890). *Manuale di storia del diritto italiano. Dalle invasioni germaniche ai nostri giorni.* Torino: Utet.

Sanna P. (2000). Modelli extra–matrimoniali e filiazione tra passato, presente e (possibile) futuro. *Fam. dir.,* p. 369.

Scalisi S. (1987). La "famiglia" e le "famiglie" (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma). In Aa.Vv., *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea.* Napoli: Esi.

Sesta M. (1998). Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare. In Aa. Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno.* Milano: Giuffrè.

Sesta M. (2001). Genitori e figli naturali: il rapporto, in Sesta M., Lena B., Valignani B. *Filiazione naturale. Statuto e accertamento.* Milano: Ipsoa.

Sesta M., (2005). *Diritto di famiglia.* Padova: Cedam.

Sesta M. (2012). La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio. In Sesta M., Arceri A. *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia.* Torino: Utet.

Sesta M. (2013). L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari. *Fam. e Dir.*, p. 232.

Sesta M. (2017). *Manuale di diritto di famiglia*. Padova: Cedam.

Spelta G. (2014). La parificazione dello status giuridico dei figli: una valutazione dei diritti successori alla luce delle esperienze

europee. Le disposizioni transitorie. *Nuova giur. civ.comm*., p. 445 ss.

Stanzione P. (2013). *Manuale di diritto privato.* Torino: Giappichelli.

Torrente A., Schlesinger P. (2014). *Manuale di diritto privato.* Milano: Giuffrè.

Ungari A.P. (1970). *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni "giacobine" al Codice civile del 1942.* Bologna: Il Mulino.

Vismara G. (1988). *Scritti di storia giuridica.* Milano: Giuffrè.

CONCETTA MARIA NANNA

LA RICONOSCIBILITÀ DEI FIGLI "INCESTUOSI", TRA PATERNALISMO LEGISLATIVO E PROSPETTIVE DI INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA*

ABSTRACT

L'a., dopo aver ricostruito l'evoluzione storica del divieto del riconoscimento dei figli incestuosi, si sofferma sulla disciplina della riforma del 2012, che ha finalmente ammesso la loro riconoscibilità, condividendo la soluzione legislativa, ma evidenziando alcune criticità, specie in relazione alla previsione dell'autorizzazione del giudice richiesta per il riconoscimento del figlio "incestuoso", anche se maggiorenne. Dopo aver riassunto le posizioni della dottrina, l'a. individua le motivazioni del legislatore, che sembrano di tipo prudenziale, e prospetta una "naturale" interpretazione evolutiva che consentirà, nel tempo, di svuotare di contenuto la portata ed il valore della prescritta autorizzazione giudiziale.

After outlining the historical trend of the legitimacy of the children born out of incest, the author sheds light on the 2012 reform that finally proved their right to become legitimate. She supported the content of the law, yet stressing some critical points, especially regarding the expected authorization by the Judge for children legitimacy, even at adult age. The study firstly sums up the key aspects of the law and later identifies the apparently prudent intents of the legislator. Lastly, the work presents a "natural" interpretation of the trend, which may allow both scope and value of the mandatory judicial authorization to diminish over time.

PAROLE CHIAVE

Riconoscibilità dei figli incestuosi / autorizzazione giudiziale / interpretazione evolutiva

Legitimacy of the children born out of incest / authorization by the Judge / interpretation of the trend

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica del divieto di riconoscimento dei figli incestuosi. – 2. La riconoscibilità dei "figli incestuosi" nell'ambito della riforma della filiazione: aspetti critici. – 3. *Ratio* e natura dell'autorizzazione giudiziale al riconoscimento dei figli "incestuosi", tra sospetto di incostituzionalità e soluzioni interpretative.

1. Com'è noto, la materia della filiazione naturale è stata recentemente riformata con la legge n. 219 del 10 dicembre 2012, recante «Disposizioni in materia di

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

riconoscimento dei figli naturali», successivamente completata dal relativo decreto attuativo n. 154/2013. La riforma ha introdotto novità di rilievo in materia di filiazione e parentela ed è stata accolta con favore unanime dalla dottrina[1], che ha sottolineato la portata innovatrice della legge, tesa ad eliminare qualsiasi discriminazione, ancora esistente, tra figli "naturali" e figli "legittimi"[2]. La *ratio* della legge è molto chiara: ai sensi dell'art. 315 c.c. «tutti i figli hanno il medesimo stato giuridico»; tale norma, che costituisce il "cuore" della riforma, contiene quella che correttamente è stata definita «una solenne enunciazione del principio dell'unicità dello stato» giuridico della filiazione[3], ritenuta idonea ad «attuare una vera e propria rivoluzione»[4].

Si inserisce in questa logica ed in quest'ambito l'abrogazione del divieto di riconoscimento dei figli "incestuosi", precedentemente disciplinato dall'art. 251 c.c. Tale norma era espressione di un principio profondamente ingiusto, teso a far ricadere sui figli le colpe dei genitori[5], ed era stato superato – peraltro solo parzialmente – qualche anno prima grazie all'intervento della Corte Costituzionale, che aveva consentito la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità anche nell'ipotesi di filiazione incestuosa[6]. Per tali motivazioni, come è stato giustamente sostenuto, l'abrogazione del divieto del riconoscimento dei figli "incestuosi" costituisce una delle più rilevanti novità della riforma, pur avendo un'incidenza pratica di minore entità, rispetto alle altre norme in materia di filiazione naturale[7].

Per comprenderne appieno la portata, è utile ripercorrere il cammino e l'evoluzione storica del divieto del riconoscimento dei figli nati da relazioni incestuose. Nel codice Napoleonico ed in quelli preunitari si chiariva lo scopo del divieto, che era assoluto[8], e mirava a tutelare la famiglia, vista come nucleo fondante della società ed espressione di superiori valori di "tipo pubblicistico", da qualsiasi turbamento

1. Tra i primi autori che hanno commentato la riforma, cfr., *ex multis*, Bianca, 2013, 437 ss.; De Filippis, 2013, 279 ss.; Sesta, 2013, 231 ss.; Danovi, 2013, 537 ss., Delfini, 2013, 545 ss.; Ferrando, 2013, 525 ss.; Lenti, 2013 301 ss.; Dogliotti, 2013, 279 ss.; Carbone, 2013, 225 ss.; Graziosi, 2013, 263 ss.; Tommaseo, 2013, 251 ss.; G. Finocchiaro – M. Finocchiaro, 2013, 42 ss.

2. Cfr., per tutti, Auletta, 2015, 245; per considerazioni relative all'ingiustificabilità della discriminazione nei confronti dei figli "incestuosi", cfr. le riflessioni critiche di Ferrando, 2006, 211 ss.

3. Sesta, 2014, 2.

4. Sesta, 2014, 4.

5. La dottrina rilevava l'ingiustizia di tale principio da molto tempo: cfr., *ex multis*, Sbisà, 1986, 815; Ferrando, 2006, 211 ss.; Miraglia, 1981, 1055 ss.; Majello, 1982, 52 ss.; Carraro, 1975, 103; più recentemente, v., per tutti, Prosperi, 2010, 937; Bonilini, 2010, 280 ss.; Bianca, 2014, 371.

6. V. oltre, nota n. 25.

7. Auletta, 2015, 235.

8. Per gli opportuni riferimenti storici, cfr. spec. Azzariti, 1957, 307 ss.; Ferrando, 2006, 213 ss.; Ambanelli, 2007, 232 ss.; Auletta, 2015, 235.

"esterno"[9]. Non a caso si affermava che la società non avesse alcun interesse al riconoscimento dei "bastardi", dovendosi tutelare, appunto, la famiglia dallo scandalo e dall'infamia[10]. Il codice civile del 1865 conteneva il medesimo divieto, sempre di tipo assoluto, relativo al riconoscimento dei figli «nati da persona fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado» (art. 180). Era inoltre previsto il divieto, ugualmente assoluto, di indagini relative alla paternità o maternità in tutti i casi in cui fosse vietato il riconoscimento e, quindi, ovviamente, anche in relazione ai figli "incestuosi" (art. 193). Formalmente, la *ratio* del divieto era quella di «non infliggere su quei figli una macchia ignominiosa che sarebbe peggiore dell'oscurità dei loro natali»[11]; tuttavia, si è giustamente osservato in merito che la vera intenzione del legislatore era piuttosto quella di proteggere l'istituto della famiglia, e non l'interesse dei figli, sanzionando la condotta immorale e ignominiosa dei genitori[12].

Con il codice civile del 1942 era introdotto un elemento di novità, in quanto il divieto veniva meno in caso di buona fede di uno o di entrambi i genitori che, in tale ipotesi, potevano riconoscere il figlio nato dalla loro relazione, di cui ignorassero la natura[13]. Al tempo stesso veniva mantenuto il divieto di indagini relative alla paternità e maternità naturale, così creando la possibilità che esistessero figli riconoscibili, ma non giudizialmente dichiarabili[14]. La "vera" *ratio* legislativa emergeva così chiaramente: il riconoscimento del figlio "incestuoso" era vietato come sanzione alla condotta dei genitori, il cui anonimato era peraltro integralmente protetto, essendo rimessa solo a loro la decisione relativa al riconoscimento, esclusa invece per i figli, che non potevano agire giudizialmente per reclamare i loro

9. Nell'ambito dei lavori preparatori al codice napoleonico si affermava che «la nascita di un figlio, frutto dell'incesto o dell'adulterio, è una vera calamità per i costumi e non vi poteva essere nulla di più immorale e di più contrario alle convenienze che assicurare la protezione della legge a questo figlio mostruoso»: cfr. Azzariti, 1957, 309.

10. Emblematiche sono le parole riportate da Ferrando, 2003, 848, pronunciate da Real nella sessione del Consiglio di Stato del 15 novembre 1801, che ben esprimono le idee napoleoniche in materia, secondo cui i *bàtards* erano da considerarsi «una specie di uomini, che non appartenendo ad alcuna famiglia, non appartengono ad alcuna società: che sono gettati in mezzo all'umana famiglia in preda a tutti i bisogni e a tutti i dispiaceri (..) nemici di un ordine di cose che li avvilisce».

11. Parole riportate da Azzariti, 1957, 310.

12. Auletta, 2015, 235–236.

13. Correttamente, Basini, 2015, 64, rileva che la riconoscibilità dei figli "incestuosi", ammessa nell'ipotesi di buona fede dei genitori, costituiva senz'altro una novità di «notevolissima importanza simbolica», ma di scarso rilievo pratico, limitato ai casi di parenti allontanati in tenera età e comunque «tanto comuni nel mito, nella letteratura e nell'opera lirica, quanto rari e fuori dal comune nella vita reale».

14. Auletta, 2015, 236.

diritti[15]. Come peraltro è stato acutamente sottolineato, l'intenzione legislativa di sanzionare la condotta dei genitori celava, in realtà, un altro obiettivo, o quantomeno giungeva al risultato paradossale di proteggere l'anonimato dei genitori in mala fede, secondo la «secolare tradizione napoleonica»[16].

È solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975 che l'attenzione "si sposta" dall'interesse dei genitori a quello del figlio; pur rimanendo di fatto inalterato il divieto[17], ed essendo ancora consentito il riconoscimento solo nell'ipotesi di buona fede del o dei genitori (oltre che in quella di dichiarazione di nullità del matrimonio tra affini, ipotesi a dire il vero un po' pleonastica[18]), viene introdotta l'autorizzazione giudiziale, diretta, appunto, al controllo ed alla verifica della sussistenza dell'interesse del figlio ed alla "necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio"[19]. Tuttavia, la scelta della riforma del '75 non appare molto felice, né del tutto condivisibile, perché ha, in concreto, ridotto ancor più le ipotesi in cui era ammesso il riconoscimento, rispetto alla disciplina pregressa[20]. A ciò è stato obiettato che la nuova formulazione dell'art. 278 c.c., che ha previsto l'ammissibilità delle indagini relative alla paternità e maternità nell'ipotesi di ratto o violenza carnale al tempo del concepimento, avrebbe indirettamente equiparato il genitore violentato a quello in buona fede[21]; a tale conclusione si giungerebbe grazie ad un'interpretazione sistematica degli artt. 251 e 278 c.c., in modo da far coincidere riconoscibilità e dichiarabilità[22], consentendole entrambe nell'ipotesi di violenza sessuale.

15. Auletta, 2015, 237. Contrario al divieto del riconoscimento dei figli "incestuosi", con cui il legislatore proteggeva più che altro il «timore del pubblico scandalo», con il sacrificio di altri «più sostanziali e seri interessi», era già Santoro Passarelli, 1961, 463.

16. Renda, 2004, 98.

17. Il legislatore optò per questa soluzione, nonostante autorevoli opinioni critiche in dottrina, espresse nell'ambito di rilevanti convegni in cui si discuteva del progetto di riforma del diritto di famiglia: cfr. Giorgianni, 1972, 135; Mengoni, 1972, 140 ss.; Bianca, 1972, 120. Successivamente, in senso analogo, cfr. Jemolo, 1976, 564 e Majello, 1982, 52 ss.; Ferrando, 1977, 188.

18. Ritengono inutile tale previsione, Finocchiaro A. – Finocchiaro M., 1974, 205– 206.

19. Critico in merito è Carraro, 1992, 117 ss., secondo cui il giudice deve valutare un interesse privato, e non uno di tipo pubblicistico, con la conseguenza di un'indebita coincidenza ed un potenziale conflitto tra il figlio ed il giudice stesso. Secondo Ferrando, 2003, 850, la norma nasconderebbe un intento diverso, poiché paradossalmente «l'interesse del figlio rileva così in modo singolare, per escludere il riconoscimento e non invece per ammetterlo in ogni caso».

20. In tal senso, Auletta, 2015, 239.

21. È la tesi di Carraro, 1992, 116. Conf.: Bianca, 2005, 357; Vercellone, 1988, 89.

22. Renda, 2004, 101, correttamente rileva che sussiste un parallelismo tra il riconoscimento (effettuato su iniziativa del genitore) e la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (su iniziativa del figlio): conseguentemente, in tutte le ipotesi in cui è ammesso il riconoscimento deve corrispondentemente esistere lo speculare diritto di ottenere la dichiarazione giudiziale. Quindi, nonostante il silenzio del legislatore, «per il principio di corrispondenza biunivoca» dovrebbe ammettersi il riconoscimento anche nel caso di ratto o violenza carnale.

Secondo altra dottrina, probabilmente in modo più corretto, la questione avrebbe dovuto essere portata all'attenzione della Consulta[23], per essere del tutto chiarita. Sembra pertanto più corretto ritenere che la riforma del '75, che pur ha innovato profondamente il sistema in relazione ai figli "adulterini", parificandoli ai figli "legittimi", abbia mantenuto un atteggiamento di assoluto sfavore nei confronti della riconoscibilità dei figli "incestuosi", giungendo a dettare una disciplina ancora più restrittiva, a seguito della previsione dell'autorizzazione giudiziale, pur mostrando quantomeno di spostare l'attenzione dall'interesse dei genitori a quello dei figli[24].

In questo panorama legislativo si è inserito l'intervento della Corte Costituzionale del 2002, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 278, 1° comma, «nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, 1° comma, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato». Sembra opportuno subito precisare che la sentenza della Consulta del 2002[25], pur di grande rilievo e di portata "storica", non è stata incisiva fino in fondo[26], perché si è limitata, come si è accennato, a dichiarare l'incostituzionalità del divieto dell'accertamento giudiziale della paternità e maternità dei figli "incestuosi", solo nell'ipotesi di "iniziativa" del figlio, e non anche nell'ipotesi prevista dal pur correlato art. 251 c.c., in materia di riconoscimento del figlio incestuoso, su "iniziativa", quindi, del genitore o dei genitori, anche se non in buona fede.

Tuttavia, nonostante questi limiti, l'intervento della Corte Costituzionale ha costituito un fondamentale passo avanti[27] per la piena tutela dei diritti dei figli "incestuosi". Di grande pregio sono state le motivazioni, che hanno sintetizzato le critiche mosse da tempo dalla dottrina e che sono state dirette a sottolineare l'ingiustizia di un divieto anacronistico e del tutto privo di una giustificazione nel nostro attuale ordinamento giuridico[28]. Correttamente, la Corte sottolinea che i

23. Dogliotti, 2014, 490.

24. Favorevole in tal senso alla disposizione normativa è Lisella, 2013, 3, il quale parla di «opzione coerente»; *contra*: Ferrando, 2003, 850.

25. Corte Cost. 28.11.2002 n. 494, Foro it., 2004, I, 1053; Nuova giur. civ. comm., 2003, 543; Familia, 2003, 841; Giust. civ., 2003, I, 20; Giur. it., 2004, 15; Dir. fam., 2003, 622; Quad. dir. pol. eccl., 2003, 969. La pronuncia della Consulta trae origine da Cass. 4.07.2002 n. 9724, Familia, 2002, 1127; Fam. e dir., 2002, 473.

26. In senso critico, Bianca, 2002, 4068 ss.; Ferrando, 2003, 848 ss.; Dogliotti, 2003, 123 ss., il quale parla di «grave anomalia» posta in essere dalla sentenza; Di Nardo, 2003, 554, secondo il quale il figlio, privato della riconoscibilità, sarebbe conseguentemente privato del suo stesso diritto all'identità personale.

27. Di sentenza innovativa e «di assoluto spessore» parla Pagliantini, 2006, 568 ss. In senso favorevole alla sentenza, v., inoltre, Di Paola, 2002, 1209 ss.; Villani, 2003, 563 ss.

28. Di unanime consenso per il risultato raggiunto dalla sentenza della Corte Costituzionale in

figli "incestuosi" non riconoscibili sono in una situazione di «*capitis deminutio* perpetua», in quanto non possono accedere agli stessi diritti dei figli "legittimi" o "naturali riconosciuti o giudizialmente dichiarati", ma possono solo "accontentarsi" di una tutela "minore", ex art. 279 c.c. e, in materia successoria, ex artt. 580 e 594 c.c. Risulta così evidente una chiarissima violazione del principio di cui all'art. 2 Cost., in relazione al «diritto ad uno *status filiationis*», oltre che al principio di uguaglianza, ex art. 3 Cost.[29] Né, peraltro, in tale materia è giustificabile una discrezionalità legislativa, ex art. 30, 4° comma, Cost., poiché «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto»[30].

Inoltre, non sussiste, secondo la Corte Costituzionale, alcun contrasto tra le esigenze del figlio "incestuoso" e quelle della protezione dell'"ordine pubblico familiare", poiché non può ammettersi nel nostro ordinamento una concezione «totalitarista» della famiglia, che fa ricadere sui figli le colpe dei genitori e che si dimostra «nemica delle persone e dei loro diritti». Non più ammissibile, conseguentemente, sembra anche la stessa espressione "figli incestuosi"[31], poiché "incestuosi" sono solo i genitori, la cui condotta tuttavia non può più impedire al figlio incolpevole ed inconsapevole di ottenere piena tutela giuridica. Il figlio "di genitori incestuosi" ha invece diritto al riconoscimento formale di uno proprio *status filiationis*, quale elemento fondante del diritto all'identità personale[32], tutelato sia dall'art. 2 Cost., che dagli art. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Né, inoltre, vengono in alcun modo "turbati" i diritti dei membri della famiglia legittima, ex art. 30, 3° comma, Cost.[33] Del resto, se così fosse, non sarebbe

merito alla possibilità di far conseguire l'acquisto dello stato di figlio parla correttamente Auletta, 2015, 241.

29. Già in precedenza, rilevavano la sussistenza del contrasto con tali norme della Carta costituzionale, Bianca, 2005, 277 ss.; Sbisà, 1986, 815. Di Paola, 2002, 1215, correttamente rileva che il principio di uguaglianza è del tutto incompatibile con una disciplina che preveda un diverso trattamento tra figli derivante dalle condizioni della nascita; è evidente inoltre la violazione di un diritto inviolabile del figlio "incestuoso", ex art. 2 Cost.

30. In senso difforme, cfr. Sesta, 2002, 1134.

31. La Corte Costituzionale distingue in modo molto chiaro la condotta dei genitori e la posizione del figlio, differenziando la «relazione orizzontale» (tra i genitori) da quella «verticale» (tra genitori e figli): v., in merito, Ferrando, 2003, 852. Conseguentemente, anche il linguaggio usato nella sentenza si adegua a tali considerazioni: la Corte non parla infatti di «figli incestuosi», ma di «figli di genitori incestuosi», che vanno tutelati in quanto "persone", aventi diritto alla propria identità personale ed al proprio *status familiae*. Sui rapporti orizzontali e verticali, cfr. anche Carbone, 2002, 1127.

32. Tale principio è stato già in precedenza espresso dalla stessa Corte Costituzionale: cfr. Corte Cost. 11.05.2001 n. 120, Foro it., 2002, I, 646 ss.; Dir. fam., 2001, 1374; Stato civ. it., 2002, 191; Nuove leggi civ. comm., 2001, 1201; Giur. cost., 2001, 973.

33. V. le riflessioni di Auletta, 2015, 240;

ammissibile nemmeno il riconoscimento[34] o la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità nell'ipotesi di genitori in buona fede, o di matrimonio annullato tra affini in linea retta, ovvero in presenza di ratto o violenza sessuale (relativamente all'art. 278 c.c.)[35].

Nonostante queste condivisibili e rilevanti argomentazioni della sentenza della Consulta, essa è stata giustamente oggetto di critiche, per non aver dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 251 c.c., oltre che dell'art. 278 c.c., creando così una terza categoria di figli: quelli dichiarabili, ma non riconoscibili[36]. È senza dubbio vero che l'ordinanza di rimessione della Suprema Corte era piuttosto ambigua e si riferiva all'art. 278 c.c. (anche perché quella norma era oggetto del giudizio originario) e che le regole tecniche della "rilevanza"[37] hanno posto limiti all'intervento della Consulta; tuttavia, tali limiti non erano "insuperabili"[38], ben potendo la Corte Costituzionale dichiarare l'illegittimità costituzionale di altre norme collegate, come conseguenza della decisione adottata. Sembra inoltre contraddittorio che sia stata la stessa Consulta a ritenere ingiustificabile che il figlio di genitori incestuosi debba "proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato" per ottenere i suoi diritti, e abbia, al contempo previsto la sola incostituzionalità dell'art. 278 c.c., lasciando, di fatto, ogni decisione esclusivamente in capo al figlio stesso[39]. Né l'esigenza della tutela dell'interesse del figlio sembra motivo sufficiente a giustificare la scelta della Consulta, in considerazione dell'esistenza del controllo giudiziale di convenienza, previsto dall'art. 251 c.c.[40].

34. Cfr. Ferrando, 2003, 854, secondo la quale la Corte avrebbe potuto applicare l'art. 27 della l. 87/1953, anche perché l'art. 278 c.c. è direttamente connesso, oltre che dipendente dall'art. 251 c.c.

35. Come correttamente rileva Ferrando, 2003, 855 – 856, il problema dell'eventuale "turbamento" dei diritti dei componenti della famiglia "legittima" può porsi solo quando debbano essere bilanciate le diverse esigenze dei figli (appunto) "legittimi" e di quelli "naturali", ad esempio come fa il legislatore quando detta norme in materia di inserimento del figlio nato fuori del matrimonio all'interno della famiglia.

36. Così, Ferrando, 2003, 855; similmente, Renda, 2004, 101, secondo il quale la sentenza della Consulta spezzerebbe «la biunivoca corrispondenza» tra la riconoscibilità ex art. 251 c.c. e la dichiarabilità giudiziale ex art. 278 c.c.

37. In tal senso, Renda, 2004, 102.

38. Così, Auletta, 2015, 241.

39. Corte Cost. 28.11.2002 n. 494, punto 5: la Consulta precisa che il figlio, laddove non voglia «autoproclamarsi» discriminato, agendo in giudizio per ottenere il suo stato, avrebbe la sola possibilità di ritenere «comprensibilmente» preferibile «rinunciare a ciò che a lui è dovuto, con la conseguenza paradossale che i genitori (..) andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti»; conf., Auletta, 2015, 241.

40. In tal senso, cfr. Ferrando, 2003, 856, secondo la quale l'atteggiamento prudenziale della Corte Costituzionale sembra destituito di fondamento; conf., Auletta, 2015, 242.

2. Successivamente all'intervento della Corte Costituzionale, la disciplina in materia di riconoscimento dei figli "incestuosi" ha subito una profonda innovazione, come si è precedentemente anticipato, grazie alla legge 219/2012, che ha finalmente ammesso, all'art. 251 c.cc., 1° comma, c.c., il riconoscimento stesso, previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. La riforma del 2012 ha subito alcune modifiche a seguito del d.lgs. 154/2013: infatti, nell'originaria formulazione, l'art. 251, 2° comma, c.c., prevedeva che "il riconoscimento di una persona minore di età" era «autorizzato dal Tribunale per i minorenni». Successivamente, il d.lgs. 154/2013 ha parzialmente modificato l'art. 251 c.c., secondo comma, stabilendo che «il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal giudice». In realtà, la modifica non ha innovato, nella sostanza, la disciplina del 2012[41], in quanto il legislatore del 2013 si è limitato a rideterminare la competenza del tribunale per i minorenni nell'ambito dell' art. 38 disp. att. c.c., in cui si afferma ora che «sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli art. 251 e 317 bis c.c.». In merito, può rilevarsi che la modifica del 2013 ha senza dubbio ribadito la necessità dell'autorizzazione giudiziale, sia nell'ipotesi di minorenni che di maggiorenni: ciò deriva dal chiaro dettato del primo comma dell'art 251 c.c. Inoltre, essa ha ribadito, anche se con una tecnica un po' imprecisa[42], che la competenza spetta al Tribunale ordinario, in caso di persone maggiori di età, ed al Tribunale per i minorenni, per i minori. A ciò si è obiettato che l'attuale formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. si riferisce, in generale, all'art. 251 c.c., e non al solo secondo comma di tale articolo, con il «risultato paradossale»[43] di far ritenere, almeno dal punto di vista letterale, che la competenza al rilascio dell'autorizzazione spetti sempre al tribunale per i minorenni. Ovviamente, una corretta interpretazione logica e sistematica delle norme impone di escludere questa soluzione e di ritenere, invece, immutato il sistema, così come disciplinato nel 2012: non può tuttavia omettersi di rilevare una scarsa attenzione del legislatore nella ridefinizione della materia, che ha evidenziato, come è stato correttamente sottolineato, un «maldestro tentativo di riordino delle

41. Cfr., Auletta, 2015, 248; Lisella, 2014, 848, il quale precisa che il secondo comma dell'art. 251 c.c. non avrebbe alcun senso, se non letto in collegamento con l'art. 38 disp. att. c.c., che va rapportato al solo comma 2 dell'art 251 c.c. stesso, poiché non si giustificherebbe in alcun modo una competenza del tribunale per i minorenni per figli "incestuosi" maggiori di età.

42. Si esprime in questi termini, Basini, 2015, 65.

43. È la tesi di Castellano, 2014, 575 – 576, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. L'autore propone una lettura "correttiva" dell'art. 38 disp. att. c.c., in modo analogo all'interpretazione giurisprudenziale relativa all'art. 371, ult. comma, c.c., laddove la competenza è individuata in capo al tribunale ordinario, e non al tribunale per i minorenni, nel caso di interdetti.

disposizioni (...) sulle competenze»[44]. Né può convenirsi con quanto affermato da una dottrina, secondo cui il riferimento generico all'autorizzazione giudiziale, contenuto nell'art. 251 c.c., senza espresso richiamo alla competenza del tribunale per i minorenni, implicherebbe che non sia più richiesta l'autorizzazione per il maggiorenne[45]. Sembra invece più corretto ritenere che nulla sia mutato, rispetto al 2012, e che l'autorizzazione continui ad essere rilasciata dal tribunale ordinario, per i maggiorenni, e dal tribunale per i minorenni, per i minori.

Per quanto riguarda la previsione dell'autorizzazione giudiziale, può rilevarsi che il legislatore della riforma sembra essersi orientato per la scelta più "prudenziale" e più tradizionale, lasciando al giudice la valutazione della convenienza del riconoscimento per il figlio "incestuoso"[46], sì da verificare che nessun pregiudizio psicologico, morale o sociale possa a lui derivare dall'accertamento giudiziale delle sue origini. In merito, la scelta legislativa non pare del tutto condivisibile[47]: se essa sembra ampiamente giustificabile per i minori di età, non altrettanto può dirsi per i maggiorenni. Questi ultimi sono infatti del tutto in grado di valutare autonomamente l'esistenza di un eventuale pregiudizio, senza che si reputi necessaria un'autorizzazione giudiziale, che peraltro va rilasciata in via preventiva[48], prima ancora di valutare le intenzioni del figlio che dovrà essere eventualmente riconosciuto. In sostanza, sembra difficile negare che il legislatore abbia optato per una scelta di tipo paternalistico[49], che non considera adeguatamente la capacità del figlio maggiorenne di autodeterminarsi. Sotto questo aspetto, la riforma, che pure ha compiuto uno storico passo avanti nella parificazione dei figli e nell'attribuzione dello "stato unico di figlio", è stata oggetto di critiche quasi unanimi da parte della dottrina[50]. Basti pensare, nell'ipotesi di figlio maggiorenne, alla procedura complessa e "tortuosa"[51], delineata dalla riforma: in primo luogo è richiesta l'autorizzazione del giudice, ex art. 251, 1° comma, c.c., diretta a valutare l'interesse del figlio;

44. Così, testualmente, Castellano, 2014, 575.

45. È l'opinione di Sesta, 2014, 22, nota n. 75.

46. Di autorizzazione avente lo scopo di effettuare un «controllo di convenienza» da parte del giudice parla Auletta, 2015, 242; prima della riforma, auspicava la riconoscibilità del figlio "incestuoso", lasciando ferma l'autorizzazione giudiziale, Renda, 2004, 103–104.

47. Critico è Auletta, 2015, 251– 252, il quale precisa che tali aspetti non inficiano comunque il giudizio «complessivamente positivo» sulla nuova disciplina in materia di filiazione incestuosa; non condivide, ed anzi ritiene che non possa essere possibile «giustificare» l'autorizzazione giudiziale, specie per i maggiorenni, Basini, 2015, 66; conf., Lenti, 2013, 206; Auletta, 2014, 489.

48. Nonostante l'autorizzazione sia rilasciata in via preventiva, è tutt'oggi considerata dalla dottrina maggioritaria una condizione di efficacia del riconoscimento: cfr. Auletta, 2015, 250; Dogliotti, 2014, 491; in precedenza, cfr. Carraro, 1992, 117; A. Finocchiaro – M. Finocchiaro, 1975, 1670.

49. Di paternalismo parlano, in particolare, Basini, 2015, 69 e Auletta, 2015, 251.

50. V. le precedenti note 47 e 48.

51. Basini, 2015, 66: sarebbe stato quindi più opportuno lasciare solo al figlio ultraquattordicenne

inoltre, è ovviamente necessaria la manifestazione di volontà del genitore diretta al riconoscimento; infine, è richiesto l'assenso del figlio ultraquattordicenne, ex art. 250, 2° comma, c.c.

Inoltre, la normativa del 2013 ha introdotto l'autorizzazione del giudice anche nella diversa ipotesi di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità, ex art. 278 c.c. Senza dubbio tale modifica alla disciplina previgente, come si era delineata e ridefinita a seguito dell'intervento della Consulta del 2002, ha lo scopo di ricreare armonia all'interno del sistema ed alla normativa della riforma globalmente intesa[52]. Ciò nonostante, non pare possibile negare che tale intervento abbia comportato un inevitabile passo indietro rispetto all'importante risultato che era stato raggiunto dalla Corte Costituzionale. Grazie alla già citata sentenza del 2002, infatti, il figlio maggiore di età non aveva alcun bisogno di un'autorizzazione giudiziale, poiché «l'interesse del figlio ad evitare l'accertamento formale del rapporto di filiazione, nel caso dell'azione proposta per la dichiarazione giudiziale della paternità e maternità naturali» era «*in re ipsa* protetto dal fatto che il diritto di azione è riconosciuto a lui solo»[53]. Il risultato della riforma è quindi palesemente più restrittivo rispetto al passato, con un peggioramento della condizione dei figli maggiorenni "incestuosi"[54], che evidenzia tutt'ora disparità di trattamento scarsamente giustificabili, che legittimano il sospetto, avanzato in dottrina, di incostituzionalità della disciplina vigente, per contrato con gli artt. 2, 3, 29, 30 Cost.[55], oltre che per eccesso di delega[56]. Sotto quest'ultimo aspetto basti considerare che il d.lgs. 154/2013, sempre ai fini di una pretesa armonia interna delle norme della riforma, ha introdotto l'autorizzazione giudiziale perfino nella diversa ipotesi di azione alimentare ex art. 279 c.c., oggi esperibile appunto solo «previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 251» c.c. Ne consegue, come è stato correttamente sottolineato, che oggi non esisterebbe più la (sola) differenza

o almeno maggiorenne, la valutazione del proprio interesse al riconoscimento, in modo da scegliere se dare o meno il prescritto assenso.

52. Basini, 2015, 67, rileva che, con la riforma del 2012, si era creata una situazione un po' paradossale, determinata dal fatto che l'autorizzazione del giudice era richiesta nell'ipotesi di riconoscimento, ex art. 251 c.c., e non per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, ex art. 278 c.c., a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale. Conseguentemente, laddove il giudice avesse negato l'autorizzazione al riconoscimento, il figlio avrebbe potuto comunque ottenere lo *status*, mediante la dichiarazione giudiziale ex art. 278 c.c.

53. Corte Cost. 28.11.2002 n. 494, punto 7.

54. Basini, 2015, 67–68.

55. Basini, 2015, 68; conf., anche se con tono più sfumato, Auletta, 2015, 251. Secondo Lisella, 2013, 6, se l'autorizzazione avesse il solo scopo di verificare la sussistenza dell'interesse del figlio, si porrebbe senz'altro un dubbio di legittimità costituzionale.

56. Basini, 2015, 68.

tra figli riconoscibili e figli non riconoscibili, ma sarebbe stata introdotta una terza categoria, costituita dai figli «né riconoscibili, né alimentabili»[57].

Incidentalmente, può rilevarsi, in relazione alla norma di cui all'art. 279 c.c., un'altra criticità insita nella riforma della filiazione, che evidenzia ancora alcune "resistenze" legislative a far «cadere l'ultimo dei tabù familiari, in omaggio ad un totem ancora troppo prepotente di famiglia»[58]; in primo luogo, da tale norma è agevole ricavare indirettamente che esistono ancora, nonostante l'unificazione dello *status filiationis*, alcuni figli non riconoscibili[59]. Inoltre, l'azione di cui all'art. 279 c.c. può essere fatta valere solo nell'ipotesi di impossibilità ad agire per la dichiarazione di paternità e maternità; da ciò dovrebbe conseguire che, anche laddove il figlio "incestuoso" scegliesse per proprie personali valutazioni di non agire per ottenere lo *status* di figlio, egli non potrebbe più ottenere nemmeno la tutela "minore" di cui all'art. 279[60]. Lo stesso accadrebbe, in materia successoria, relativamente agli artt. 580 e 594 c.c., sicché anche in quest'ambito egli conseguirebbe un trattamento deteriore rispetto al passato, anche se derivante, almeno per le vicende *mortis causa*, solo in via indiretta dalle scelte normative, in quanto la riforma della filiazione ha lasciato del tutto immutata la disciplina successoria del figlio non

57. Basini, 2015, 69: per maggiore precisione, secondo l'a., esisterebbero tre categorie di figli. La prima comprenderebbe coloro che hanno lo stato di figlio, ex art. 315 c.c.; la seconda riguarderebbe i figli "non riconoscibili, ma assistibili" e con diritti successori, anche se non "pieni", cioè i figli "incestuosi" per i quali il giudice abbia negato l'autorizzazione ex artt. 251 e 278 c.c.. Infine, vi sarebbe una terza categoria, concernente i figli non riconoscibili e privi sia di mantenimento, che di diritti successori: costoro sarebbero i figli ai quali il giudice abbia negato l'autorizzazione prevista dall'art. 279 c.c.

58. Così, testualmente, Barba, 2014, 508.

59. Si tratta di alcune categorie individuate da Sesta, 2013, 239. Esse comprendono: i figli nati da parenti e affini, per i quali il giudice abbia negato l'autorizzazione al riconoscimento al genitore ex art. 251 c.c., ovvero che si siano visti negare l'autorizzazione giudiziale, nell'ipotesi di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità ex art. 278 c.c.; i figli di genitori che non abbiano ancora raggiunto l'età per porre in essere il riconoscimento (sedici anni) o non abbiano ottenuto l'autorizzazione giudiziale per anticipare il riconoscimento stesso (ex art. 250, 5° comma, c.c.); i figli ultraquattordicenni non riconoscibili per mancanza del loro assenso; i figli infraquattordicenni di genitore che si veda negare il consenso dall'altro genitore che ha riconosciuto per primo e che non ottenga nemmeno la sentenza che tenga luogo del consenso negato; i figli che hanno già uno stato e non possono più agire per rimuoverlo; i figli privi di assistenza morale e materiale, per i quali sia già intervenuta dichiarazione di adottabilità e affidamento preadottivo. Sul problema v. diffusamente Troiano, 2015, 229 ss.; sottolinea che la disciplina dell'unificazione della filiazione «non può dirsi comunque ancora integralmente compiuta», Auletta, 2015, 245.

60. Troiano, 2015, 237; sulla questione, v. le riflessioni di Barba, 2014, 508, il quale correttamente rileva che, nelle ipotesi in cui il figlio non possa essere riconosciuto «per una libera scelta dell'individuo», il diritto non potrebbe che «proclamare la sua indifferenza», sicché si discute in dottrina se ammettere ugualmente tali soggetti ai diritti spettanti ai figli non riconoscibili, anche dal punto di vista successorio. In senso conforme, cfr. Auletta, 2015, 255, ove altri riferimenti bibliografici, relativi alla dottrina che, già in precedenza, proponeva un'interpretazione non letterale dell'art. 279 c.c.

riconoscibile. Rispetto a tale soluzione, che appare a dire il vero eccessivamente restrittiva, una parte della dottrina ha proposto di considerare l'impossibilità di esperire azione non solo come "impossibilità giuridica", ma anche come "impossibilità morale"[61], in modo da consentire al figlio "incestuoso" che non voglia rendere pubbliche le proprie origini di ottenere ugualmente alcuni diritti, pur in forma "minore", anche in considerazione del fatto che la riforma non dovrebbe essere interpretata in senso "privativo", ma in senso "incrementativo" rispetto ai figli non riconoscibili[62].

Differentemente da questi ultimi aspetti problematici, che sembrano comunque superabili grazie all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che si svilupperà in quest'ambito, la previsione dell'autorizzazione del giudice nell'ipotesi di cui agli art. 251, 278 e 279 c.c. sembra priva di una *ratio* giustificativa che non sia quella di una volontà di tipo paternalistico–assistenziale, che difficilmente può essere condivisa nell'attuale sistema giuridico, specie in relazione alla posizione dei figli maggiorenni.

A ciò si aggiunga, per completezza, che anche in relazione ai figli minorenni sussistono alcuni problemi interpretativi ed applicativi: in primo luogo, la riforma non ha previsto alcuna conseguenza nell'ipotesi di riconoscimento effettuato in violazione dell'art. 251 c.c.[63] In merito, la più attenta dottrina ha sottolineato che potrebbe configurarsi in tale ipotesi il reato di falsa attestazione di stato[64]; inoltre, il riconoscimento non autorizzato è di per sé viziato[65] ed, in quanto tale, impugna-

61. È la soluzione prospettata da Troiano, 2015, 237 ss., che appare ampiamente condivisibile.

62. Così, Mengoni, 1999, 124. Inoltre, secondo Barba, 2014, 508, va tenuto presente che oggi l'azione di dichiarazione di paternità e maternità è divenuta imprescrittibile per il figlio: ne consegue che non esistono più figli "riconoscibili, ma non riconosciuti" per decorrenza dei termini. Pertanto, se, per il figlio "incestuoso" il riconoscimento «è sempre possibile» (previa autorizzazione del giudice), non dovrebbe negarsi al figlio «pur riconoscibile, la possibilità di decidere, avendo riguardo alle proprie esigenze e necessità, se preferire la minore tutela di cui agli artt. 580 e 594 c.c.», superando così un precedente orientamento restrittivo della giurisprudenza: cfr. Cass. 24.01.1986 n. 467, Foro it., 1987, I, 542; Giust. civ., 1987, I, 1250; Cass. 22.01.1992, n. 711, Vita not., 1992, 640; Cass. 28.08.1999 n. 9065, ivi, 1999, 1423.

63. Il rilievo critico è di Basini, 2015, 69 ss., il quale correttamente aggiunge che il problema riguarda anche il riconosci mento dei figli maggiorenni. Tuttavia, in quest'ultima ipotesi, sarebbe stato preferibile consentire al maggiorenne di autodeterminarsi, senza bisogno di alcuna autorizzazione giudiziale, secondo la disciplina di cui all'art. 250 c.c.

64. Così, Auletta, 2015, 250.

65. Cfr. Trib. min. Caltanissetta 20.12.2013, Guida al dir., 2014, 8, 66 ss. Nel caso di specie è stato autorizzato il riconoscimento di una minorenne da parte della madre biologica, vittima di violenza sessuale continuata da parte del padre–nonno. Quest'ultimo aveva proceduto da solo al riconoscimento ed era stato successivamente condannato per il delitto di violenza sessuale continuata, mentre era stato assolto per quello di falso ideologico. Ciò perché egli si era limitato a dichiarare «di essere il padre naturale», mentre «la madre non voleva essere nominata». Nonostante l'esclusione

bile per difetto di veridicità[66]. Inoltre, è mancato un coordinamento sistematico tra l'art. 251 c.c. e l'art. 250, 4° comma, c.c.; allo stato attuale, in base alla lettera della legge, se il figlio infraquattordicenne sia stato già riconosciuto da un genitore, l'altro che intenda procedere successivamente al riconoscimento dovrà ottenere, oltre al consenso di chi ha riconosciuto per primo, anche l'autorizzazione giudiziale ex art. 251 c.c.; laddove invece il genitore che voglia riconoscere il figlio per secondo si sia visto negare il consenso dell'altro genitore, dovrà ottenere anzitutto una sentenza del tribunale ordinario, che tenga luogo del consenso ingiustamente negato (art. 250, 4° comma, c.c.), e successivamente l'autorizzazione giudiziale ex art. 251 c.c., peraltro in questo caso da parte di un giudice diverso (tribunale per i minorenni). Non a caso in dottrina si è condivisibilmente proposto di ritenere "inapplicabile" la disciplina di cui al 4° comma dell'art. 250 c.c. nell'ipotesi di figli "incestuosi", lasciando quindi la disciplina della materia esclusivamente alla norma "speciale" di cui all'art. 251 c.c.[67]

3. Dalle considerazioni svolte emerge piuttosto chiaramente che il legislatore della riforma, pur avendo introdotto una novità di grande rilievo, con la rimozione del divieto del riconoscimento dei figli "incestuosi" e la creazione dello "stato unico di figlio", ha mostrato di conservare ancora un atteggiamento paternalistico e protettivo, che è reso evidente dalla previsione dell'autorizzazione da parte del giudice nell'interesse del figlio da riconoscere. Una soluzione più coerente e più condivisibile sarebbe stata quella di prescrivere tale autorizzazione solo per i figli ultraquattordicenni, o quantomeno, per tutti i minori di età; la previsione dell'autorizzazione giudiziale per i figli maggiorenni, ormai capaci di autodeterminarsi pienamente, invece, non sembra trovare alcuna giustificazione, ed inevitabilmente si espone a critiche ed a sospetti di illegittimità costituzionale[68].

della responsabilità penale per falso ideologico, il tribunale ha correttamente ritenuto che l'atto di nascita della minore fosse «radicalmente viziato», poiché si era «trattato di un riconoscimento di figlio incestuoso mancante della necessaria autorizzazione». Peraltro, l'atto stesso conteneva affermazioni non veritiere circa la mancanza di parentela tra il dichiarante e la madre biologica; conseguentemente, il tribunale ha trasmesso la sentenza all'ufficiale di stato civile «per i necessari rimedi amministrativi e giurisdizionali», al fine – da un lato – di permettere il completamento dell'iter di riconoscimento da parte della madre, già autorizzato nella sentenza stessa, in quanto ritenuto conforme all'interesse della minore e – dall'altro – di far annullare il precedente atto di riconoscimento viziato. Ipotizza correttamente la radicale nullità dell'atto per contrasto con norme imperative di diritto, Dogliotti, 2014, 491.

66. In tal senso, cfr. Auletta, 2015, 250 e Basini, 2015, 70; ma già Carraro, 1975, 117. Vi è peraltro un precedente giurisprudenziale in tal senso: cfr. Trib. min. Roma 13.12.1984, Giust. civ., 1985, 2639.

67. Cfr. Basini, 2015, 70, il quale ritiene «difficile giustificare» la previsione di una doppia autorizzazione da parte di due giudici diversi.

68. V. la precedente nota n. 55.

In merito, una dottrina ha ritenuto di prospettare una possibile soluzione al problema, fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 251 e 278 c.c. e, più in generale, indagando sulla natura giuridica dell'autorizzazione giudiziale, sia nell'ipotesi di riconoscimento, che in quella di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità[69]. Secondo tale tesi, l'autorizzazione del giudice svolgerebbe due funzioni: una, qualificabile come «funzione di filtro», avrebbe lo scopo di «verificare che il figlio accetti che, a seguito del riconoscimento, divenga conoscibile»[70] la natura incestuosa del rapporto di filiazione; una seconda funzione avrebbe invece il compito di valutare la sussistenza dell'interesse del figlio stesso al riconoscimento. Conseguentemente, solo in quest'ultima accezione l'autorizzazione avrebbe natura di condizione di efficacia dell'atto, mentre nella sua funzione «di filtro» l'autorizzazione avrebbe il valore di un accertamento preliminare in atto giudiziale della procreazione incestuosa[71]. Come ulteriore conseguenza, l'autorizzazione assumerebbe una «natura diversa» a seconda che riguardi minorenni o maggiorenni: nel caso di maggiorenni, il giudice dovrebbe limitarsi a prendere atto della volontà del figlio, mentre per i minori egli dovrebbe concedere l'autorizzazione solo dopo aver svolto una valutazione con «criteri oggettivi»[72].

Ciò si rifletterebbe anche nell'azione giudiziale di paternità e maternità: anche in tale ipotesi l'autorizzazione giudiziale non costituirebbe, nel caso di figlio capace, condizione di procedibilità dell'azione, così come ai sensi dell'art. 251 c.c., l'autorizzazione stessa non costituirebbe, sempre secondo tale dottrina, un requisito di efficacia. Relativamente alla funzione «di filtro», inoltre, si afferma che «ai fini della procedibilità dell'azione è evidente che essa è essenziale soltanto» se il figlio è incapace, «giacché la volontà del figlio capace, che agisce in giudizio, di non avere nulla in contrario a rendere conoscibile il carattere incestuoso del concepimento, è in *re ipsa*»[73].

Tale tesi, indubbiamente suggestiva, ha l'indiscutibile pregio di fornire un'in-

69. Il riferimento è a Lisella, 2013, 6 ss.: ciò per «fare ogni sforzo nel tentativo di individuare una interpretazione conservativa» della norma legislativa, coerente con i principi fondamentali; v, inoltre, Lisella, 2014, 847 ss.

70. Le parole tra virgolette sono di Lisella, 2014, 847.

71. Secondo tale tesi, la previsione legislativa di un'autorizzazione giudiziale richiesta in via preventiva sarebbe idonea a trasformare l'autorizzazione stessa, da mera condizione di efficacia, a vero e proprio elemento costitutivo del riconoscimento: cfr. Lisella, 2013, 6. Essa potrebbe essere considerata quale condizione di efficacia solo laddove l'autorizzazione svolga l'altra «funzione», diretta a «valutare se l'instaurazione del rapporto di filiazione risponda effettivamente all'interesse del figlio legalmente incapace»: così, Lisella, 2014, 847. Ma vedi la precedente nota n. 48.

72. Lisella, 2013, 7.

73. Le parole tra virgolette sono di Lisella, 2014, 850.

terpretazione degli art. 251 e 278 c.c. compatibile con il dettato costituzionale, in modo da tentare di salvare l'impianto legislativo, piuttosto che proporre una soluzione diretta a prospettare un intervento della Corte Costituzionale, ai fini della dichiarazione[74] di incostituzionalità della legge, nella parte in cui prevede l'autorizzazione del giudice, quanto meno per i maggiorenni[75]. Tuttavia, non sembra del tutto agevole, né totalmente persuasivo, ritenere che la prescritta autorizzazione giudiziale possa "mutare" funzione e *ratio*, a seconda dell'età e della capacità del figlio da riconoscere, o che agisce in giudizio per la dichiarazione ex art. 278 c.c. Anzi, soprattutto in tale ipotesi non è agevole giustificare la necessità di un'autorizzazione giudiziale preventiva, pur come "filtro", per l'esperibilità di un'azione di cui il figlio maggiorenne è totalmente consapevole, sotto tutti i punti di vista. Né, come è stato correttamente sottolineato, potrebbe proporsi l'inoperatività dell'autorizzazione stessa per i maggiorenni, in considerazione del chiaro dettato legislativo[76]; in tal senso, pare ampiamente condivisibile la riflessione secondo cui il problema «sembrerebbe non adeguatamente risolto (...) e pertanto non è certo che l'interprete possa porvi rimedio».

Pare forse preferibile interpretare la volontà legislativa da un diverso punto di vista: il legislatore, con la rimozione del divieto del riconoscimento dei figli "incestuosi" ha realizzato la (quasi) totale equiparazione di tutti i figli nati "fuori del matrimonio", con una soluzione realmente coraggiosa e "rivoluzionaria", con una legge che avrebbe "fallito il suo scopo" se avesse ancora previsto una distinzione tra figli riconoscibili e non riconoscibili[77]. Tuttavia, la disciplina riformista "tradisce" un atteggiamento prudenziale, che si evidenzia prepotentemente con la previsione dell'autorizzazione giudiziale e che è frutto di un atteggiamento ancora ostile[78] rispetto al problema dell'incesto ed alla gravità di tutte le implicazioni che esso comporta, a livello morale e sociale. In tal senso, la scelta legislativa sembra essere "il primo passo" per giungere ad un obiettivo fondamentale, quale quello della parificazione tra tutti i figli; tuttavia, il cammino non è del tutto compiuto e lo sarà solo con l'evoluzione socio–culturale dei tempi, che avverrà naturalmente e "fisio-

74. Così, testualmente, Auletta, 2015, 251.

75. Soluzione indirettamente prospettata da Basini, 2015, 68 ss., il quale parla di una scelta legislativa, oltre che «nettamente censurabile», anche «di assai dubbia legittimità costituzionale», auspicando futuri chiarimenti da parte della dottrina e della giurisprudenza.

76. Dogliotti, 2014, 491, il quale precisa inoltre che il tenore letterale molto chiaro usato dal legislatore della riforma rende ancora più problematica un'interpretazione diretta alla disapplicazione della norma, relativamente all'autorizzazione per i maggiorenni.

77. In tal senso, v. Auletta, 2015, 245.

78. Di atteggiamento che evidenzia «il permanere di un giudizio sociale fortemente negativo sulle relazioni incestuose» parla correttamente Lisella, 2013, 7.

logicamente" con l'applicazione della normativa, grazie all'apporto della dottrina ed all'interpretazione giurisprudenziale[79].

La stessa genesi parlamentare del nuovo testo dell'art. 251 c.c. sembra confermare tali considerazioni: la rimozione del divieto del riconoscimento dei figli "incestuosi" non era prevista nella prima versione approvata dalla Camera, ed è stata inserita e votata direttamente in Senato. Inoltre, essa ha costituito «uno dei punti più discussi dell'intero testo della legge, mettendone seriamente a rischio l'approvazione»[80]; una corrente di parlamentari si è espressa con toni molto aspri in merito a tale innovazione legislativa, che sarebbe stata idonea a minare la famiglia alle fondamenta, ovvero avrebbe "depenalizzato" l'incesto e legittimato la violenza[81]. La soluzione adottata dal legislatore è stata quindi il frutto di una mediazione tra opposte scelte ideologiche, ed è ben rappresentata dalla prescritta autorizzazione giudiziale ex art. 251 c.c., quale mezzo di contemperamento tra un'opzione "liberista" ed una di tipo "conservativo". Il giudice è stato perciò visto come organo capace di svolgere una funzione di "garanzia" della protezione degli interessi del figlio da qualsiasi pregiudizio di tipo sociale, morale e psicologico, anche allo scopo di valutare l'idoneità del genitore a svolgere il suo ruolo. Come è stato infatti correttamente sottolineato, l'attribuzione dello *status* di figlio non comporta necessariamente anche la parallela attribuzione della responsabilità genitoriale in capo al genitore che non sia ritenuto idoneo[82]; a ciò si aggiunga che vi sono alcuni reati che comportano la decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale stessa, che può essere peraltro sempre disposta dal giudice, ex art 330 cc.[83]

79. Sull'interpretazione evolutiva, è d'obbligo il riferimento, per tutti, a Betti, 1990, 802 ss.; in merito, cfr. Carnelutti, 1940, 388 ss.; Greco, 2006, 39 ss.

80. Così, testualmente, Auletta, 2015, 243.

81. L'iter parlamentare è accuratamente spiegato da Auletta, 2015, 244. Precisamente, l'autore ha riepilogato le posizioni assunte dai parlamentari «più integralisti», che hanno affermato che la riconoscibilità del figlio frutto di relazione incestuosa avrebbe «inferto un grave *vulnus* alla famiglia», ovvero avrebbe dato «l'avvio ad una deriva di depenalizzazione», o avrebbe reso la violenza, spesso presente nelle ipotesi di incesto, anche «legittimata, rendendola conoscibile ed accettabile pubblicamente». Contro tali argomentazioni, altri parlamentari hanno obiettato che «l'ammissibilità del riconoscimento è una misura posta nell'esclusivo interesse del figlio»; inoltre, essi hanno fatto notare che, grazie all'interpretazione letterale della normativa vigente, si sarebbe precluso il riconoscimento del figlio anche alla donna che abbia subito la violenza, «inducendola a tacere le circostanze del concepimento».

82. In merito, cfr. Auletta, 2015, 246.

83. Cfr. Auletta, 2015, 246, il quale inoltre sottolinea che la condotta moralmente riprovevole dei genitori non esclude che costoro possano essere idonei e debbano essere necessariamente inaffidabili. Ciò anche perché spesso l'incesto matura in ambienti degradati, in «cui il disvalore non è pienamente avvertito, perché frutto di un'educazione autoritaria». Per analoghe considerazioni, specie in merito all'opportunità di valutare l'idoneità dei genitori caso per caso, poiché non può ritenersi in via presuntiva che siano del tutto inadeguati, v. Ferrando, 1997, 188.

L'atteggiamento prudenziale del legislatore della riforma sarebbe giustificato dalla delicatezza della materia e dalla necessità di valutare molteplici aspetti, che tengano conto anche della situazione ambientale e del costume sociale, oltre che dell'interesse affettivo, educativo ed economico del figlio[84]. Si è inoltre rilevato che la questione è peculiare e complessa, sicché la prudenza legislativa evidenzierebbe un atteggiamento di "riserbo" che sarebbe riscontrabile anche in altri istituti del diritto di famiglia: basti pensare alla previsione, ancor oggi vigente, del raggiungimento del venticinquesimo anno di età per poter acquistare il diritto a conoscere la propria identità biologica, ex art. 28 l. 184/1983[85].

Le considerazioni svolte, tuttavia, se sembrano idonee a spiegare la scelta di politica legislativa effettuata dal legislatore della riforma, non pare possano condurre a ritenere condivisibile la previsione dell'autorizzazione giudiziale per i maggiorenni, il cui carattere paternalistico non può essere smentito. Allo stesso modo, pur essendo il riconoscimento, come è stato correttamente sostenuto, un atto negoziale, in quanto tale non suscettibile di controlli, non può negarsi che l'autorizzazione assuma il ruolo di *condicio juris* di efficacia, al fine di effettuare un controllo preventivo di convenienza[86], nell'interesse del figlio[87].

La riforma legislativa è quindi, da un lato, pienamente condivisibile, laddove ha rimosso un odioso divieto, che discriminava del tutto ingiustificatamente i figli, che fossero vittime incolpevoli di condotte altrui; ugualmente lodevole è la riforma stessa per aver conseguentemente consentito anche ai figli "incestuosi" di ottenere tutti i diritti spettanti agli altri "figli naturali", derivanti dall'acquisto dello

84. Finocchiaro G. – Finocchiaro M., 2013, 72 ss. e 86, rilevano che l'interesse del figlio dovrebbe essere valutato tenendo in considerazione anche le «situazioni ambientali e quello che è l'attuale costume sociale»; si tratta inoltre di un'operazione che riguarda «un'infinità di aspetti, ma anche di risvolti», quali quelli economici, affettivi ed educativi, sicché la valutazione del giudice sarebbe necessariamente di tipo discrezionale.

85. Morozzo della Rocca, 2015, 138–139, il quale sottolinea inoltre che possono esistere numerose circostanze di fatto piuttosto delicate, che meritano di essere adeguatamente prese in considerazione: si pensi, ad esempio, al caso di una donna che abbia cresciuto un figlio «senza rivelargli, nemmeno alla maggiore età, la verità sull'altro genitore». L'autorizzazione giudiziale servirebbe così ad evitare che il riconoscimento paterno possa costituire «un effetto di disturbo obiettivamente pregiudizievole per il figlio». Sembra tuttavia preferibile ritenere che un maggiorenne possa e debba essere considerato dal legislatore in grado di effettuare le proprie scelte, in tal caso negando il proprio assenso al riconoscimento.

86. Dogliotti, 2014, 491.

87. Morozzo della Rocca, 2015, 139, ritiene che la normativa sia incompleta ed incoerente, poiché il legislatore sembra essersi preoccupato più di tutelare la posizione processuale del figlio «come un qualsiasi interessato al procedimento», piuttosto che quella del figlio stesso quale soggetto debole. Sarebbe stato quindi preferibile prevedere idonee cautele, magari consentendo al figlio di non prendere parte al procedimento; in tal senso, non si giustifica, ed anzi, risulta "illogica" la previsione di un'autorizzazione giudiziale anche per i maggiorenni.

stato, come il diritto a portare il cognome del genitore, il diritto al mantenimento, istruzione ed educazione, oltre ovviamente ai pieni diritti successori[88]. Non altrettanto condivisibile appare, d'altro lato, la scelta, che sembra "poco coraggiosa" di lasciare il giudice quale "arbitro" delle sorti e della valutazione dell'interesse del figlio maggiorenne.

Non può peraltro negarsi che tale soluzione sia, in concreto, quella che ha consentito di vincere una forte "resistenza", ancora presente nella società, al problema dei figli "incestuosi", per un atteggiamento di forte ostilità che deriva ovviamente dal turbamento sociale prodotto dall'incesto e dalle condizioni ambientali in cui si realizza, generalmente degradate e moralmente riprovevoli[89]. In tal senso, può ritenersi che il legislatore della riforma abbia compiuto un "primo passo" di fondamentale importanza per un cammino evolutivo inarrestabile e necessariamente conseguente, che porterà alla piena e totale parificazione tra i figli. Basti pensare che, allo stato attuale, il riconoscimento del figlio da parte del genitore incestuoso (in "mala fede") è ancora idoneo a configurare astrattamente ed automaticamente quel "pubblico scandalo" richiesto per la punibilità del reato di incesto[90]. E, se è corretto ritenere che si tratti di un "pubblico scandalo lecito", come tale non punibile[91], ciò non toglie che vi sarà una "naturale" evoluzione interpretativa nell'analisi di tale fattispecie penalistica, sotto il profilo del raccordo con la disciplina civilistica.

In conclusione, sembra possibile ritenere che l'interpretazione[92] evolutiva, che si svilupperà a seguito dell'applicazione della normativa, porterà "naturalmente" ad una progressiva "riqualificazione" della natura giuridica dell'autorizzazione da parte del giudice. Se oggi possono ancora "comprendersi" le ragioni prudenziali che hanno guidato il legislatore della riforma, è ragionevole attendersi una profonda modifica del sentire giuridico, specie grazie all'interpretazione dottrinale e

88. Conf., Auletta, 2015, 252.

89. Ciò ha indotto parte della dottrina, in un momento antecedente alla riforma, ad auspicare – da un lato – la rimozione del divieto di riconoscimento dei figli frutto di relazioni incestuose, ma – dall'altro – ad auspicare il mantenimento dell'autorizzazione giudiziale, evitando soluzioni di «indiscriminata riconoscibilità». In tal senso, Renda, 2004, 103–104, il quale sostiene che sarebbe necessario «valorizzare il ruolo del giudice come arbitro dell'interesse del figlio incestuoso», anche perché solo l'autorità giudiziaria potrebbe garantire che il figlio non subisca un pregiudizio «tenuto conto degli elevati costi socio–psicologici che il marchio di incestuoso può comportare».

90. In merito al requisito del "pubblico scandalo" si discute in dottrina sulla sua natura giuridica. Per un'efficace riepilogo, cfr., anche per i riferimenti bibliografici, Auletta, 2015, il quale precisa che, secondo una prima tesi, il "pubblico scandalo" sarebbe una condizione obiettiva di punibilità, mentre – secondo un'altra teoria – esso costituirebbe un vero e proprio elemento costitutivo del reato.

91. Morozzo della Rocca, 2015, 139.

92. Sul ruolo e sulla funzione dell'interpretazione in relazione ai valori costituzionali, v., per tutti, Femia, 2006, *passim*.

giurisprudenziale. In tal senso, non è così improbabile ritenere che, se non dovesse giungersi ad un nuovo intervento della Consulta, che ribadisca la propria posizione e che dichiari quindi incostituzionale la previsione dell'autorizzazione giudiziale per i maggiorenni, quest'ultima sarà ugualmente e progressivamente "svuotata" di significato e di portata, come conseguenza di una doverosa, inarrestabile e "naturale" interpretazione evolutiva, fino a rimanere un mero requisito formale, privo di qualsiasi rilievo sostanziale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ambanelli A. (2007). La filiazione non riconoscibile, in *Il diritto di famiglia. Trattato diretto da Bonilini G. e Cattaneo G.,* Vol. III. Torino: Giappichelli, 2° ed., p. 232 ss.

Azzariti G. (1957). Adulterini e incestuosi (figli). *Noviss. Dig. It.*, Appendice, I. Torino: Utet, p. 307 ss.

Auletta T. (2014). Riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 3°, l. n. 219/12). *Nuove leggi civ. comm.*, p. 485 ss.

Auletta T. (2015). La filiazione derivante da incesto, in Bianca C.M. (a cura di). *La riforma della filiazione*. Padova: Cedam, p. 245 ss.

Basini G. F. (2015). *Braut und Schwester bist du dem Bruder – so blühe denn, Wälsungen–Blut!* Considerazioni critiche riguardo alla rinnovata disciplina sul riconoscimento dei figli, così detti, «incestuosi». *Fam. e dir.*, p. 62 ss.

Betti E. (1990). *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. corretta ed ampliata a cura di Grifò G. Milano: Giuffré, II, p. 802 ss.

Bianca C.M. (1972). La filiazione in generale, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia. Atti* del II Convegno di Venezia, 11–12 marzo 1972. Padova: Cedam, p. 120 ss.

Bianca C.M. (2002). La Corte Costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, 1° comma, c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono). *Giur. cost.*, p. 4068 ss.

Bianca C.M. (2005). *Diritto civile*, II. *La famiglia*. Milano: Giuffrè, p. 357 ss.

Bianca C.M. (a cura di) (2013). La riforma del diritto della filiazione. *Nuove leggi civ. comm.*, p. 437 ss.

Bianca C.M. (2014). *Diritto civile* 2.1 – *La famiglia*. Milano: Giuffrè, p. 371 ss.

Carbone V. (2002). È costituzionalmente legittimo il divieto di riconoscere il figlio incestuoso? *Fam. e dir.*, p. 474 ss.

Carbone V. (2013). Riforma della famiglia: considerazioni introduttive. *Fam. e dir.*, p. 225 ss.

Carnelutti F. (1940). *Teoria generale del diritto*. Roma: Il Foro italiano, p. 388 ss.

Carraro L. (1992). Sub art. 251 c.c. *Comm. dir. it. fam.*, diretto da Cian G., Oppo G. e Trabucchi A. Padova: Cedam, p. 117 ss.

Carraro L. (1975). Il nuovo diritto di famiglia. *Riv. dir. civ.*, I, p. 103 ss.

Castellano P. (2014) Norme in corto circuito: i novellati art. 251 e 38 disp. att. del codice civile. *Vita not.*, p. 573 ss.

Danovi F. (2013). Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) «naturali». *Corr. giur.*, 2013, p. 537 ss.

De Filippis B. (2013). La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura. *Fam e dir.*, p. 291 ss.

Delfini F. (2013). Riforma della filiazione e diritto successorio. *Corr. giur.*, p. 545 ss.

Di Nardo M. (2003). La filiazione incestuosa: al vaglio della Consulta i limiti all'accertamento giudiziale del rapporto. *Nuova giur. civ. comm.*, p. 554 ss.

Di Paola L. (2002). Figli incestuosi: una connotazione giuridica destinata a scomparire. *Nuove leggi civ. comm.*, p. 1209 ss.

Dogliotti M. (2003). La Corte Costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa. *Fam. e dir.*, p. 123 ss.

Dogliotti M. (2013). Nuova filiazione: la delega al Governo. *Fam. e dir.*, p. 279 ss.

Dogliotti M. (2014). La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra. *Fam. e dir.*, p. 490 ss.

Femia P., a cura di (2006). *Interpretazione ai fini applicativi e legittimità costituzionale*. Napoli: Esi.

Ferrando G. (1977). La filiazione naturale e la legittimazione. *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno P. Torino: Utet, p. 188 ss.

Ferrando G. (2003). La condizione dei figli incestuosi: la Corte Costituzionale compie il primo passo. *Familia*, p. 848 ss.

Ferrando G. (2006). I diritti negati ai figli incestuosi, in Aa.Vv., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. Milano: Giuffrè, II, p. 211 ss.

Ferrando G. (2013). La legge sulla filiazione. Profili sostanziali. *Corr. giur.*, p. 301 ss.

Finocchiaro A., Finocchiaro M. (1975). *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico–pratico alla legge 19.05.1975 n. 151*. Milano: Giuffrè, II, p. 205 ss.

Finocchiaro G, Finocchiaro M. (2013), La nuova legge sul riconoscimento dei figli naturali completa l'equiparazione personale e patrimoniale. *Guida al dir.*, 5, p. 42 ss.

Giorgianni M. (1972). La filiazione fuori del matrimonio, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia. Atti* del II Convegno di Venezia, 11–12 marzo 1972. Padova: Cedam, p. 135 ss.

Graziosi A. (2013). Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario. *Fam. e dir.*, p. 263 ss.

Greco F. (2006). *L'interpretazione evolutiva della legge*. Firenze: L'autore libri Firenze, p. 39 ss.

Jemolo A.C. (1976). Gli occhiali del giurista. *Riv dir. civ.*, II, p. 564 ss.

Lenti L. (2013). La sedicente riforma della filiazione. *Nuova giur. civ. comm.*, II, p. 201 ss.

Lisella G. (2013). Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice. *www.comparazionedirittocivile.it.,* p. 1 ss.

Lisella G. (2014). Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice. *Fam. e dir.*, p. 846 ss.

Majello U. (1982). Della filiazione naturale e della legittimazione. *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca. Bologna – Roma: Soc. ed. Foro it., p. 52 ss.

Mengoni L. (1972). La filiazione fuori del matrimonio, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia. Atti* del II Convegno di Venezia, 11–12 marzo 1972. Padova: Cedam, p. 140 ss.

Mengoni L. (1999). *Successioni per causa di morte. Parte speciale: Successione legittima*, VI ed. Milano: Giuffrè, p. 124 ss.

Miraglia C. (1981). Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della personalità umana. *Rass. dir. civ.*, p. 1055 ss.

Morozzo della Rocca P. (2015). La nuova disciplina sui figli dell'incesto. *Min. giust.*, p. 136 ss.

Pagliantini S. (2006). Principi costituzionali e sistema della filiazione, in Aa. Vv., *Persone, famiglia e successioni*, a cura di Sesta M. e Cuffaro V. Napoli: Esi, p. 568 ss.

Prosperi F. (2010). Art. 250–290, in Aa.Vv., *Cod. civ. annotato con la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri G. Napoli: Esi, 3° ed., p. 937.

Renda A. (2004). Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta. *Fam. e dir.*, p. 96 ss.

Santoro Passarelli F. (1961). La filiazione naturale nel progetto del codice civile, in *Id.*, *Saggi del diritto civile*. Napoli: Jovene, I, p. 463 ss.

Sbisà G. (1986). Riforma del diritto di famiglia. *Noviss. Dig. it.*, Appendice, VI. Torino: Utet, p. 815 ss.

Sesta M. (2002). La condizione dei figli incestuosi tra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore. *Familia*, p. 1130 ss.

Sesta M. (2013). L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari. *Fam. e dir.*, p. 231 ss.

Sesta M. (2014). Stato unico di filiazione e diritto ereditario. *Riv. dir. civ.*, p. 2 ss.

Tommaseo F. (2013). La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali. *Fam. e dir.*, p. 251 ss.

Troiano S. (2015), Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione, in *www.juscivile.it*.

Vercellone P. (1988). La filiazione. *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da Vassalli, III, 2. Torino: Utet, p. 89 ss.

Villani R. (2003) Maggiore tutela ai figli incestuosi: dichiarata l'illegittimità dell'art. 278, 1° comma, c.c., in materia di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale. *Studium iuris*, p. 563 ss.

KRZYSZTOF ORZESZYNA

THE RIGHT OF CONSCIENTIOUS OBJECTION IN A DEMOCRACY IN LIGHT OF POLISH LEGAL SOLUTIONS*

ABSTRACT

Nell'articolo viene discussa la questione del diritto all'obiezione di coscienza in uno Stato di diritto democratico prendendo in considerazione le soluzioni giuridiche polacche. Il diritto garantito è una reale attuazione del diritto dell'uomo alla libertà di coscienza. Mediante le normative i diritti dell'uomo esprimono la dignità umana innata il che costituisce la fonte dei diritti dell'individuo. Il nucleo della cosiddetta clausola di coscienza prevede la possibilità di reagire qualora una norma di legge imponga al suo destinatario un tipo di comportamento contrario alla sua coscienza, di conseguenza violando l'essenza della legge e della libertà dell'uomo ad agire secondo la propria coscienza. Pertanto senza la protezione del diritto all'obiezione di coscienza la protezione dei diritti dell'uomo alla libertà di coscienza ha un carattere apparente e illusorio. La clausola di coscienza che dovrebbe costituire un'eccezione e non una regola, realizza questo diritto che, in alcune situazioni, richiede che vengano imposti dei limiti di legge.

The article presents the issue of the right of conscientious objection in a democracy governed by the rule of law, with attention to Polish legal solutions. The guarantee of this right is a true realization of the human right to freedom of conscience. Human rights express normatively the innate human dignity that is the source of the rights of the individual. The essence of the "conscience clause" is the response in a situation where a legal norm requires the addressee to act contrary to conscience, thus interfering in the essence of the human right of freedom of conscience. Thus, without protection of the right of conscientious objection, protection of the human right of freedom of conscience is a sham or façade. The conscience clause, which should be the exception and not the rule, is the realization of this right in situations where its statutory limitation is necessary.

PAROLE CHIAVE

Obiezione di coscienza / clausola di coscienza / Stato di diritto democratico.

Conscientious objection / conscience clause / democratic rule of law.

SOMMARIO: 1. Relationship between the set of norms of behavior and the system of ethical norms. – 2. Right of conscientious objection in the universal and European systems of human rights protection. – 3. Right of conscientious objection in the Polish legal system.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. It seems indisputable to observe that the essence of a democratic society is pluralism[1]. In democratic states debates are conducted and attempts are made to reach compromise in the event of conflict between various hard–to–reconcile world views and philosophical and religious positions. One such difficult issue is the right of conscientious objection[2], which is part of the human right to freedom of thought, conscience and religion[3]. This right means that the state has a duty to protect this particular entitlement in a manner enabling it to be effectively realized[4]. Freedom of conscience is a fundamental value, an original value arising directly from human dignity, and thus the "conscience clause" established in positive law for certain professions should not be understood as the legal basis of this freedom. Freedom of conscience and the right to follow one's own conscience does not require an express statutory basis. Such a basis would require limitation of the right to follow one's own conscience. The freedom to follow one's own conscience cannot be subjected to oversight from the perspective of its compliance with the Polish Constitution. Rather, such oversight should apply to the restrictions on the right to follow one's own conscience arising under the norm containing the conscience clause[5]. A conscience clause is a legal means of expressing the right of conscientious objection. A conscience clause should be interpreted within an appropriately narrow and precisely understood scope. Thus it must be stressed that in the law, a conscience clause should be the exception, not the rule.

In reflecting on the so–called conscience clause in the context of positive law, the relationship should be pointed out between two sets of norms: the set of norms of behaviour comprising the system of positive law, and the system of ethical norms. In defining the relationship existing between these normative systems, it must be stated that in a given territory constituting the scope of jurisdiction of a given state authority, only one system of positive law may be in force with respect to the residents subject to that jurisdiction, but in the same territory, the residents may be bound by various systems of ethical norms, depending on differences in culture and world view among the residents of the given territory[6].

Ethical norms and legal norms run independently of one another; that is, there are ethical norms that have no counterpart in legal norms, and there are legal norms unsupported by ethical norms, and there are also ethical and legal norms overlap-

1. Nawrot, 2015, 17.

2. The simplest definition of "conscience" is that it is a person's moral self–awareness. Chyrowicz, 2014, 120.

3. Orzeszyna, 2017, 17.

4. Skwarzyński, 2015, 16.

5. Zoll, 2014a, 102.

6. Zoll, 2014b, 77.

ping as to the command or prohibition contained in the norm. In a democracy governed by the rule of law, only norms of positive law carry state sanction. One may demand legal protection and enforcement of one's claims solely pursuant to a legal basis. But a situation can also be imagined where a legal norm prohibiting or commanding certain behaviour, and thus imposing on the addressee of the norm an obligation to take certain action or refrain from taking certain action, conflicts with the prohibitions of the system of ethical norms existing within the given society. Then the legal norm requires behaviours which from the point of view of the ethical norms binding on persons are regarded by them as wrong, contrary to their individual conscience[7].

Positive law makes concrete the norms of natural law and grounds them within the realities of the given state. It is now an era of human rights, and although it would be risky to identify human rights with natural law, it is hard to deny a connection between the two. Human rights lay claim to the role of a pre–statutory basis relied on by the creators of positive law, and human rights are treated as belonging to a person as such, rooted in human nature. In light of the specific personal character of human existence, a person is entitled to the inalienable value of dignity and equally inalienable rights, including a fundamental right to life. This is not far from natural law. Positive law is situated at the level of concrete codification of human rights.

Freedom of conscience is found at the epicentre of all human rights, as inseparably bound up with human dignity and individual freedom. The effective respect for freedom of conscience is the measure of the true rule of law of the state, security against practices befitting a totalitarian state[8].

Conscientious objection (Polish *sprzeciw sumienia*, French *l'objection de conscience*) is an individual objection of the subject against a legal norm formally governing him or her, and not disputing the binding force of the entire legal system governing the state. In concept, acting in accordance with conscientious objection is aimed at reforming the society by correction of a binding but, in the belief of the person exercising the right of conscientious objection, wrongful law[9]. Conscientious objection is involved when due to a citizen's own beliefs, the citizen cannot respect binding law[10]. A wise lawmaker will try to avoid such situations and formu-

7. Zoll, 2014b, 80.

8. Bosek, 2014, 104.

9. Szostek, 2013, 7–8.

10. Sometimes in the spirit of natural law state authority may set aside one's conscientious objection. This may happen in the case of a decision to conduct a blood transfusion for a child when it is the only way to save the child's life or health, over the objections of parents who are Jehovah's Witnesses.

late the law so that it allows room for respecting differences in world view leading to a conflict of conscience[11].

2. Freedom of conscience is one of the fundamental values European legal orders are founded on. The issue of individuals being guided by their own conscience – an individually recognized system of values and the related view of reality – immediately touches on the essence of a democratic society[12] and its juridical reflection, the principle of a democracy governed by the rule of law, as well as the axioms of contemporary systems for protection of human rights. The possibility for the individual to exercise free choices within the grounds of the law constitutes a condition for realization of the individual's dignity and freedom, which, being innate, takes precedence over any acts of legislative authority[13]. These values constitute the basis for systems of protection of human rights. They are inscribed in human nature, in the construction of the individual, and as long as the individual exists, these values exist[14]. In a democracy governed by the rule of law, persons have the right to autonomous choice of the aim they wish to realize, their model of life and system of values, and even to define what is good and what is bad[15]. Thus here is the place for a "conscience clause" which should help resolve what is in essence a conflict of values and the norms protecting those values[16].

Article 18(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[17] provides: «Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.». Externally, in certain instances the freedom of thought, conscience, and religion must undergo restrictions. The ICCPR mentions these limitations in Article 18(3): «Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.».

Conscientious objection is not expressly protected in the ICCPR, but is allud-

11. Szostek, 2013, 12–14.
12. ECtHR 25.05.1993 *Kokkinakis v Greece*, app. no 14307/88, *ECHR,* 1993, 20, para 31.
13. Art. 1 of the Universal Declaration of Human Rights (UN General Assembly 1948).
14. Nawrot, 2014, 111.
15. Garlicki, 2010, 557.
16. Zoll, 2014b, 80.
17. International Covenant on Civil and Political Rights promulgated in Poland at Journal of Laws Dz.U. 1977 no. 38 item 167.

ed to in Article 8(3)(c)(ii)[18]. The position of the United Nations Human Rights Committee (HRC) concerning recognition of the right of conscientious objection has evolved over the years. In the case of *L.T.K. v Finland*, the petitioner was convicted of refusal to perform military service or even alternative service. The HRC pointed out that the petitioner had not been convicted due to his beliefs or opinions as such, but for his refusal to perform military service, and further pointed out that the ICCPR lacks any provisions enshrining a right of conscientious objection[19].

Several years later the HRC changed its view. In General Comment 22, it stated that individuals have claimed the right of conscientious objection, and in consequence more and more states provide for an exemption from military service, replacing it with an alternative national service. Recognizing that the ICCPR does not expressly refer to a right to conscientious objection, the HRC found that «such a right can be derived from article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one's religion or belief»[20]. In line with this finding, military service of an unarmed nature or during peacetime need not give rise to a right of conscientious objection. However, as stressed by Hipólito Solari Yrigoyen in a dissenting

18. «Any service of a military character and, in countries where conscientious objection is recognized, any national service required by law of conscientious objectors».

19. «The Human Rights Committee observes in this connection that, according to the author's own account he was not prosecuted and sentenced because of his beliefs or opinions as such, but because he refused to perform military service. The Covenant does not provide for the right to conscientious objection; neither article 18 nor article 19 of the Covenant, especially taking into account paragraph 3(c)(ii) of article 8, can be construed as implying that right. The author does not claim that there were any procedural defects in the judicial proceedings against him, which themselves could have constituted a violation of any of the provisions of the Covenant, or that he was sentenced contrary to law.». HRC 09.07.1985 *L.T.K. v Finland*, Communication no 185/1984, para 5.2.

20. General Comment 22 (48th session, 1993), para 11: «Many individuals have claimed the right to refuse to perform military service (conscientious objection) on the basis that such right derives from their freedoms under article 18. In response to such claims, a growing number of States have in their laws exempted from compulsory military service citizens who genuinely hold religious or other beliefs that forbid the performance of military service and replaced it with alternative national service. The Covenant does not explicitly refer to a right to conscientious objection, but the Committee believes that such a right can be derived from article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one's religion or belief. When this right is recognized by law or practice, there shall be no differentiation among conscientious objectors on the basis of the nature of their particular beliefs; likewise, there shall be no discrimination against conscientious objectors because they have failed to perform military service. The Committee invites States parties to report on the conditions under which persons can be exempted from military service on the basis of their rights under article 18 and on the nature and length of alternative national service.».

opinion in the case of *Westerman v the Netherlands*, «even in peacetime, military service is connected with war»[21]. In this respect, a majority of the members of the HRC held there was no violation of Article 18 because the provision concerning conscientious objection was consistent with the interpretation of Article 18 in General Comment 22. Westerman «failed to satisfy the authorities of the State party that he had an "insurmountable objection of conscience to military service... because of the use of violent means"» and the committee refused «to substitute its own evaluation of this issue for that of the national authorities.»[22]. However, six members of the committee[23] found a violation of Article 18, thus recognizing conscientious objection entitling the individual to manifest his beliefs[24].

Consequently, the right of conscientious objection is now recognized by the HRC and appears to be quite broadly accepted by states[25]. Although conscientious objection is most commonly cited with respect to refusal to perform military service[26], nonetheless there are cases where the petitioners rely on conscientious objection to avoid paying taxes, arguing that they object to spending a portion of their taxes for example for military purposes. The established case law of the HRC confirms that the guarantees under Article 18 ICCPR do not provide an exemption from performing lawfully imposed obligations, particularly with regard to payment of taxes[27]. The HRC accepts that Article 18 ICCPR protects the right to «hold, express and disseminate opinions and convictions, including conscientious objection to military activities and expenditures»[28]. However, in this context the HRC holds that «the refusal to pay taxes on grounds of conscientious objection clearly falls outside the scope of protection of this article»[29].

21. HRC 13.12.1999 *Westerman v the Netherlands*, Communication no. 682/1996.

22. Cited by de Beausse de La Hougue, 2011, 432.

23. Cecilia Medina Quiroga, Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Louis Henkin, Fausto Pocar, Martin Scheinin, and Hipólito Solari Yrigoyen.

24. De Beausse de La Hougue, 2011, 432.

25. De Beausse de La Hougue, 2011, 432.

26. Sudre, 2008, 517–519.

27. Joseph, Castan, 2013, 584.

28. Nawrot, 2015, 20.

29. HRC 08.11.1991 *J.P. v Canada*, Communication no. 446/1991, para 2.1: «The author is a member of the Society of Friends (Quakers). Because of her religious convictions, she has refused to participate in any way in Canada's military efforts. Accordingly, she has refused to pay a certain percentage of her assessed taxes, equal to the amount of the Canadian federal budget earmarked for military appropriations. Taxes thus withheld have instead been deposited with the Peace Tax Fund of Conscience Canada, Inc., a non–governmental organisation.»; para 4.2: «Although article 18 of the Covenant certainly protects the right to hold, express and disseminate opinions and convictions, including conscientious objection to military activities and expenditures, the refusal to pay taxes on grounds of conscientious objection clearly falls outside the scope of protection of this article.»; HRC 23.07.1992

However, vital issues of conscientious objection by medical personnel have yet to be presented to the HRC. Particularly notable here is conscientious objection by medical personnel with respect to acts contrary to their principles, primarily involving the taking of human life through termination of pregnancy[30].

In the case of medical personnel, the public authorities should be particularly cautious in imposing limitations in light of the seriousness of the dilemmas brought by the development of science and medical technologies. Conflicts of conscience seem particularly critical as they involve values that are the most fundamental, also from the perspective of the values of the rule of law[31]. Thus, the obligations of the state include creation of a system guaranteeing that medical professionals can maintain their internal autonomy and also guaranteeing that patients receive certain medical services[32]. If physicians recognize under their own adopted principles that an unborn child is also a patient, such physicians cannot be accused of being «blinded by their own moral rules» and failing to perceive anything beyond them. The legal permissibility of conducting abortions in certain situations obliges the state, and not the physician, to ensure the possibility of conducting it[33].

As in the case of the United Nations' universal system for protection of human rights, also in the system of the Council of Europe the freedom of thought, conscience and religion has the nature of an innate right. Thus the content of this freedom and the rights tied to it cannot be laid down exclusively by norms of the legal system in the positivist sense[34].

The freedom of thought, conscience and religion is expressed in Article 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (European Convention on Human Rights–ECHR)[35] and Article 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[36].

Under the ECHR, the individual has a full right to autonomy of thought, conscience and religion. Thus, among other things, freedom is guaranteed with respect to choice of the system of values one wishes to be guided by and through which one will assess the surrounding reality. While the sphere of internal/spiritual

J.v.K. and C.M.G.v.K.–S. v the Netherlands, Communication no. 483/1991, para 4.2; HRC 08.04.1994 *K.V. and C.V. v Germany*, Communication no. 568/1993, para 4.3.

30. De Beausse de La Hougue, 2011, 433.

31. Nawrot, 2014, 113.

32. Nawrot, 2014, 113.

33. Chyrowicz, 2014, 121.

34. Nawrot, 2015, 21.

35. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms promulgated in Poland at Journal of Laws Dz.U. 1993 no. 61 item 284, as amended.

36. Official Journal of the European Union [2010] C 83/389.

freedom is not subject to any limitations, its externalization must reflect the realities, particularly the overall system of values, of a democracy governed by law. Consequently, in the external sphere, manifestation of the freedom of thought, conscience and religion may, and in some instances must, be subject to limitations (art. 9(2) ECHR).

The Strasbourg judicial bodies have very rarely decided to limit the right of conscientious objection, and when they have done so, they have pointed to a too–weak connection between the practice and the grounds for assertion of conscientious objection. In *Bouessel du Bourg v France*[37] the European Commission of Human Rights (EComHR) held that a taxpayer's refusal to pay taxes because the state might spent some portion of it for example on abortion cannot be regarded as exercise of the right of conscientious objection. In the view of the commission, the connection between collection of tax and termination of pregnancy is too weak.

Bayatyan v Armenia (2011)[38] involved a citizen of Armenia who for religious reasons (as a Jehovah's Witness) refused to perform military service but also declared that he was prepared to perform alternative service[39]. But this option was not provided for by Armenian law. The petitioner was sentenced to two and a half years in prison. The European Court of Human Rights (ECtHR) held that the state could exercise its margin of appreciation in evaluating the necessity to limit the religious freedom of the individual[40]. But a state which has not decided to provide the individual with the possibility of performing alternative service must demonstrate in each case that intrusion in the sphere of the individual's freedom of religion was justified by "a pressing social need"[41].

In *Eweida v United Kingdom*[42]*,* two applicants, Nadia Eweida and Shirley Chaplin, claimed that the ban on wearing a cross in the workplace violated Article 9 ECHR with respect to manifestation of their convictions, and two other applicants with respect to conscientious objection. In its judgment of 15 January 2013, the ECtHR upheld only the application by Eweida. In the court's opinion, refusal to perform a legal obligation due to conflict with religious convictions falls within the scope of protection of Article 9 ECHR also when it does not involve

37. EComHR 18.02.1993 *Bouessel du Bourg v France*, app. no. 20747/92, *EHRR*, 1993, 16, CD49.

38. ECtHR 07.07.2011 *Bayatyan v Armenia*, app. no. 23459/03, *ECHR*, 2011, 1095, para 110: «In this respect, the Court notes that Article 9 does not explicitly refer to a right to conscientious objection.».

39. Amos, 2014, 535–536.

40. Renucci, 2013, 161–162.

41. Cumper, 2014, 601–602.

42. ECtHR 15.01.2013 *Eweida v United Kingdom,* apps. no. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *ECHR*, 2013, 37.

military service. Moreover, this is also possible with respect to a person exercising a public function[43]. The court held that within the margin of appreciation of the local authorities, they could in this case give priority to protection against access to public services by gay couples and the requirement that employees act in a manner free from discrimination, and thus the aim of the action was justified[44]. The *Eweida* ruling demonstrates an evolution in the position of the ECtHR concerning recognition of conscientious objection under Article 9 of the convention[45].

Similarly, under Article 9 ECHR, a representative of the health service has the right to refuse to perform a service violating the system of values he or she subscribes to – the right of conscientious objection (conscience clause). However, the state bears the obligation of ensuring the rights of the patient, who must be able to obtain the medical service from another provider. This position is supported by the case of *R.R. v Poland*[46]. There the applicant alleged that the refusal to issue her a referral for detailed prenatal testing (genetic tests), motivated by considerations of conscience, denied her the ability to undergo a lawful abortion. Although in its judgment the ECtHR cited *inter alia* the position of the United Nations High Commissioner for Human Rights that in enabling health service workers to exercise a right of conscientious objection, the state must guarantee patients the ability to obtain the medical service in question, including abortion, from another service provider, the court did not dispute the soundness of the notion of a conscience clause as such. To the contrary, the court pointed to the necessity to ensure the possibility of realizing both the rights of the health service employee, including first and foremost the right of conscientious objection, and the rights of the patient, in particular the right to healthcare (access to medical services).

The line of case law on the application of conscientious objection to date clearly indicates the position that the institution of a conscience clause plays in the Council of Europe's system of human rights protection. This position is well–illustrated in resolution 1763 of the Parliamentary Assembly from 2010[47], point 1 of which confirms the fundamental nature of freedom of conscience and the need for express determination of limitations with respect to acting in accordance with conscience. The assembly indicated that each state has a dual obligation in this

43. Skwarzyński, 2013, 15–17.

44. ECtHR 15.01.2013 *Eweida v United Kingdom,* apps. no. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *ECHR*, 2013, 37, para 105.

45. McCrea, 2014, 305.

46. ECtHR 26.05.2011 *R.R. v Poland*, app. no. 27617/04, *ECHR*, 2011, 828; as well as ECtHR 20.03.2007 *Tysiąc v Poland,* app. no. 5410/03, *ECHR*, 2007, 219.

47. Resolution 1763, «The right to conscientious objection in lawful medical care» (2010), Final version, http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref–XML2HTML–EN.asp?fileid=17909&lang=en

regard: to healthcare providers (freedom of thought, conscience, and religion), and to patients (access to lawful medical care). The state should thus develop comprehensive and clear regulations defining and ensuring the ability to exercise the conscience clause by healthcare providers[48]. This resolution recognized the validity of the conscience clause not only with respect to individuals, which is obvious, but also – which may be controversial – to collective entities (eg hospitals). The resolution may be read as a premise for expanding the integrity and autonomy of legal persons in light of their legal nature, eg religious congregations, or in light of their purpose or fundamental activity, eg operating a hospice, school or hospital, which may be grounded on a certain essential ethical choice by their members, owners or founders[49].

Article 10(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides: «Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. This right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.». The charter also provides for a right of conscientious objection in Article 10(2): «The right to conscientious objection is recognised, in accordance with the national laws governing the exercise of this right.»[50]. As compared to the previous protection, this is a new guarantee of the right to conscientious objection expressly stated in the European system of human rights, indicating the process for specifying the rights and freedoms of the individual[51]. The charter protects the right to conscientious objection within the bounds provided by national law, as indicated by a literal interpretation of Article 10(2)[52].

3. In several articles, including articles 31, 35(2), 47, 48, and 53, the Polish Constitution of 1997[53] guarantees the freedom of convictions, conscience, and the ethical system endorsed by each person based on their adopted world view. Thus statutory regulation of the "conscience clause", ie refusal to comply with a legal norm because the person reaches a negative moral assessment of the behaviour provided

48. Radlińska, Kolwitz, 2015, 464.

49. Bosek, 2011, 24–25.

50. In Polish: «Uznaje się prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa.». In French: «Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.». Official Journal of the European Union [2010] C83/389.

51. McCrea, 2014, 305–306.

52. Skwarzyński, 2013, 12.

53. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Constitution of Republic of Poland dated 2 April 1997), Journal of Laws Dz.U. 1997 no. 78 item 483, as amended.

for in the legal norm, cannot be regarded as some kind of privilege or a specific form of expression of attitudes of human conscience[54].

In its ruling of 15 January 1991 (issued under the Polish Constitution of 1952), the Polish Constitutional Tribunal held: «Freedom of conscience does not mean only the right to represent a certain world view, but primarily the right to act in accordance with one's own conscience, the freedom from compulsion to act contrary to one's own conscience»[55].

Both the Polish Constitution 1997 (art. 31(3)) and the acts of international law discussed above provide for a substantive legal basis for limiting persons' freedom to act in accordance with their own conscience, which may take the form of the rights and freedoms of others or public safety and order. Such limitations may be introduced only by statute and in a manner that does not violate the essence of the freedom. Thus, as the rule is freedom of conscience, including the freedom to refrain from actions conflicting with one's own conscience, limitation of the rule – as an exception – must be justified under art. 31(3) of the Constitution, and not the other way around[56]. Freedom to recognize a certain world view, to profess a certain religion, must go hand in hand with recognition and tolerance of the freedom of another person from recognition of that world view as correct and from professing that religion. In a democracy governed by the rule of law, the right of tolerance must be symmetrical.

The obligation to act or refrain from acting arising out of such legal norms may consist of an obligation to take certain behaviours for the common good (eg military service) or for another person when he or she has a claim based on such norm for delivery of certain consideration (eg medical care). What will be decisive of this issue will be the weight of the good which is violated as a result of performance of the command set forth in the norm. If this good has a high value, it may be the case that realization of the obligation set forth in the legal norm may eradicate the essence of the freedom of conscience. That would be contrary to art. 31(3) of the Constitution[57].

The conscience clause is a legal method of expression of the right of conscientious objection. We typically refer to it with a view of physicians and within a fairly

54. Olszówka, 2016, 1263.

55. Polish Constitutional Tribunal 15.01.1991 case no. U. 8/90, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* (Constitutional Tribunal Case Law) 1991, 1, item 8.

56. Olszówka, 2016, 1263.

57. Art. 31(3): «Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.».

narrow scope, mainly in the context of abortion. However, a broad scope of the clause follows from the very principle of equality, and thus that it also applies to other persons and areas of life[58]. Nonetheless, it must be remembered that in law, the conscience clause should be the exception and not the rule. According to Andrzej Zoll, in the Polish legal system, the conscience clause with respect to goods of high value (such as human life at every stage of development) has a constitutional foundation[59]. In practice, the conscience clause in Poland with respect to physicians most often has to do with lawful abortions as well as issuance of referrals for prenatal testing as the basis for termination of pregnancy. Other indications are *in vitro* fertilization or refusal to prescribe abortifacients[60].

A conscience clause is set forth in art. 39 of the Act on the Professions of Physician and Dentist[61]. Under that provision, «A physician may refrain from providing healthcare services contrary to his or her conscience....». Thus, insofar as defined in that provision, physicians enjoy full legal guarantees of the autonomy of their conscience in the sphere of professional decisions[62]. However, art. 39 must be read in the context of art. 30 of the act, which refers to a physician's duty to provide healthcare if there is an urgent need due to a threat to life or health or other instance requiring immediate action. Here, "other instance" may be understood also to mean various medical services or procedures which may also be covered by the conscience clause, but art. 39 states that the conscience clause does not apply to situations covered by art. 30. In other words, then the physician would not be free to refuse to act[63]. The reference to art. 30 means that in any instance where art. 30 applies, the physician must act contrary to conscience. The blanket reference to art. 30 means that the physician must act contrary to conscience in any instance "not admitting delay"[64]. Art. 39 of this act, expressing the conscience clause for physicians, should thus be modified along the lines of art. 12(2) of the Act on the Professions of Nurse and Midwife[65], which excludes the possibility of relying on the conscience clause if delay in providing healthcare could cause sudden deterioration in the patient's health[66].

58. For example the conscience clause in the legal profession.

59. Zoll, 2014b, 81.

60. Radlińska, Kolwitz, 2015, 464.

61. Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Journal of Laws Dz.U. 2008 no. 136 item 857, as amended.

62. Żelichowski, 2005, 73.

63. Zoll, 2014a, 103.

64. Bosek, 2014, 109–110.

65. Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej, Journal of Laws Dz.U. 2011 no. 174 item 1039, as amended.

66. Zoll, 2014a, 103.

According to a judgment of the Constitutional Tribunal[67], art. 39 has ceased to be in force with respect to requiring a physician to provide a patient information on the possibility of obtaining a healthcare service. In the tribunal's view, this obligation should be borne by the public authorities[68].

It thus appears that the conscience clause in the medical sphere is from the legal point of view a resolution by the legislature of the conflict between the freedom of healthcare professionals to act in accordance with their own conscience, and other persons' right to require specific medical action by that professional[69].

The "conscience clause" may also apply to other persons in the healthcare sphere, such as pharmacists, in particular with respect to prescribed abortifacients. Thus the position of the Committee on Bioethics at the Polish Academy of Sciences according to which pharmacists cannot rely on the "conscience clause" should be rejected[70].

In summary, it should be stated that human rights express normatively the innate human dignity that is the source of the rights of the individual[71]. The right of conscientious objection has gradually assumed its place in the system of human rights. It is part of the right to freedom of thought, conscience, and religion. Exercise of this freedom is possible only when it is not unlawful. The essence of the "conscience clause" is the response in a situation where a legal norm requires the addressee to act contrary to conscience, thus interfering in the essence of the human right of freedom of conscience. Thus, without protection of the right of conscientious objection, protection of the human right of freedom of conscience is a sham or façade. The conscience clause, which should be the exception and not the rule, is the realization of this right in situations where its statutory limitation is necessary.

67. Polish Constitutional Tribunal 07.10.2015 case no. K 12/14, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – A* (Constitutional Tribunal Case Law – A) 2015, 9, item 143.

68. Brzozowski, 2017, 34.

69. Zoll, 2015, 126.

70. Position of the Committee on Bioethics of the Presidium of the Polish Academy of Sciences of 12.11.2013 no. 4/2013 on the "conscience clause".

71. Orzeszyna, 2013, 18.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amos M. (2014). *Human Rights Law*, Oxford–Portland: Bloomsbury Publishing.

de Beausse de La Hougue C. (2011), Article 18 in E. Decaux, ed. *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, ed. Emmanuel Decaux, Paris: Economica, p. 432 ss.

Bosek L. (2011). Klauzula sumienia (The conscience clause), in M. Safjan, ed. *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami* (Law in the face of medicine and biotechnology: A collection of rulings with commentaries), Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 21–26.

Bosek L. (2014). Klauzula sumienia – czy ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty jest zgodna z Konstytucją RP (The conscience clause: Is the Act on the Professions of Physician and Dentist consistent with the Polish Constitution?), *Medycyna Praktyczna*, 1, p. 104 ss.

Brzozowski W. (2017). Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego) (A physician's right to conscientious objection (following the Constitutional Tribunal judgment)), *Państwo i Prawo*, 7, pp. 23–36.

Chyrowicz B. (2014). Moralna autonomia i klauzula sumienia (Moral autonomy and the conscience clause), *Medycyna Praktyczna*, 1: p. 120 ss.

Cumper P. (2014). Article 9: Freedom of Thought, Conscience, and Religion in D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, eds. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 592 ss.

Garlicki L. (2010). Commentary to art. 9 in L. Garlicki, ed. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1–18* (Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Commentary on articles 1–18). Warsaw: C.H. Beck, p. 557 ss.

Joseph S., Castan M. (2013). *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

McCrea R. (2014). Article 10 – Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford and Portland: Bloomsbury publishing, p. 291 ss.

Nawrot O. (2014). Sumienie lekarza a prawa człowieka w świetle standardów Rady Europy (A physician's conscience and human rights under the standards of the Council of Europe), *Medycyna Praktyczna*, 1, p. 111 ss.

Nawrot O. (2015), Sprzeciw sumienia a prawa człowieka i ich filozofia (Conscientious objection, human rights and their philosophy), in O. Nawrot, ed. *Klauzula sumienia w państwie prawa* (The conscience clause under the rule of law), Sopot: Fundacja na rzecz Polskich Związków Kredytowych – Instytut Stefczyka, p. 12 ss.

Olszówka M. (2016). Objaśnienia do art. 53 (Analysis of art. 53), in M. Safjan, L. Bosek, eds. *Konstytucja RP, tom. I, Komentarz, Art. 1–86* (The Polish Constitution, vol. 1: Commentary to Art. 1–86), Warsaw: C.H. Beck, p. 1263 ss.

Orzeszyna K. (2013). Godność ludzka podstawą praw człowieka (Human dignity–the foundation of human rights), in R. Tabaszewski, ed. *Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność* (Human rights and responsibility), Lublin: Wydawnictwo KUL, p. 15 ss.

Orzeszyna K. (2017). Klauzula sumienia jako gwarancja realizacji prawa do wolności

sumienia (The conscience clause as a guarantee of exercise of the right of freedom of conscience), *Medyczna Wokanda*, 9, p. 17 ss.

Radlińska I., Kolwitz M. (2015). Klauzula sumienia realizowana w prawie zawodów medycznych w Polsce w kontekście realizacji Europejskiej konwencji praw człowieka (The conscience clause realized in the law of the medical professions in Poland in the context of realization of the European Convention on Human Rights), *Pomeranian Journal of Life Sciences*, 4, pp. 466–466.

Renucci J.–F. (2013). *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par CEDH*. Paris: L.G.D.J.

Skwarzyński M. (2013). Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka (Conscientious objection in the European and Polish systems of human rights protection), *Przegląd Sejmowy*, 6, p. 9 ss.

Skwarzyński M. (2015). Korzystanie z klauzuli sumienia jako realizacja wolności wewnętrznej czy/i zewnętrznej (Exercise of the conscience clause as realization of internal and/or external freedom), *Opolskie Studia Administracyjno–Prawne 13,* 4, p. 9 ss.

Sudre F. (2008). *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France.

Szostek A. (2013). Sprzeciw sumienia a prawo naturalne (Conscientious objection and natural law), *Teologia i Moralność*, 2 (14), p. 7 ss.

Zoll A. (2014a). Charakter prawny klauzuli sumienia (The legal nature of the conscience clause), *Medycyna Praktyczna*, 1, p. 99 ss.

Zoll A. (2014b). Klauzula sumienia (The conscience clause), in P. Stanisz, J. Pawlikowski, M. Ordon, eds. *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne* (Conscientious objection in medical practice: Ethical and legal aspects). Lublin: Wydawnictwo KUL, p. 77 ss.

Zoll A. (2015). Klauzula sumienia w medycynie – gwarancja czy ograniczenie wolności sumienia pracowników służby zdrowia? (The conscience clause in medicine: Guarantee or limitation of the freedom of conscience of healthcare workers?), in O. Nawrot, ed. *Klauzula sumienia w państwie prawa* (The conscience clause under the rule of law), Sopot: Fundacja na rzecz Polskich Związków Kredytowych – Instytut Stefczyka, pp. 116–126.

Żelichowski M. (2005). Klauzula sumienia – aspekt prawny (The conscience clause: Legal aspect), *Medycyna Praktyczna – Ginekologia i Położnictwo,* 6, p. 72 ss.

CHIARA PALAGIANO

LA TRANQUILLITÀ VIOLATA. IL C.D. "*STALKING* CONDOMINIALE"*

«Pace con Dio e con il vicino: così vuole il buon sonno. E pace anche col diavolo del vicino! Altrimenti ti si aggirerà per la casa, di notte».

Friedrich NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra*.

ABSTRACT

Il delitto di *stalking* condominiale rappresenta un problema imperversante nella realtà sociale e sarebbe necessaria una normativa specifica, idonea a tutelare la tranquillità personale che viene lesa a causa delle condotte perpetrate dallo *stalker*. Tale fenomeno deve essere analizzato anche alla luce del concetto di domicilio fornito dalla CEDU, secondo cui ogni persona ha diritto a godere delle comodità della propria abitazione, perché altrimenti si violerebbe l'art. 8 della Convenzione.

The crime of condominium stalking is a problem raging in the social reality and would require specific legislation, suitable to protect the personal tranquility that is harmed because of the conduct perpetrated by the stalker. This phenomenon must also be analyzed in the light of the concept of domicile provided by the ECHR, according to which every person has the right to enjoy the comforts of his own home, because otherwise it would violate the article 8 of the Convention.

PAROLE CHIAVE

Tranquillità personale / *stalking* condominiale / domicilio

Personal tranquility / condominium stalking / domicile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inquadramento della fattispecie. – 3. Differenze sussistenti con le contravvenzioni di cui agli artt. 659 e 660 cod. pen. – 4. La casistica giurisprudenziale. – 5. Quali forme di tutela per le persone offese?

1. I rapporti di vicinato diventano spesso oggetto di vicende di cronaca giudiziaria, quando uno o più condòmini non tollerano determinati comportamenti posti in essere da uno o più vicini abitanti in un medesimo stabile e, talvolta, iniziando da semplici contrasti e disaccordi si sfocia nell'area del penalmente rilevante, allorché vengano lesi beni giuridici protetti da norme incriminatrici. Più specificamente, tali beni giuridici sono la libertà morale e fisica, nonché la serenità psichica delle

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

singole persone, che devono essere garantite in relazione al diritto alla *privacy* e al rispetto della propria abitazione.

2. La Suprema Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, con la sentenza n. 20895 del 25 maggio 2011 ha statuito che nell'ambito dell'art. 612 *bis* cod. pen. possa essere sussunto il delitto di atti persecutori nei rapporti di vicinato[1]. Difatti, è configurabile il reato di *stalking* condominiale allorquando un condòmino assuma un comportamento esasperante e maniacale nei confronti dei vicini di casa, che sia idoneo a determinare un grave e perdurante stato di ansia, frustrazione e paura, nonché a costringere loro a mutare le abitudini di vita[2]. Tali condotte possono identificarsi perfino in rumori oltremodo molesti realizzati nella consapevolezza della loro idoneità a causare uno degli effetti previsti dalla norma in esame.

Per la Cassazione si può raffigurare il reato di cui all'art. 612 *bis* cod. pen. anche se il soggetto agente semplicemente rivolga sguardi insistenti, intimidatori e minacciosi, tanto che il Giudice può disporre nella misura cautelare coercitiva il divieto di guardare la persona offesa[3].

Ciò premesso, dalla disamina di detta norma emerge una possibile lesione al principio di legalità ed ai relativi corollari, ovverosia al principio di precisione ed al principio di determinatezza[4], dato che nell'alveo del reato di atti persecutori pos-

1. Cass. 25.5.2011, n. 20895, secondo la quale, tra l'altro «integra il delitto di atti persecutori (art. 612 bis cod. pen.), la condotta di colui che compie atti molesti ai danni di più persone, costituendo per ciascuna motivo di ansia, non richiedendosi, ai fini della reiterazione della condotta prevista dalla norma incriminatrice, che gli atti molesti siano diretti necessariamente ad una sola persona, quando questi ultimi, arrecando offesa a diverse persone di genere femminile abitanti nello stesso edificio, provocano turbamento a tutte le altre.». Difatti, nella fattispecie in parola la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che si possa dissertare di delitto di *stalking*, poiché quantunque l'autore del reato ha perpetrato le condotte integranti il reato di che trattasi solo nei confronti di talune donne dello stabile, pur tuttavia il suo atteggiamento ha generato nelle altre timore ed ansia, in quanto temevano di poterlo incontrare ogniqualvolta facessero rientro a casa, tanto da mutare le loro abitudini di vita.

2. V. Cass. 28.6.2016, n. 26878.

3. Cass.6.2.2015, n. 5664; Cass. 26.3.2010, ordinanza n. 11945.

4. Tuttavia sul punto si è espressa C. Cost., data udienza 7 maggio 2014, n. 172 ed ha asserito che «non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612– bis cod. pen. che disciplina il reato di atti persecutori, impugnato, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., per violazione del principio di determinatezza. La fattispecie in esame si configura come specificazione delle condotte di minaccia o di molestia contemplate dagli artt. 612 e 660 cod. pen.; nel prevedere un'autonoma figura di reato il legislatore ha, infatti, ulteriormente connotato tali condotte, richiedendo che siano realizzate in modo reiterato e idoneo a cagionare almeno uno degli eventi indicati (stato di ansia o di paura, timore per l'incolumità e cambiamento delle abitudini di vita), al fine di circoscrivere la nuova area di illecito a specifici fenomeni di molestia assillante che si caratterizzano per un atteggiamento predatorio nei confronti della vittima. Il reato di cui all'art. 612– bis cod. pen. non attenua, dunque, in alcun modo la determinatezza della incriminazione rispetto alle fattispecie di molestie o di minacce. [...] Inoltre, il ricorso a una enunciazione sintetica della norma incriminatrice, anziché alla analitica

sono essere ricondotti molteplici fenomeni, poiché non è possibile circoscrivere ad un'unica forma di manifestazione questo reato.

Il delitto di cui all'art. 612 *bis* cod. pen. è denominato «Atti persecutori», più frequentemente definito reato di *stalking*, richiamando il vocabolo anglosassone, dal verbo *to stalk*, tradotto "fare la posta". Tale articolo è stato introdotto nel nostro Codice Penale soltanto con il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in Legge n. 39/2009, ma i fenomeni tutelati da questa norma purtroppo sono sempre esistiti. Pur tuttavia, precedentemente al succitato intervento legislativo vi erano varie norme incriminatrici, che in seguito sono state ritenute inidonee ad apprestare una giusta assistenza e garanzia alle persone offese dal reato in parola, indi per cui si è ritenuto di tipizzare tale fattispecie in un'unica disposizione normativa, contenuta nell'anzidetto articolo del Codice Penale. Ciononostante, le perplessità inerenti alle singole condotte perpetrabili dal soggetto agente permangono, perché nella disposizione in questione si fa riferimento a determinate azioni reiterate nel tempo, che causano dei *sub*–eventi quali la molestia o la minaccia, che a loro volta producono l'evento finale[5]. Pertanto, in una visione di inquadramento specifico delle azioni ripetute nel tempo, idonee a determinare i *sub*–eventi caratteristici per la causazione dell'evento finale previsto dall'art. 612 *bis* cod. pen., con particolare riguardo all'ipotesi dello *stalking* condominiale, occorre evidenziare che i beni giuridici protetti dalla norma sono irrefutabilmente la libertà morale e fisica, nonché la tranquillità e la serenità mentale e la riservatezza della persona offesa[6], vittima – se si vuole utilizzare un termine di uso criminologico – di *stalking*, tanto che detto reato è inserito al capo III del titolo XII, nella sezione dei delitti contro la libertà morale. Ciò si evince agevolmente dalla lettura del primo comma del suddetto articolo, a norma del quale è punito colui che causi «un perdurante e grave stato di ansia o di paura», ovvero ingeneri «un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva», o ancora costringa «lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita». In particolare, la libertà fisica può essere considerata più propriamente un bene indirettamente tutelato dalla disposizione in parola, qualora tutte le condotte analizzate di minaccia o di molestia dovessero aggravarsi e provocare delle circostanze peggiori.

enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sè, un vizio di indeterminatezza, purché attraverso l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga, come nella specie, alla individuazione di un significato chiaro, intelligibile e preciso dell'enunciato.». Peraltro, il principio di determinatezza non esclude l'uso di formule elastiche. Sull'argomento v. Commentario breve al codice penale, 2017, 2092 ss.

5. Losappio, 2010, 872.

6. Cass. 7.3. 2011, n. 8832, secondo cui «è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori abbiano un effetto destabilizzante della serenità, dell'equilibrio psicologico della vittima».

Peraltro in un contesto conflittuale, quale quello condominiale, è più consueto che ricorrano dei comportamenti molesti reciproci e si è ritenuto in giurisprudenza che l'esistenza degli stessi non escluda la penale responsabilità dello *stalker*, laddove quest'ultimo raggiunga una posizione di predominanza rispetto all'altro[7]. In fattispecie di tal tipo, in cui si è in presenza di un contesto di danno vicendevole, allorquando, ad esempio, il soggetto agente del reato di atti persecutori abbia denunciato in precedenza la persona offesa per un reato connesso o collegato, le dichiarazioni di quest'ultima devono essere analizzate alla luce dell'art. 192, co. 3, cod. proc. pen., mediante il riscontro di dati esterni.

Nella casistica giurisprudenziale è comune imbattersi in vicende che attengano a liti condominiali e, in genere, le azioni eseguite dall'autore del reato consistono in comportamenti maniacali esasperanti, insulti, minacce, uso di termini scurrili all'interno di uno stabile condominiale, sgarbi, frasi ingiuriose o diffamanti, lancio di sostanze più o meno pericolose e nel disturbo al riposo dei vicini di casa, che talvolta possono concludersi in vere e proprie tragedie, come la strage tristemente nota di Erba. È indubbio notare che tra queste condotte vi siano delle autonome fattispecie di reato, ma occorre comprendere quando le stesse possano determinare il più grave delitto di atti persecutori.

Infatti, dall'analisi accurata della disposizione esaminata risulta che trattasi di un reato abituale[8], invero affinché si possa disquisire di atti persecutori è necessario che le condotte incriminate di minaccia o di molestia debbano essere reiterate, quindi ripetute nel tempo. Nondimeno, con la recentissima sentenza numero 104 del 3 gennaio 2018, la Corte di Cassazione ha sostenuto che la condotta persecutoria posta in essere dal soggetto agente possa avere una brevissima durata, finanche di una sola giornata, purché sia idonea a concretizzare uno dei tre eventi alternativi enunciati dalla norma[9]. Questa prospettiva – seppur prevista per un caso di atti persecutori perpetrati da un uomo nei confronti di una donna – sembra mal conciliabile con l'ipotesi dello *stalking* condominiale, rientrante nel medesimo articolo 612 *bis* cod. pen.. Esaminando la questione criticamente si nota che è arduo supporre una fattispecie di *stalking* condominiale che si esaurisca in un unico giorno. È un'impostazione mercé la quale si confluisce in uno scenario scarsamente definito,

7. Cfr. Cass. 14.11.2013, n. 45648; Cass. 11.2.2014, n. 6384.

8. Cass. 7.3.2014, n. 23485.

9. Cfr. Cass. 3.1.2018, n. 104; Cass. 17.2.2017, n. 186486; Cass. 13.6.2016, n. 38306. La Suprema Corte di Cassazione ha affermato che è pacifico «come sia configurabile il delitto di atti persecutori anche quando le singole condotte sono reiterate in un arco di tempo molto ristretto (anche nell'arco di una sola giornata), a condizione che si tratti di atti autonomi e che la reiterazione di questi, pur concentrata in un brevissimo arco temporale, sia la causa effettiva di uno degli eventi considerati dalla norma incriminatrice».

motivo per cui si prospettano possibili violazioni del principio di precisione della norma, dal momento che nell'art. 612 *bis* cod. pen. possono essere fatti rientrare casi molto diversi tra loro e i vari arresti giurisprudenziali, che tentano di chiarificare la disposizione in commento non sempre si armonizzano con le differenti ipotesi congetturabili.

D'altra parte, i singoli comportamenti analizzati distintamente potrebbero, al contrario, non costituire reati, ma la pluralità delle reiterate condotte commissive, omogenee o eterogenee tra loro, deve essere idonea ad ingenerare uno degli eventi alternativi previsti dall'art. 612 *bis* cod. pen.

3. Orbene, è necessario altresì specificare che vi è una correlazione tra il delitto di atti persecutori e la contravvenzione di cui all'art. 659 cod. pen., eminentemente denominata «Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone», ma occorre delineare le dovute differenze. L'ultima norma è volta a tutelare la tranquillità pubblica, quella personale e l'ordine pubblico, ma è anche tesa a garantire una serenità alle persone e a salvaguardare l'ambiente, quindi è diretta a incriminare tutte quelle fattispecie che causino il cosiddetto inquinamento acustico[10]. Tali beni giuridici sono tutelati anche a livello internazionale dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che garantisce all'art. 8 il diritto al rispetto della vita privata e familiare, della casa e della corrispondenza. Invero, in numerose sentenze della CEDU sono affrontati casi relativi all'inquinamento acustico in relazione al concetto di domicilio[11]. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sancito che ogni individuo ha diritto a godere delle comodità della propria abitazione, perché altrimenti vi sarebbe violazione del predetto art. 8[12], a meno che le interferenze non

10. Losappio, 2015, p. 19.

11. CEDU, *case Chis v. Romania*, 9 settembre 2014, *application* 55396.07, in cui si legge: «La Cour rappelle que l'article 8 de la Convention protège le droit de l'individu au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. La Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8 *(Hatton et autres c. Royaume–Uni [GC], n° 36022/97, § 96, Recueil 2003–VIII ; Martínez Martínez c. Espagne, n° 21532/08, § 39, 18 octobre 2011, et, a contrario, Moreno Gómez c. Espagne, n° 4143/02, § 53, CEDH 2004-X)*».

12. Cfr. CEDU, *case Hatton and others v. United Kingdom*, 8 luglio 2003, *application* 36022.97; CEDU, *case López Ostra v. Spain*, 9 dicembre 1994, *application* 16798.90. «The Court held that Article 8 could include a right to protection from severe environmental pollution, since such a problem might "affect individuals' well–being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health"»; «in Guerra and others v. Italy (judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998–I), which, like López Ostra, concerned environmental pollution, the Court observed that "[the] direct effect of the toxic emissions on the applicants' right to respect for their private and family life means that Article 8 is applicable" (p. 227, § 57)».

siano prescritte specificamente dalla legge[13] e, ad ogni modo, i ricorrenti devono provare che eventuali rumori invadenti abbiano superato la soglia minima consentita[14] o, al più, che loro abbiano subìto un danno alla salute[15].

Si deve dare contezza della circostanza per la quale la legge delega n. 67 del 2014 aveva previsto la depenalizzazione di taluni reati in illeciti amministrativi e tra questi vi era l'art. 659 cod. pen.; pur tuttavia, il decreto legislativo del 15 gennaio 2016 n. 8, emanato in attuazione della delega della suddetta legge, non ha contemplato tale contravvenzione tra le ipotesi depenalizzate. Ad ogni buon conto, occorre rilevare che questa intenzione legislativa porta ad avere una certa titubanza dal momento che, qualora il reato di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone fosse stato depenalizzato, la condotta tipizzata sarebbe rimasta «indesiderata, deviante, meritevole di sanzione e meritevole di repressione»[16]. Per i motivi dianzi esposti e in considerazione del fatto che l'inquinamento acustico non può – e non deve – essere considerato una forma di inquinamento inferiore rispetto alle altre[17], una mera sanzione amministrativa sarebbe stata del tutto insufficiente ed incapace di salvaguardare il bene giuridico tutelato dalla norma analizzata. Ciò posto, la depenalizzazione, laddove fosse avvenuta, avrebbe comportato un fenomeno paradossale ed irragionevole per il quale i giuristi avrebbero potuto fare in modo che condotte prima punite con la pena prevista per la contravvenzione *ex* art. 659 cod. pen. rientrassero nell'alveo del più grave delitto di atti persecutori

13. CEDU, *case Flamenbaum and others v. France*, 13 dicembre 2012, *application* 3675/04 e 23264/04.

14. CEDU, *case Mileva and others v. Bulgaria*, 25 novembre 2010, *application* 43449.02–21745.04.

15. CEDU, *case Frankowski and others v. Poland*, 11 ottobre 2011, *application* 25002.09.

16. Losappio, 2015, 24, *op. ult. cit.* (*cit.* da Naucke, 1984, 203; *cit.* da Paliero, 1998, 75).

17. Losappio, 2015, 23, *op. ult. cit.*; De Smedt, 1986, 17, a parere dei quali già nel libro verde del 1996 si aveva il riscontro per cui l'inquinamento acustico è ritenuto di inferiore rilevanza rispetto ad altre problematiche ambientali. In realtà, «il rumore è insidioso, non devastante», motivo per il quale spesso si giunge all'assuefazione dello stesso, che con il passare del tempo porta a delle complicazioni. Pertanto, emerge che un'eventuale depenalizzazione della contravvenzione di cui all'art. 659 cod. pen. in illecito amministrativo avrebbe potuto finanche far sì che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo condannasse l'Italia per la violazione dell'art. 8 della Convenzione, che tutela il *right to privacy and respect home.* Difatti, nel *case of Moreno Gómez v. Spain*, 16 novembre 2004, *application* 4143.02, la CEDU ha asserito che vi sarebbe lesione dell'art.8 della Convenzione allorché le autorità nazionali non dovessero adottare tutte quelle misure finalizzate alla tutela dei cittadini dall'inquinamento in questione. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, altresì, aggiunto che alla luce della suddetta disposizione il concetto di domicilio deve essere inteso in senso lato, facendovi rientrare finanche il diritto di ogni individuo di non subire alterazioni psicofisiche derivanti dall'esterno, che non consentano di godere appieno della propria abitazione. Per di più nella recente sentenza relativa al *case of Cuenca Zarzoso v. Spain*, 16 gennaio 2018, la CEDU ha ribadito che «*after the Moreno Gomez judgment (Moreno Gómez v. Spain, no. 4143/02, ECHR 2004–X), the EU issued the Directive 2006/12, which in its Article 4 § 1(a) regulates pollution which causes "a nuisance through noise or odours".*»

di cui all'art. 612 *bis* cod. pen. alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto il cosiddetto *stalking* condominiale[18]. Per tutto quanto detto è auspicabile che il legislatore preveda forme di tutela più consone ed adeguate alla fattispecie in parola, atteso che il fenomeno anzidetto avrebbe comportato, altresì, conseguenze in collisione con l'ottica deflattiva e del risparmio dei costi, tanto ambite dalle ultime riforme[19].

È indubbio che l'inquinamento acustico sia uno dei dilemmi maggiori allorquando si possa disquisire di *stalking* condominiale, anche in considerazione della portata interpretativa del concetto di domicilio fornita dalla CEDU nei termini sopraindicati e, a tal proposito, si deve richiamare la legge quadro sull'inquinamento acustico, eminentemente la L. 447/1995, la quale sottolinea che i rumori comportano un danno alla salute, tutelata dalla Costituzione all'art. 32.

Pertanto, è imprescindibile tracciare la linea che separi nettamente le condotte rientranti nella contravvenzione di cui all'art. 659 cod. pen. e quelle, invece, che possano essere sussunte nel delitto di atti persecutori. Semplicisticamente si può ritenere che il reato di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone ricorra qualora i rumori eccedano la normale tollerabilità e siano idonei a tormentare un numero indeterminato di persone, ma non ogni rumore o schiamazzo può essere considerato *stalking* condominiale[20]. Difatti, si configura il delitto di cui all'art. 612 *bis* cod. pen. laddove un soggetto dovesse porre in essere nei confronti di altri condòmini, o anche di un solo condòmino, delle condotte esacerbanti, quali anche – ma non solo – rumori insistenti, configuranti un vero e proprio disegno persecutorio, tali da provocare un continuo stato di agitazione e un mutamento delle abitudini di vita della persona offesa[21], talché gli atti persecutori in condominio non possono configurarsi per delle mere liti condominiali, né possono limitarsi a dei trambusti irritanti.

Lo stesso dicasi per la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 660 cod. pen.,

18. Cfr. sull'argomento Losappio, 2015, 24, *op. ult. cit.*; Donini, 2000, 1655, secondo cui una «forte eliminazione di norme incriminatrici, per es. contravvenzionali, non implica affatto che i precetti la cui violazione viene da esse sanzionata, restino penalmente irrilevanti: di regola si tratta di fattispecie–avamposto che precisano in modo molto tassativo un disvalore di azione»; Bonini, 2003, 503; Castronuovo,2003, 277; Cass. 26.9.2013, n. 39933.

19. Losappio, 2015, 25, *op. ult. cit.*.

20. Cass. 12.4.2017, n. 18416; Cass. 18.12. 2015, n. 49983; Cass. 14.10. 2013, n. 45616; Cass. 29.11.2011, n. 47298. Si è specificato che «la rilevanza penale della condotta produttiva di rumori, censurati come fonte di disturbo delle occupazioni e del riposto delle persone, richiede l'incidenza sulla tranquillità pubblica, in quanto l'interesse tutelato dal legislatore è la pubblica quiete, sicché i rumori devono avere una tale diffusività che l'evento di disturbo sia potenzialmente idoneo ad essere risentito da un numero indeterminato di persone, pur se poi concretamente solo taluna se ne possa lamentare.».

21. Cass. 28.6.2016, n. 26878, *cit.*

rubricata «Molestia o disturbo alle persone», che anche deve essere distinta dal delitto in esame, atteso per di più che la Cassazione ha specificato che «in tema di molestia o disturbo alle persone, la contravvenzione di cui all'art. 660 cod. pen. che mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata, integra fattispecie distinta, autonoma e concorrente rispetto al reato di atti persecutori di cui all'art. 612 bis cod. pen. in cui non viene assorbita per la diversità dei beni giuridici tutelati.»[22].

Per cui è imprescindibile tratteggiare con sufficiente precisione le diversità sussistenti tra disposizioni che hanno degli elementi in comune, ma che al contempo presentano delle diseguaglianze rilevanti, perché si potrebbe cadere nell'assurdità di far sì che ogni rumore, fracasso o disturbo al riposo delle persone di un condominio sia ritenuto *stalking* condominiale.

4. Viene considerato *stalker* colui che si apposti in vari luoghi dello stabile abitato, pronunciando parole ingiuriose o formulando minacce, fino a determinare ansia e timore nella persona offesa, così da condizionarla a cambiare le proprie abitudini di vita, per esempio variando il percorso per tornare a casa pur di non incontrare il persecutore, accertandosi continuamente che non sia presente nelle scale o nel portone, evitando di far uscire dall'appartamento da soli i propri figli minorenni o decidendo di non ricevere più ospiti per imbarazzo e disagio, «trasferendo in altra parte della propria abitazione la stanza adibita a camera da letto, prendendo in seria considerazione la possibilità di cambiare abitazione.»[23]. Il delitto di cui all'art. 612 *bis* cod. pen. ricorre anche allorché un condòmino abbandoni escrementi davanti alle porte di ingresso, provochi danni alle autovetture dei propri vicini, ascolti la radio o la televisione ad alto volume, immetta lettere anonime dal contenuto discutibile nella cassetta della posta[24]. Il cosiddetto *stalker* potrebbe perpetrare a danno dei condòmini vari atteggiamenti esasperanti, quali anche versare liquidi da un balcone ad un altro o nelle parti comuni dell'edificio, per mero dispetto o per provocazione. Laddove tali sostanze dovessero essere dannose, si potrebbe prendere in considerazione la contravvenzione concernente il getto di cose pericolose, perché i due reati potrebbero anche concorrere se dovessero essere sussistenti tutti gli elementi costitutivi di entrambi, ma non si può disquisire automaticamente di atti persecutori in condominio per il semplice fatto che un condòmino abbia posto in essere la fattispecie *ex* art. 674 cod. pen..

Lo *stalker*, al fine della configurazione del delitto in questione, deve volonta-

22. Cass. 14.5.2014, n. 19924. In senso conforme, Cass. 24.3.2016, n. 12528.
23. T. Padova, Ufficio G.I.P., ordinanza 15.2.2013, n. 1222.
24. Cass. 9.4.2014, n. 26589.

riamente continuare nella propria metodica azione di molestia e disturbo, nonostante le numerose lamentele dei condòmini e, per la consumazione del reato di atti persecutori è sufficiente che le condotte poste in essere abbiano un effetto destabilizzante sull'equilibrio psicologico della persona offesa[25]. Inoltre, si deve ineluttabilmente considerare il clima di odio, ostilità, avversità e rivalsa acceso dal soggetto agente nel contesto conflittuale condominiale[26].

La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza depositata il 9 maggio 2018, n. 20473[27] ha acclarato che sia trascurabile il movente dell'azione del soggetto agente del delitto di atti persecutori, qualora sia correlato ad esigenze lavorative o all'esercizio del diritto di proprietà.

Non sempre sono chiare però le intenzioni dello *stalker* condominiale e ciò fa comprendere come sia arduo provare il dolo generico richiesto per la configurazione del delitto analizzato, che prevede la rappresentazione dell'evento e la volontà di porlo in essere, perché, talvolta, nell'ampio novero delle fattispecie di atti persecutori attuabili in condominio, potrebbe accadere che un condòmino assuma dei comportamenti esasperanti ripetuti nel tempo, senza un vero e proprio disegno criminoso e persecutorio e si sia semplicemente rappresentato come seriamente possibile la verificazione di almeno uno degli eventi alternativi disciplinati dall'art. 612 *bis* cod. pen. ed abbia, ciononostante, deciso di agire, accettando il rischio. A tal proposito, si potrebbe disquisire di dolo eventuale, al fine della realizzazione del delitto di *stalking*, in casi di tale portata, anche se la dottrina non è unanime nel riconoscere questa forma di dolo relativamente al suddetto reato[28].

5. È necessario soffermarsi su quali forme di tutela possano essere garantite alle vittime dello *stalking* condominiale.

Laddove dovessero ricorrere i presupposti previsti dal codice di rito, il Giudice ben potrebbe disporre una misura cautelare personale coercitiva, tuttavia nell'ambito degli atti persecutori in condominio non è di facile individuazione. Infatti, è doveroso chiedersi se effettivamente vi sia una misura cautelare davvero idonea a tutelare la persona offesa da tale reato, atteso che il Magistrato deve adottare la misura in ossequio ai criteri di scelta predisposti dall'art. 275 cod. proc. pen., per cui la stessa «deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata».

25. Cass. 8.5.2014, n.18999.

26. T. Torino18.5.2016. Nel caso di specie i condòmini dello stabile hanno perpetrato delle azioni vessatorie nei confronti di una coppia omosessuale, da poco trasferita nell'immobile, al fine di far sì che costoro lasciassero l'abitazione.

27. Cass. 9.5.2018, n. 20473.

28. Cfr. Commentario breve al codice penale, 2017, *op. loc. ult. cit.*.

Per quanto attiene la misura cautelare di cui all'art. 282 *ter* cod. proc. pen., concernente il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, v'è da dire che qualora dovesse essere applicata relativamente a casi di atti persecutori in un condominio, ne discenderebbero talune perplessità, in quanto di fatto verrebbe ordinato al persecutore di allontanarsi dal luogo in cui la persona offesa lamenta le continue e ripetute molestie, ovverosia il condominio e, in tal modo, gli si imporrebbe di allontanarsi dalla sua abitazione privata.

Di conseguenza, il più delle volte il Giudice dispone mediante ordinanza l'applicazione della misura *ex* art. 282 *bis* cod. proc. pen., ossia l'allontanamento dalla casa familiare, con l'eventuale prescrizione di non avvicinarsi ad alcuni luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa se vi dovessero essere esigenze di tutela relative all'incolumità di quest'ultima. Difatti, un'interpretazione estensiva e sistematica della norma consente che essa possa essere applicata anche a casi in cui la persona offesa non coabiti, o non abbia coabitato, con il soggetto agente. Peraltro, tale ermeneutica giova al presunto *stalker*, perché se si attuasse un'esegesi più restrittiva si dovrebbe concludere stabilendo l'applicazione di misure cautelari più stringenti come quella *ex* art. 283 cod. proc. pen., vale a dire il divieto di dimora[29]. Nondimeno quest'ultima misura cautelare personale coercitiva è prevista per precludere al soggetto agente di vivere nel comune di dimora abituale. Al contrario, con la stessa non si può vietare di accedere in specifici edifici, infatti per questa fattispecie è previsto l'art. 282 *bis* cod. proc. pen. nei termini suesposti[30].

È inconfutabile che l'applicazione della misura cautelare comporti problemi non indifferenti in uno scenario di *stalking* condominiale, allorché si ordini all'indagato/imputato di abbandonare la propria abitazione, imponendogli quindi di trasferirsi altrove. Spesso tali misure vengono violate e, in caso di trasgressione, l'art. 276 cod. proc. pen. prevede che il Giudice possa disporne la sostituzione o il cumulo con altra più grave.

Occorre rilevare, altresì, che il Giudice potrebbe anche condannare l'imputato, ma concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena, qualora ne ricorrano i presupposti, o potrebbe accadere che il reato si estingua per prescrizione o, ancora, che a fronte di una sentenza di condanna del Giudice di primo grado la pena successivamente non venga eseguita.

Infine, si deve dare contezza del fatto che alle volte i soggetti che arrecano fastidio nei termini sopraindicati, più o meno volontariamente ed in modo ripetuto, sono persone che soffrono di disturbi mentali, come schizofrenia, alienazione o

29. T. Milano, Ufficio G.I.P., ordinanza 10.12.2012.

30. Cass. 24.5.2010, n. 19565.

disturbi dissociativi, pertanto in questi casi se dovesse essere accertato il vizio totale di mente, ai sensi dell'art. 88 cod. pen. il soggetto agente non sarebbe imputabile, in quanto incapace di intendere e volere.

A fronte di quanto enunciato emerge che sovente le vittime di *stalking* condominiale rimangono prive di una vera e propria tutela da parte del legislatore ed occorrerebbe urgentemente una disciplina mirata per arginare tale fenomeno, sempre più dilagante in questi ultimi anni, a salvaguardia dei rapporti interpersonali in una società moderna spesso conflittuale[31].

31. A Roma è stato istituito il primo comitato anti–*stalking* condominiale, fondato dalla Prof. ssa Rita Fossatelli, che ha realizzato una manifestazione il 9 maggio 2018 in Piazza Monte Citorio per chiedere ai parlamentari di prevedere una disciplina apposita al fine di tutelare la sicurezza e la tranquillità nella propria abitazione. I manifestanti hanno portato un cartellone recante la scritta: «Signori onorevoli, ricordate che tale piaga sociale uccide e non solo psicologicamente! Approvate con urgenza la legge dello *stalking* condominiale!».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Commentario breve al codice penale. (2017). *Breviaria Iuris* fondati da Cian G. e Trabucchi A. – Crespi, Stella, Zuccalà – a cura di Forti, Seminara, Zuccalà. Padova: CEDAM. *Wolters Kluwer*, ed. VI, pp. 2092–2110.

De Smedt M. (1986). *Éloge du silence*. Parigi: Édition Albin Michel.

Naucke W. (1984). *Überdeklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung*. GA.

Bonini S. (2003). Fattispecie "complementari" inutile "doppione" di norme penali più generali. *Dir. pen. proc*.

Castronuovo D. (2003). Le "dimensioni parallele" tra codice e leggi complementari. *Dir. pen. proc*.

Donini M. (2000). Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema". *Dir. pen. proc*.

Losappio G. (2010). Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori" "Stalking the Stalking". *Dir. pen. proc.*, 7/2010.

Losappio G. (2015). Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.. *Dir. pen. cont.*

Paliero C.E. (1998). Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo, in G. Borré–G. Palombarini (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano: Franco Angeli

PIETRO FRANCESCO PALMARIGGI

ACCERTAMENTO E RISCOSSIONE DEI TRIBUTI COMUNALI TRA EFFICIENZA, ECONOMICITÀ E FUNZIONALITÀ*

ABSTRACT

La gestione dei tributi comunali, considerata l'evoluzione della finanza locale nell'ottica di politiche federaliste, ha assunto negli ultimi anni un'importanza strategica e gestionale. Le leve tributarie e tariffarie, infatti, rappresentano oggi la parte più consistente dei bilanci comunali, che se, da una parte, sono sempre più rigidi a fronte di trasferimenti statali decrescenti, dall'altra sono di fondamentale importanza per il conseguente svolgimento delle funzioni dell'ente e soprattutto per l'erogazione dei servizi essenziali ai cittadini. Di particolare rilevanza, in questo contesto, è il valore strategico relativo alle modalità attraverso le quali i comuni scelgono di gestire le fasi relative ad accertamento e riscossione delle proprie entrate. Dal quadro normativo che regola tale gestione emerge un sistema articolato di soggetti preposti, di strumenti normativi e procedurali utilizzabili, che rappresenta un profilo della questione particolarmente delicato e degno di approfondimento, poiché si tratta di attività che incidono fortemente sulla capacità patrimoniale dei cittadini e che pertanto devono essere svolte in un'ottica basata sulla massima efficienza, economicità e funzionalità.

The management of municipal taxes, following the recent development in local finance with a view to federalist policies, played an important and strategic role over recent years. Tax revenues, nowadays, represent the largest part of the municipal budgets and they are strict due to decreasing state contributions, but also they are fundamental to the performance of institutional functions and to provide essential services to citizens.

In this context the strategic value has a particular relevance and it concerns the way in which the municipalities manage the phases relating to the assessment and collection of taxes.

An articulated system of instruments and procedures that can be used emerges from the regulatory framework of tax management, and it represents a complex aspect of this issue. In fact these are activities that strongly influence the citizens' capital capacity and for this reason they must be carried out with the maximum efficiency, economy and functionality.

PAROLE CHIAVE

Tributi locali / Accertamento / Riscossione

Local taxes / Tax assessment / tax collection

SOMMARIO: 1. Il procedimento di riscossione e la fase iniziale della liquidazione del tributo. – 2. L'attività di accertamento. – 3. I soggetti prepo-

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

sti alla gestione delle entrate locali e le soluzioni organizzative possibili. – 4. La riscossione coattiva. – 5. L'esperienza del Comune di Fasano. – 6. Conclusioni.

1. La riscossione del tributo è l'elemento fondamentale del processo di concretizzazione dell'entrata e deve essere eseguita in modo efficiente ed efficace, al fine di poter disporre tempestivamente del relativo credito evitando di posticiparne il recupero ed esporsi a tutti i rischi connessi[1].

Il procedimento di riscossione delle entrate tributarie prevede tre distinte fasi che la legge analiticamente prevede e disciplina: la liquidazione, l'attività di accertamento con irrogazione delle sanzioni e la riscossione coattiva. In ognuna di queste fasi il procedimento può definirsi con il pagamento da parte del contribuente della somma dovuta, oppure potrà concludersi con l'inesigibilità della somma dovuta al termine delle procedure esecutive comprese nella fase della riscossione coattiva[2].

La liquidazione del tributo rappresenta la fase iniziale del procedimento di riscossione, che avviene nell'ambito di una spontanea tendenza al pagamento da parte dei cittadini e delle imprese obbligati. La parte relativa alla riscossione spontanea alle scadenze ordinarie non ha bisogno di uno speciale apparato di gestione, piuttosto di un sistema efficace di informazioni e supporto al versamento tipico dei moderni sistemi di pagamento. Il contribuente, avuta conoscenza delle modalità di calcolo e delle aliquote da applicare, provvede spontaneamente e nei termini di legge al versamento ed alla dichiarazione[3].

I punti di attenzione fondamentali per il buon andamento della riscossione spontanea sono la diffusione e la chiarezza delle informazioni sugli adempimenti richiesti ai cittadini e la versatilità del sistema dei pagamenti. Quest'ultimo dovrebbe offrire una molteplicità di canali e supporti per facilitare le operazioni di pagamento: dai supporti/canali tradizionali (bollettino postale–modello F24/sportelli fisici di Poste e banche) a quelli innovativi e dematerializzati, con l'utilizzo di canali telematici, anche via web, e di carte di pagamento (carte di credito e bancomat), che dovrebbero essere utilizzabili anche nei contesti tipici dei cosiddetti "micropagamenti"[4].

Con l'autoliquidazione il contribuente ha anche la possibilità di sanare la pro-

1. Cava, 2016.
2. Puoti–Cucchi–Simonelli, 2012.
3. Zebri, 2015.
4. D'Aprano, 2015.

pria eventuale violazione, qualora effettui un versamento tardivo utilizzando l'istituto del "ravvedimento operoso" (Art. 13 D.lgs. n.472 del 1997).

In materia di ravvedimento operoso, il comma 637 della Legge di Stabilità 2015 (Legge 190/2014) ha modificato l'art. 13 del D.Lgs. 472/97 introducendo tre nuove fattispecie, di cui però solo una si applica ai tributi locali (ovvero quella prevista dalla lettera a–bis), in base alla quale la sanzione è ridotta ad un nono del minimo (3,34%) se il versamento avviene entro 90 giorni dalla scadenza (ravvedimento "intermedio"). Si aggiunge in questo modo un ulteriore termine per adempiere tra il ravvedimento "breve" (sanzione del 3,00% entro 30 giorni dal termine di versamento) ed il ravvedimento "lungo" (sanzione del 3,75% oltre il 90° giorno ed entro un anno dal termine). Il ravvedimento "sprint", inveve, nasce da un'ulteriore modifica dell'art. 13 del D.Lgs. 471/97 che ha creato una diversa applicazione della sanzione nei primi 15 giorni, con conseguenze anche sul correlato calcolo del ravvedimento operoso: per tardivi versamenti fino al 14° giorno la sanzione irrogata dal Comune in fase accertativa è pari al 2% per ogni giorno di ritardo.[5]

2. Una parte quantitativamente minore della riscossione, ma di decisiva importanza, è invece legata alla riscossione "sollecitata", o meglio "intimata". Il riferimento è a quella parte del processo di riscossione strettamente connesso all'attività di accertamento svolta dall'Ente impositore a contrasto dell'evasione, dell'elusione e della morosità nei pagamenti spontanei[6].

In questa fase, dopo che il contribuente ha adempiuto ai suoi obblighi dichiarativi e di versamento, il Comune controlla se il versamento corrisponde alla situazione dichiarata, se la dichiarazione è stata presentata in modo errato (infedeltà) o non presentata affatto (omissione). L'esito del controllo, qualora si riscontri una violazione, si conclude con l'emissione, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui il contribuente avrebbe dovuto versare o dichiarare, di un avviso di accertamento e contestuale irrogazione delle sanzioni[7].

Con il termine "accertamento" si indica l'attività volta al controllo del contribuente e dell'obbligazione tributaria, e quindi l'insieme dei poteri di accertamento di cui l'ente impositore è dotato. Rispetto al più generale accertamento dei tributi

5. Dina, 2016.

6. Lenzu, 2014.

7. Il sistema sanzionatorio presenta una sostanziale omogeneità in materia di tributi comunali. Al riguardo, salvo irrilevanti differenze tra un tributo e l'altro, è previsto il sistema sanzionatorio disciplinato dalla L. n. 147 del 27 dicembre 2013 in merito a Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014). I commi 695 – 696 – 697 – 698 dell'art. 1 della L. 147/2013 disciplinano l'entità delle sanzioni per ogni fattispecie accertabile, la cui applicazione soggiace ai principi cardine del sistema sanzionatorio dettati dal D.Lgs. 472/97.

statali, per il quale la fonte esclusiva della disciplina è la legge statale, nel caso dei tributi locali gli enti territoriali godono di potestà regolamentare in funzione di deroga, integrazione o completamento della disciplina statale[8]. Tali poteri degli enti locali di regolare l'attuazione dei propri tributi sono da individuarsi nell'art. 119, comma 2, Cost., anche se la potestà non è limitata alla disciplina della sola azione amministrativa, bensì anche a quella organizzativa, ovvero l'ente locale può scegliere i diversi modelli gestori dei diversi tributi locali[9].

É necessario partire dal presupposto che le leggi d'imposta e quelle in materia di fiscalità locale pongono a carico del contribuente due principali obblighi: quelli di dichiarare e pagare il tributo. Attraverso la dichiarazione il contribuente partecipa al procedimento amministrativo–tributario volto all'accertamento dell'*an* e del *quantum debendum* tributario, nel rispetto dei principi di correttezza, affidamento e buona fede oggettiva. Principi sui quali deve essere basato il rapporto tributario tra Ente impositore e contribuenti, espressi dall'art. 10 dello Statuto del Contribuente e declinazioni del più generale principio di solidarietà sociale riconducibile all'art.2 della Costituzione.

Per quanto riguarda i compiti in capo all'ente impositivo, l'istruttoria si presenta come la fase fondamentale del procedimento amministrativo–tributario volto all'accertamento della posizione fiscale. In tal senso, l'art.4 della legge 7/8/1990 n. 241 sul procedimento amministrativo dispone che le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.

La fase decisoria, invece, corrisponde al momento del perfezionamento dell'avviso di accertamento quale atto amministrativo, ovvero il momento a partire dal quale l'atto esiste giuridicamente.

Requisiti e termini dell'attività di accertamento sono disciplinati dall'art.1 commi da 161 a 170 della L.296/06, cui fa espresso rinvio l'art.1 comma 701 della citata L.147/13 in materia di IUC, IMU, TARI e TASI. Ai sensi del comma 161 gli enti locali, in relazione ai tributi di propria competenza, procedono alla rettifica delle dichiarazioni incomplete o infedeli o dei parziali o ritardati versamenti, nonché all'accertamento d'ufficio delle omesse dichiarazioni o degli omessi versamenti, notificando al contribuente un apposito avviso motivato, anche a mezzo posta con raccomandata con avviso di ricevimento. Gli avvisi di accertamento in rettifica e d'ufficio devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione o il versamento sono

8. Amadeo, 2016.
9. Russo, 2015.

stati o avrebbero dovuto essere effettuati. Entro gli stessi termini devono essere contestate o irrogate le sanzioni amministrative tributarie, a norma degli articoli 16 e 17 D.Lgs. 472/97. Dunque, il decorso del termine stabilito a titolo di decadenza in materia amministrativo–tributaria determina l'estinzione del potere di accertamento inteso come potere di imposizione imperativa ed unilaterale della pretesa impositiva.

3. Dal quadro normativo che regola la gestione delle entrate degli Enti locali emerge un sistema articolato di soggetti preposti, di strumenti normativi e procedurali utilizzabili. Ferma restando la possibilità di una gestione comunale diretta di tutte le attività di liquidazione, accertamento e riscossione, nell'arco degli ultimi vent'anni si sono strutturate diverse modalità di gestione, anche esternalizzata, delle entrate locali e della loro riscossione. Nel nostro ordinamento, infatti, tutti i momenti della riscossione spontanea, sollecitata e coattiva, possono essere oggetto di affidamento da parte dell'Ente locale anche ad un soggetto concessionario in correlazione con le attività più direttamente connesse all'accertamento di quote di evasione. Molti dei modelli contrattuali in uso prevedono l'adozione di dispositivi di remunerazione ad aggio, in percentuale delle somme recuperate (accertate o materialmente riscosse) ed il trattenimento dei relativi importi dalle somme versate dal contribuente, nella fase del riversamento a favore dell'ente impositore[10].

Più in generale, attraverso il regolamento di cui all'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, il Comune può optare, per ciascuna entrata comunale, tra le modalità di gestione delle entrate ritenute più idonee: la gestione diretta, la forma mista e l'affidamento all'esterno[11].

La gestione diretta permette ai Comuni di gestire l'attività di accertamento e di riscossione in autonomia utilizzando risorse interne qualificate e sufficienti. Un'opzione specifica della gestione diretta è la gestione in forma associata, che permette a Comuni di dimensioni limitate di accedere, senza una sostanziale esternalizzazione, ad un grado superiore di capacità gestionale e di competenza specialistica, attraverso l'integrazione di risorse umane, economiche e materiali che, se gestite singolarmente da ciascun Ente, non sarebbero in grado di competere con gli obiettivi di controllo fiscale. La normativa vigente prevede le seguenti forme associate: Convenzioni, Consorzi, Unioni di Comuni e Comunità montane. La gestione associata consente, inoltre, di gestire con criteri uniformi la leva tributaria e patrimoniale, così da tenere nel dovuto conto gli assetti territoriali, sociali ed economici delle comunità amministrate.

10. Zebri, 2016.
11. Dina–Ferri, 2010.

Per quanto riguarda la forma mista, tale soluzione della gestione delle attività di accertamento e di riscossione consente di unire alla direzione e al controllo del Comune, che deve mantenere la maggioranza delle quote, le capacità gestionali e l'esperienza professionale del partner privato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica.

Infine, per quanto riguarda le forme di esternalizzazione dell'attività di riscossione, quella rappresentata dalla società in house è certamente la più formale e consente una più ampia autonomia operativa per i comuni. Il servizio svolto in house dal concessionario, costituito con una società a controllo pubblico, deve avere regole di controllo certe e soprattutto prevedere forti poteri di indirizzo della gestione da parte del comune, pena la sua illegittimità. Deve realizzare la parte più importante della propria attività di concerto con gli enti controllanti, contenere detta attività nell'ambito territoriale dei controllanti e sottostare ad un controllo, da parte di questi ultimi, analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi[12].

La differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica presuppone la creazione di un modello nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

4. L'ultima fase della riscossione è quella definita come coattiva, nel cui ambito l'Ente locale, quasi sempre attraverso l'azione di soggetti specificamente preposti, tenta il recupero di somme dovute di norma già richieste con i metodi formalizzati della sollecitazione (notifica di avvisi o inviti). Tale fase include le operazioni in grado di permettere all'Ente creditore di agire direttamente sui beni del contribuente inadempiente per il recupero delle somme dovute, e può essere a sua volta suddivisa in due parti.

La prima è la notifica del titolo esecutivo contenente l'indicazione di pagare entro un termine una somma certa, liquida ed esigibile pena l'espropriazione forzata.

La seconda consta delle azioni esecutive (mobiliari ed immobiliari) eventualmente precedute da quelle cautelari (fermo amministrativo e ipoteca).

L'ingiunzione, con il quale comincia il procedimento di coazione, consiste nell'ordine emesso dal competente ufficio dell'ente creditore di pagare entro trenta giorni la somma dovuta, sotto pena degli atti esecutivi. Si tratta di un titolo esecutivo atipico, costituisce la prova legale che il creditore deve produrre per ottenere l'esecuzione e documenta l'esistenza del fatto che giustifica e legittima l'attività

12. Puoti, 2013.

esecutiva (*nulla executio sine titulo*)[13]. L'ingiunzione fiscale è titolo esecutivo e anche atto di precetto, ovvero l'intimazione formale ad adempiere l'obbligo di pagamento risultante da un titolo esecutivo entro un dato termine, con l'avvertimento che in mancanza si procederà ad esecuzione forzata. L'ingiunzione fiscale è atto recettizio, ovvero un atto che acquista validità esclusivamente se notificato.

Gli strumenti di natura cautelare che permettono, invece, all'agente della riscossione di far conservare al credito la garanzia patrimoniale offerta da alcuni beni del contribuente/debitore, sono l'ipoteca iscritta sulla base del ruolo o dell'ingiunzione (c.d. ipoteca esattoriale) ed il fermo amministrativo di beni registrati. Tali strumenti hanno lo scopo di rendere i beni reperibili, in modo da poterli eventualmente assoggettare in un secondo momento ad esecuzione forzata.

In extremis all'Ente non rimane che agire in via esecutiva esperendo le procedure previste dal R.D. n.639/1910: il pignoramento mobiliare, anche presso terzi o il pignoramento immobiliare, procedure che richiedono l'intervento necessario ed imprescindibile dell'ufficiale giudiziario e del giudice dell'esecuzione.

In materia di riscossione coattiva in capo agli enti locali, lo "stravolgimento" operato dal D.L. n. 193/2016 recante "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili" ha tra le altre cose, dopo la soppressione di Equitalia S.p.A, rimesso sul tavolo la questione per i comuni che sono ora chiamati a valutare tra diverse ipotesi: l'affidamento ad Agenzia delle Entrate – Riscossione (ente pubblico economico strumentale dell'Agenzia delle Entrate, sottoposto all'indirizzo e alla vigilanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze), l'affidamento dell'attività ad una società esterna (in house oppure iscritta all'Albo dei soggetti riscossori) o l'internalizzazione del servizio[14].

L'affidamento ad Agenzia delle Entrate – Riscossione è stato reso possibile proprio in base alle recenti modifiche normative e consiste nella riscossione, tramite ruolo coattivo, da parte dell'unico soggetto titolato a gestirlo, appunto l'Agenzia delle Entrate – Riscossione (AdE–R). Con il passaggio di consegne da Equitalia al nuovo soggetto, il legislatore ha previsto che a quest'ultimo è concessa la possibilità di accedere a qualsiasi banca dati telematica per verificare il possesso, da parte dei contribuenti, di redditi o beni da sottoporre a pignoramento. Con un affidamento ad AdE–R verrà poi assecondato l'orientamento del legislatore, mirato a promuovere il permanere della gestione delle entrate pubbliche direttamente nelle casse della Pubblica Amministrazione, evitando il passaggio delle somme nei conti di Società private in attesa dei riversamenti. Infine è opportuno considerare che l'Agente della Riscossione nazionale, proprio perché strutturato su tutto il

13. Cecchin, 2015.
14. Debenedetto, 2016.

territorio, potrebbe consentire il contenimento dei costi legati alle attività di recupero coattivo, che nel caso di affidamento alle società private risulterebbero quasi certamente più elevati.

Un'alternativa all'affidamento ad Agenzia delle Entrate–Riscossione per la gestione del recupero coattivo è quella di affidare ad un soggetto diverso tale funzione. Potrebbe trattarsi di società in house oppure di società private iscritte all'albo di cui all'art. 53 del D.Lgs. 446/1997 e ai sensi del D.M. Finanze dell'11 settembre 2000 n. 289 (soggetti privati abilitati)[15].

L'internalizzazione della riscossione, invece, è l'alternativa che più di tutte permette di garantire i principi di equità sociale che devono regolare l'attività amministrativa in genere. Con l'internalizzazione l'ente locale gestisce in modo diretto tutte le fasi di riscossione del tributo, occupandosi dell'accertamento, della liquidazione, dell'invio dei provvedimenti, fino alla riscossione coattiva vera e propria attuata mediate ingiunzione fiscale (ipotesi che non sarebbe possibile attraverso l'affidamento a AdE–R o ad una società esterna, competenti solo per l'ultima fase). In tal modo tutto il processo sarebbe seguito internamente e direttamente dall'ente locale, con notevoli vantaggi in termini di correttezza e attenzione nell'emissione dei provvedimenti, buon fine delle notificazioni e controllo dei risultati.

5. Il 29 giugno 2006 il Consiglio Comunale di Fasano ha stabilito l'adesione, in qualità di nuovo socio pubblico e mediante acquisizione di azioni, alla società mista denominata "Centro TRI.COM. S.p.a." a prevalente capitale pubblico locale.

"Centro TRI.COM. S.p.a." era già stata costituita nel marzo del 2004 dal Comune di Polignano a Mare (detentore del 51% del capitale sociale) e dalla "San Giorgio S.p.a." (socio privato con il 49%). Successivamente nel 2006, il Comune di Fasano, su proposta del Comune di Polignano, ha acquistato il 5% delle quote di proprietà polignanese, modificando la composizione delle quote di partecipazione in tal modo: Comune di Polignano a Mare: 46%, "San Giorgio S.p.a.": 49%, Comune di Fasano: 5%.

Il 29 dicembre 2006, in ossequio all'indirizzo manifestato dal Consiglio Comunale, è stata sottoscritta la Convenzione per l'affidamento del servizio di gestione delle entrate tributarie e patrimoniali del Comune di Fasano a "Centro TRI.COM S.p.a." fino al 18 aprile 2026, determinando anche il compenso della società, poco dopo rideterminato (ai sensi dell'Art. 6 della Convenzione) dapprima per effetto

15. Con particolare riguardo all'affidamento a società in house, si richiama la Deliberazione n. 24 del 15 aprile 2014 della Corte dei Conti, sez. Liguria, la quale ha precisato le caratteristiche che devono essere soddisfatte affinché un Comune possa ricorrere all'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dei tributi ad una società strumentale.

del passaggio dal regime ICI al regime IMU, poi per effetto del passaggio dal regime TARSU al regime TARI, in ragione di una variazione del gettito potenziale riferito a tali imposte: per l'attività di gestione ordinaria aggio del 5,2%, per le riscossioni in esito ad attività di liquidazione o comunque conseguite successivamente alla naturale scadenza delle rispettive rate aggio del 16% e infine per le riscossioni conseguite in esito ad attività di accertamento riferibili a nuova materia imponibile aggio del 32%.

È opportuno sottolineare come, sin dall'origine, "Centro TRI.COM. S.p.a." non ha adempiuto agli obblighi assunti e previsti in convenzione. In particolare il Concessionario ha posto in essere una serie di manifesti ed ingiustificabili inadempimenti alla principale obbligazione che fa capo ad un concessionario della riscossione delle entrate pubbliche, e cioè quella di riversare all'ente creditore, alle scadenze predeterminate, le somme percepite dai contribuenti.

Il mancato riversamento nelle casse comunali dei tributi versati dai contribuenti ha indotto il Comune di Fasano, con la decisione della Giunta comunale del 7 novembre 2008 a deliberare l'avvio del procedimento amministrativo finalizzato alla decadenza del rapporto concessorio, oltre che la riscossione dei tributi locali a mezzo di versamento diretto sui conti correnti postali del Comune di Fasano.

Tale procedura fu avviata d'intesa con il Comune di Polignano a Mare che analogamente al Comune di Fasano aveva avviato il percorso amministrativo finalizzato alla decadenza del rapporto concessorio, procedimento concretizzatosi con deliberazione di Consiglio Comunale del 27 dicembre 2008 e con deliberazione di Giunta del 31 dicembre 2008.

Tali atti consiliari e giuntali del Comune di Polignano furono gravati da "Centro TRI.COM. S.p.a." con ricorso dinanzi al TAR Puglia, giudizio conclusosi con sentenza n. 2740 del 18 novembre 2009 recante pronuncia di improcedibilità. Tale decisione è stata poi riformata dal Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 7214 del 30 settembre 2010, respingendo nel merito il ricorso proposto da "Centro TRI. COM. S.p.a." avverso gli atti del 2008 di declaratoria e decadenza del rapporto concessorio relativo al servizio di gestione delle entrate tributarie e comunali, condannando alle spese la parte appellante. Il Comune di Polignano a Mare da tale momento e a seguito della dichiarata decadenza del rapporto concessorio, non ha più intrattenuto alcun rapporto con "Centro TRI.COM. S.p.a." e con il socio privato "Tributi Italia S.p.a.", promuovendo una gestione diretta dei tributi tramite gli uffici comunali.

Nel contempo il socio privato (non più "San Giorgio S.p.a." ma "Tributi Italia S.p.a.") e "Centro TRI.COM. S.p.a." sono state ammesse alle procedure di ristrutturazione economica e finanziaria per le imprese industriali previste dalla cosiddetta legge Marzano e con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico si è

proceduto alla nomina di un commissario straordinario delle due società. Inoltre il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza n. 8687/2010, ha confermato la precedente decisione del TAR Lazio, sez II, n. 1009/2010, riguardo la cancellazione del socio privato Tributi Italia dall'albo dei soggetti abilitati alle attività di riscossione e gestione dei tributi di cui all'art 53, comma 2, del D. Lgs. n. 446/1997. In ragione di tale circostanza il Comune di Fasano, nella deliberazione di Giunta dell'8 maggio 2014, nel prendere atto dell'avvenuto trasferimento del ramo di azienda di "Tributi Italia S.p.a." in favore di "Serti S.p.a", ha inteso espressamente richiamare nella parte narrativa i provvedimenti consiliari e giuntali con i quali è stato deliberato l'avvio del procedimento amministrativo finalizzato alla decadenza del rapporto concessorio. Per completezza, riguardo alle vicende relative al socio privato, è utile aggiungere che con nota pervenuta al Comune di Fasano a mezzo PEC, "Serti S.p.a." ha comunicato il cambiamento di denominazione sociale di "Serti" in "Novares", unitamente al trasferimento della sede sociale.

Tornando all'attività del Comune di Fasano, nel corso della gestione del rapporto concessorio, l'Ente comunale è stato costretto a fare ricorso a numerose diffide nei confronti del Concessionario a fronte di ulteriori manifesti e ingiustificabili inadempimenti, forieri di ripercussioni negative sulle casse comunali, anche se occorre specificare che non si è mai preso atto della intervenuta risoluzione di diritto della convenzione e non si è mai adottato il provvedimento di decadenza della concessione.

Nell'autunno 2016, su espressa indicazione dell'organo di indirizzo politico, rinnovato nei suoi vertici istituzionali, il Comune di Fasano ha inteso da subito approfondire, i profili e le vicende relative al rapporto in essere con il "Centro TRI.COM. S.p.a.", avviando anche un'indagine conoscitiva relativa ai costi della gestione dei tributi comunali. Da tale indagine conoscitiva è emerso come la maggior parte degli enti locali interpellati abbiano optato per una gestione interna del servizio di riscossione dei tributi, almeno per ciò che attiene i tributi cosiddetti maggiori (IMU e Tassa sui Rifiuti), prediligendo un affidamento esternalizzato per ciò che attiene la fase di riscossione coattiva, ma soprattutto è emerso come i costi di gestione del servizio gravino sul Comune di Fasano in maniera nettamente maggiore rispetto alla media degli altri Comuni, classificando Fasano al 24° posto della classifica dei Comuni Italiani per costo dei Contratti di servizio per riscossione tributi.

Con nota del 12 maggio 2017, il Dirigente del Settore Risorse del Comune di Fasano, sulla scorta degli approfondimenti esperiti sul piano tecnico–giuridico, degli incontri intervenuti tra le parti e della copiosa corrispondenza intercorsa con il Concessionario dei tributi comunali, ha relazionato agli organi di direzione politica, al Segretario Generale e al Collegio dei Revisori dei Conti, in merito alla

situazione della gestione dei tributi comunali, esponendo le criticità dell'attuale modello organizzativo: capacità di riscossione di competenza estremamente deficitaria, attività di riscossione coattiva degli ultimi cinque anni quasi inesistente, sistemi e procedure di riscossione influenzati negativamente dalla assoluta carenza/inefficienza delle procedure di aggiornamento e rettifica delle banche dati tributarie da cui deriva l'aumento di posizioni prive di elementi identificativi fondamentali, carente attività di lotta all'evasione tributaria, assenza di report periodici sull'andamento dell'attività di riscossione.

Preso atto, inoltre, all'esito delle notizie acquisite dal Comune di Polignano a Mare, dell'avvenuta definitiva decadenza del rapporto concessorio con "Centro TRI.COM. S.p.a." e del carattere di definizione delle relative pronunce giudiziali, il Dirigente del Settore Risorse con nota del 23 maggio 2017, ha informato la "Centro TRI.COM. S.p.a." e il socio privato che il Comune di Fasano si accingeva a concludere l'avviato procedimento rimuovendo dal mondo giuridico tutti gli atti medio tempore adottati, rimarcando il comportamento gravemente inadempiente tenuto dalla società "Centro TRI.COM. S.p.a." e dal socio privato nella gestione del servizio, oggetto di molteplici e circostanziate contestazioni, tutte rimaste prive di positivo ed efficace riscontro. Nel termine di quindici giorni per produrre eventuali apporti partecipativi, "Centro TRI.COM. S.p.a." non ha prodotto memorie e/o documenti. Sulla scorta di tali considerazioni l'Ente non ha potuto astenersi dal dichiarare la decadenza del rapporto concessorio derivante dalla convenzione con "Centro TRI.COM. S.p.a.", rimarcando ancora una volta il comportamento gravemente inadempiente oggetto di molteplici contestazioni.

In seguito l'Amministrazione comunale, a mezzo di deliberazioni giuntali e consiliari sulla base del riparto di competenze previsto dalla legge, ha adottato le relative determinazioni correlate alla decadenza del rapporto concessorio individuando nella internalizzazione della gestione dei tributi comunali la soluzione per un efficace ed efficiente controllo delle entrate e per una razionale politica impositiva. Per attuare l'internalizzazione è stato propedeutico costituire l'Ufficio tributi comunali cui affidare la riscossione volontaria di tutte le entrate comunali tributarie. Con riferimento alla riscossione coattiva, invece, il Comune di Fasano con deliberazione del Consiglio Comunale del 30 novembre 2017, ha scelto di affidare il servizio all'Agenzia delle entrate–Riscossione.

Per completezza è utile sottolineare che, avverso i sopracitati atti dichiarativi della decadenza, "Centro TRI.COM" e "Novares" hanno proposto ricorso al T.A.R. Puglia – Lecce, il quale, con sentenza 27/1/2018, n. 115, ha accolto l'impugnazione. Avverso tale sentenza il Comune di Fasano ha successivamente proposto appello al Consiglio di Stato, Sezione V, che in data 25 luglio 2018, con sentenza n.

833/2018 si è definitivamente pronunciato accogliendolo e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respingendo il ricorso di primo grado.

6. Durante la composizione di questo lavoro, non ho mai potuto prescindere dalla ricerca e poi dalla conferma delle risposte ad una domanda, apparentemente semplice e banale, ma che crea notevoli snodi ed evoluzioni in ognuno dei discorsi affrontati: "Per quale motivo i cittadini sono tenuti a pagare i tributi richiesti dal Comune?". Dal punto di vista giuridico la risposta potrebbe essere più agevole. Tale obbligo, infatti, è imposto dall'art. 53 della Costituzione, il quale dispone che tutti i cittadini sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Però dal punto di vista più pratico, che attiene maggiormente al ruolo politico–amministrativo che ricopro in qualità di Consigliere Comunale della mia città e di componente del Coordinamento Regionale di ANCI Giovani della Puglia, la risposta riconduce prima di tutto ad una necessità: gli Enti Pubblici territoriali, così come lo Stato, devono organizzarsi nel modo più efficace ed efficiente per reperire le somme necessarie a sostenere le spese dirette all'erogazione di servizi a tutti i cittadini.

Quello che emerge maggiormente è, senza dubbio, il valore strategico relativo alle modalità attraverso le quali i Comuni accertano e riscuotono le loro entrate, aspetto strategico soprattutto in virtù della funzione istituzionale dei Comuni e dell'interesse delle comunità che essi amministrano.

Ci muoviamo su un terreno non troppo di facile praticabilità, poiché da una parte oggi la finanza locale è governata da regole e vincoli che costringono sempre di più i Comuni ad aumentare la pressione fiscale, dall'altra aumenta sempre di più la complessità di garantire i livelli essenziali dei servizi.

Senza dubbio occorre partire anche dalla primaria necessità di costruire un rapporto di fiducia tra fisco e contribuente. A tale scopo non è ammessa alcuna disattenzione da parte degli enti locali circa il modo in cui vengono accertate e riscosse le entrate. Anzi, le tre fasi della riscossione devono essere intrinsecamente parte di un discorso molto più ampio incentrato sulla più generale gestione della finanza locale, di cui occorre avere una visione lungimirante basata su una completa padronanza dell'indirizzo politico e gestionale. Parliamo di attività che incidono fortemente sulla capacità patrimoniale dei cittadini e che pertanto devono essere svolte nel massimo della correttezza e trasparenza. In questo contesto, gli enti locali devono lavorare a modelli gestionali virtuosi, spingendo l'organizzazione della stessa pubblica amministrazione a migliorarsi e ad essere sempre più efficiente[16].

16. Masini, 2014.

Come emerge dal contenuto del lavoro, un profilo della questione particolarmente delicato riguarda la privatizzazione della riscossione dei tributi locali; e l'esperienza del Comune di Fasano, ad esempio, ne ha mostrato tutti i limiti. Risulta infatti nettamente più congeniale un sistema di riscossione gestito internamente dal Comune, in modo tale che almeno i pagamenti spontanei, se non anche quelli coattivi, siano versati direttamente alla tesoreria degli enti locali, senza che tale flusso sia intermediato da altri soggetti che, trattenendo il proprio compenso, versino successivamente la differenza, senza che sia dato conoscere quanto tempestivamente ed esattamente sia stato effettuato il versamento da parte del contribuente.

In altri termini, è evidente come l'attuazione di un meccanismo in base al quale i contribuenti versino direttamente ed esclusivamente nella tesoreria dell'ente impositore, senza l'intervento di soggetti terzi, rispecchi la necessità di appagare obiettivi più ampi in grado di garantire la libertà di indirizzo politico e di conseguenza una gestione strutturata ad hoc in riferimento alle necessità della comunità, spesso diversificate. Tale sistema determinerebbe una totale trasparenza nella gestione dei tributi locali. Si determinerebbe, inoltre, una riduzione dei costi a vantaggio degli enti locali, che non dovrebbero più pagare un aggio, in genere pari a un importo che va dal 3 al 10 per cento dell'ammontare incassato, ad intermediari che di fatto limitano il raggio d'azione di cui l'istituzione non deve e non può fare a meno.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amadeo C. (2016). *Partecipazione dei comuni all'accertamento fiscale: organizzazione ed esempi pratici*. Torino: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Cava C. (2016). *Le caratteristiche dei tributi locali*. Firenze: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Cecchin E. (2015). *La riscossione delle entrate degli enti locali*. Forlì: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

D'Aprano L. (2015). *Il procedimento di riscossione: dall'autoliquidazione alla comunicazione di inesigibilità*. Benevento: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Debenedetto G. (2016). *Le novità 2016 per i tributi locali*. Bologna: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Dina E. (2016). *La gestione e la riscossione delle entrate comunali*. Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Dina E., Ferri A. (2010). *La riscossione degli enti locali*. Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Lenzu R. (2014). *Accertamento fiscale in materia di tributi comunali dall'istruttoria al contenzioso*. Verona: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Masini E. (2014). *Finanza locale: strumenti di programmazione e controllo*. Bologna: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Puoti G. (2013). La riscossione delle Entrate locali: società in House, società miste, gestione diretta del Comune. Firenze: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Puoti G., Cucchi B., Simonelli F. (2012). *Le procedure esecutive della nuova riscossione tributaria*. Padova: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Russo G. (2015). *L'Accertamento dei tributi comunali nell'era della circolarità delle informazioni e della riforma del catasto*. Foggia: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Zebri S. (2015). *Focus operativo sulle entrate comunali*. Varese: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

Zebri S. (2016). *Operatività del potere impositivo in materia di tributi locali: modalità, limiti, prospettive*. Cagliari: Fondazione ANCI – Istituto per la Finanza e l'Economia Locale.

FERDINANDO PARENTE

SISTEMI CIBERNETICI, AUTOAPPRENDIMENTO INTEGRALE E INTELLIGENZA CONNETTIVA*

ABSTRACT

Le invenzioni biotecnologiche, le sperimentazioni cibernetiche, cellulari e genetiche, i progressi della telemedicina, i sistemi di autoapprendimento integrale suscitano nell'uomo la speranza di guarire dalle malattie e di potenziare l'intelligenza umana; nel contempo, preoccupano quanti intravedono nell'applicazione dei risultati della ricerca il rischio della trasformazione del corpo in un assemblaggio di componenti surrogabili. Di qui, la necessità d'individuare nuove regole per tutelare la ricerca biomedica e conformarne gli àmbiti a parametri non lesivi della dignità e della naturalità dell'umano.

Biotechnological inventions, cybernetic, cellular and genetic experiments, the advancement of telemedicine, self–learning systems integral arouse in man hope to heal diseases and to enhance human intelligence; at the same time, care about how many come through the application of research results the risk of transforming the body into an assembly of substitutable component. Hence, the need to locate new rules to protect biomedical research and align the milieus in parameters does not infringe the dignity and naturalness of human.

PAROLE CHIAVE

Biotecnologie / macchine intelligenti / autoapprendimento integrale

Biotechnology / intelligent machines / integral self–learning

SOMMARIO: 1. Il nuovo lessico biotecnologico: la nanotecnologia; la nanomedicina; la neuroetica; la robotica; la roboetica. – 2. La bionica e la cibernetica: l'analogia tra i processi di regolazione dell'uomo, dell'animale e della macchina. – 3. L'evoluzione dei sistemi cognitivi: l'intelligenza artificiale e l'autoapprendimento integrale. – 4. I mutamenti biotecnologici e cibernetici e la tutela della naturalità dei processi della vita umana.

1. Una riflessione sulle relazioni tra il fenomeno della robotizzazione e i diritti dell'uomo non può che prendere avvio dal nuovo lessico biotecnologico, che individua le fattispecie e ne costituisce il substrato[1].

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Putti, 2014, 1129 ss.

I nuovi saperi, infatti, stanno implementando sempre più il corredo di lemmi e lessemi: si parla di nanotecnologia, nanomedicina, neuroetica, roboetica, bionica, intelligenza cybernetica, intelligenza artificiale e altro ancora.

Nel susseguirsi frenetico dei saperi biotecnologici e dell'attività di ricerca scientifica, la nanotecnologia, ossia la tecnologia del super–piccolo, coniugando le scienze applicate e le moderne tecnologie, sta sperimentando il controllo della materia vivente, la sua manipolazione a livello atomico e molecolare, su scala dimensionale inferiore al micrometro (tra uno e cento nanometri), e la progettazione e realizzazione di dispositivi biomedici nei limiti di tale scala[2].

La ricerca integrata della nanotecnologia e della medicina ha già portato alla nascita della nanomedicina, che si occupa delle linee di funzionamento della macchina biologica all'interno delle cellule e utilizza le informazioni ottenute per "ingegnerizzare" nano–materiali e biosensori, al fine di sviluppare terapie mediche sempre più sofisticate[3].

Nella sperimentazione biomedica, un esempio significativo di questo sviluppo è dato dall'utilizzo di nano–particelle o nano–robot per eseguire trattamenti e riparazioni a livello cellulare e molecolare o per trasportare farmaci, calore o altre sostanze alle cellule tumorali o ad altri tipi specifici di cellule, permettendo una diagnosi precoce della malattia o un trattamento diretto delle cellule malate e riducendo il danno alle cellule sane[4].

Nel mondo della ricerca globale, a sua volta, la neuroetica o *neuroethics*[5] ha individuato due diversi campi d'indagine: "l'etica della neuroscienza", che si occupa dei profili etici della progettazione ed esecuzione di studi neuroscientifici e della valutazione dell'impatto etico e sociale dei loro risultati; "la neuroscienza dell'etica", che, attraverso studi scientifici e neuroscientifici sul cervello, tende ad investigare i problemi tradizionali dell'etica e della psicologia morale[6].

In conformità ai nuovi asserti dei saperi e della ricerca, la robotica, quale branca dell'ingegneria[7], recependo le istanze dell'innovazione tecnologica globalizzata,

2. Parente, 2018, 69.

3. Gammella, 2013, 1 ss.

4. Gammella, 2013, 2 ss.

5. Il termine *neuroetica* o *neuroethics* è stato utilizzato per la prima volta nell'anno 2002, durante la conferenza *"Neuroethics: Mapping the Field"*.

6. V. la voce *Neuroetica*, in *https://it.m.wikipedia.org*, 1 ss.

7. La robotica è una branca dell'*ingegneria*, più precisamente della *meccatronica*, in cui confluiscono segmenti di numerose discipline, sia umanistiche, come la linguistica, sia scientifiche, come la biologia, la fisiologia, la psicologia, l'automazione, l'elettronica, la fisica, l'informatica, la matematica e la meccanica (voce *Robotica*, in *https://it.m.wikipedia.org*, 1 ss.).

ha sviluppato i metodi che permettono a un robot – macchina di forma antropomorfa – di eseguire compiti specifici, riproducendo il lavoro umano[8].

Infine, sotto la spinta del rinnovamento scientifico, la roboetica sta sperimentando l'etica applicata alla robotica, ossia l'etica degli umani – e non dei robot – che progettano, costruiscono e usano i robot[9].

2. Assecondando i nuovi modelli di sviluppo, che fanno avvertire l'urgenza di ridisegnare le regole etiche e giuridiche, anche la bionica[10]– nota come biomimetica, mimetica biologica o biognosi – sta rielaborando la struttura e le funzioni degli organismi viventi per trarne elementi utili a realizzare automi, dispositivi automatici o altri apparecchi tecnologici, attraverso l'applicazione di metodi e parametri biologici – ossia, trovati in natura – allo studio e al *design* di sistemi ingegneristici di tecnologia moderna[11]; mentre la *cybernetics*[12] sta approfondendo lo studio dei fenomeni di autoregolazione e di comunicazione negli organismi viventi, negli altri organismi naturali e nei congegni artificiali, sull'intuizione di un'analogia tra le diverse strategie di regolazione.

Alla luce di questa intuizione, gli studiosi di cibernetica raffrontano quotidianamente i processi di regolazione dell'uomo, dell'animale e della macchina per realizzare dispositivi meccanici (c.d. automi)[13], aventi caratteri di stabilità, adattamento e apprendimento analoghi a quelli dell'essere vivente[14].

In un àmbito connotato dalla complessità e, talvolta, dalla lacunosità delle fonti, quindi, l'area di rilevanza giuridica della post–umanità interessa situazioni nelle quali "surrogati artificiali" dell'uomo, cioè entità non naturali, astrattamente riconducibili a "cose", ossia a beni giuridici (art. 810 cod. civ.), s'ispirano all'individualità umana e tendono a sviluppare caratteristiche analoghe ad essa[15].

3. Nell'era dell'intelligenza artificiale e dei sistemi cognitivi – che rappresentano le dimensioni digitali della vita –, l'evoluzione delle frontiere dell'elaborazione dei *big*

8. V. la voce *Robotica*, cit., 1 ss.

9. V. la voce *Roboetica*, cit., 1 ss.

10. Il lemma *bionica*, di regola, è utilizzato per indicare la branca dell'ingegneria biomedica che applica la *cibernetica* alla riproduzione delle funzioni degli organismi viventi descritte dalla fisiologia, dalla neurofisiologia e dall'elettrofisiologia per creare organi artificiali facenti parte del sistema nervoso o da esso controllati (voce *Bionica*, in *https://it.m.wikipedia.org*, 1 ss.).

11. V. la voce *Bionica*, cit., 1 ss,

12. Il termine *cybernetics* fu coniato nel 1947 dal matematico statunitense *Norbert Wiener* per designare lo studio unitario dei processi di comunicazione e di controllo nell'essere vivente e nella macchina (voce *Cibernetica*, cit., in *www.treccani.it./enciclopedia*, 1 ss.).

13. V. la voce *Bionica*, cit., 1 ss.

14. V. la voce *Cibernetica*, cit., 1 ss.

15. Stanzione, 2012, 3.

data rivela sempre più che la ricerca spinge i confini della scienza e della tecnologia fino a creare macchine intelligenti capaci di ragionare ed interagire con l'uomo nei vari campi d'indagine, in modi inediti: lo sviluppo dei sistemi di apprendimento; la progettazione delle città cognitive; la fisica computazionale; la medicina nucleare; la tomografia computerizzata; la risonanza magnetica per immagini.

In quest'ultimo àmbito, in particolare, nuove macchine sofisticate sono capaci di assistere il medico specialista nell'individuare gli indizi di malattie nel corpo umano, facilitando l'identificazione e il trattamento di qualsiasi patologia[16].

Insomma, i sistemi di intelligenza artificiale assolvono ormai «compiti di alto livello», che, fino a tempi recenti, erano reputati «prerogativa degli umani», come, ad esempio, la trasformazione di «una grande quantità di dati» o di «notizie frammentarie ed eterogenee» in «un'argomentazione persuasiva» o in «ragionamenti scorrevoli e ben strutturati»[17].

Le macchine intelligenti appaiono sempre più dotate di «una propria volontà di potenza», che dischiude la prospettiva vertiginosa del post–umanesimo integrale, contraddistinta «da una crescente ibridazione tra l'uomo e la macchina» e da un notevole potenziamento cognitivo dell'umano «tramite l'artificiale», che appare «gravido di conseguenze» sconvolgenti per la storia dell'umanità: il rischio dell'elaborazione di «un *Homo technologicus*», in sostituzione dell'«*Homo sapiens*», e il plausibile «collegamento ecumenico» tra «macchine, esseri umani e cose», che può prefigurare «l'avvento di una Creatura Planetaria, sede di un'intelligenza connettiva», in grado di «eliminare ogni residuo di libero arbitrio» del singolo e di cancellare ogni imputabilità e «responsabilità» individuale[18].

Il Parlamento europeo, consapevole delle potenzialità di sviluppo dei sistemi cyberfisici, il 16 febbraio 2017, ha approvato una risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione per l'elaborazione di norme di diritto civile sulla robotica[19].

Difatti, la crescente interazione tra l'uomo, il robot, il bot, l'androide e l'umanoide e la costruzione di macchine sofisticate ed intelligenti, capaci di apprendimento autonomo (c.d. autoapprendimento integrale) e di decisioni indipendenti, rendono sempre più impellente la regolamentazione legislativa delle varie manifestazioni sociali ed economiche dell'intelligenza artificiale e forse l'elaborazione di uno *status* giuridico e di una personalità elettronica del robot[20].

16. Kelly e Hamm, 2016, 1 ss.

17. Longo, 2018, 23.

18. Longo, 2018, 23.

19. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica [procedura 2015/2103(INL)], in *www.europarl.europa.eu/sides*, 1–14.

20. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., pp. 1–3. A favore del riconosci-

Sul fronte dei diritti e dei doveri, la risoluzione propone una "Carta robotica", sotto forma di codice deontologico per gli ingegneri e di codice per i comitati etici di ricerca, e specifiche licenze per i progettisti, con vincoli peculiari, come la garanzia di sicurezza per gli utenti e la funzionalità di una *privacy by design*, ossia di una *privacy* fin dalla progettazione del robot, in modo che le informazioni private siano sempre protette e gestite dall'utente e non dal robot o da terzi[21].

In realtà, il robot o l'androide, per quanto possa essere una macchina pensante altamente sofisticata, non può essere omologato all'uomo, posto che, nell'attività di elaborazione del pensiero, segue «percorsi logici impressi nel cervello positronico secondo una strada comunque delineata da altri (chi lo ha programmato o chi ha impartito l'ordine)»[22].

In altri termini, qualunque macchina pensante, per quanto intelligente, non può essere reputata una persona, ma resta sempre un artefatto meccanico ed elettronico, perché manca del libero arbitrio, ossia di quel processo di «formazione dell'intimo volere», di quella libertà di decisione – connotata da imprevedibilità ed originalità – che è tipica ed esclusiva dell'uomo e che va al di là della mera riproduzione dei «percorsi logici» dell'umano[23].

Dunque, malgrado la visuale biotecnologica e *post*–moderna, la persona cybernetica o la persona elettronica o il robot pensante non può essere eticamente assimilato all'uomo, né, in punto di diritto, può essere ritenuto imputabile alla stregua dell'essere umano[24].

4. A fronte dei mutamenti biotecnologici e dell'emersione di nuove forme giuridiche di tutela dei diritti essenziali dell'uomo, l'individuazione di strumenti avanzati di ricerca che incidono sull'esistenza della persona[25], le indagini genetiche preimpianto[26], la robotizzazione dell'umano, il post–umanesimo meccanico[27], gli studi per produrre in laboratorio il genoma sintetico dell'uomo sono temi attuali che

mento di uno «*status* giuridico» e di una «personalità elettronica dei *robot* che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi», cfr. Iaselli, 2017, 1 ss.; Magni, 2017, 2.

21. Magnani, 2017, 2 ss.

22. Iaselli, 2017, 7.

23. Iaselli, 2017, 7–8.

24. Iaselli, 2017, 7–8.

25. Cfr. Perlingieri P., 2009, 131 ss.; Parente, 2012, 53; Pizzorusso, 1988, 111–112.

26. Cfr. Nardocci, 2016, 99 ss.; Iadicicco, 2015, 325 ss.; Pellizzone, 2016, 121 ss.; Liberali, 2014, 1 ss.; Scia, 2012, 9 ss. In giurisprudenza, tra le altre decisioni, v. C. Cost. 05.06.2015 n. 96, *www.cortecostituzionale.it*; C. Cost. 11.11.2015 n. 229, *www.cortecostituzionale.it*; Corte europea dei diritti dell'uomo 28.08.2012 n. 54270/10, *www.altalex.com*.

27. Stanzione, 2012, 5 ss.; Perlingieri C., 2015, 1239 ss.

coinvolgono tanto la ricerca biomedica[28] e le neuroscienze, quanto la robotica[29], la bioetica e il biodiritto.

Malgrado questi nuovi scenari, la giuridificazione del corpo e l'unitarietà dei saperi[30] non può eludere una rinnovata visione unitaria della persona[31], costruita sui principi fondamentali dell'ordinamento (art. 2 ss. Cost.), sul diritto alla vita e alla dignità, sulla solidarietà, sull'incommerciabilità di parti del corpo[32], sullo sviluppo della bionica[33] e dell'intelligenza cibernetica[34] e sull'idea di post–umanità[35], che riguardano il fenomeno dell'emersione – nella comunità scientifica, nelle relazioni sociali e nell'ordine giuridico – di «surrogati artificiali» della persona ed esigono un'attenta «rimeditazione del confronto tra diritto e natura umana, tra *ius* ed individuo»[36].

L'analisi consente di ribadire che, nell'intenso dibattito sui rapporti tra le tradizionali categorie giuridiche[37] e le prospettive future di tutela della persona, l'individuo umano continua a rivestire un ruolo centrale nelle assiologie del sistema normativo[38].

Per concludere, nel superamento dei paradigmi astratti della soggettività, le nuove frontiere dei saperi scientifici e biotecnologici sollevano questioni giuridiche in passato sconosciute e lanciano al giurista sfide ardite e temerarie, che, tuttavia, trovano un limite nel valore della persona umana e nella categoria della dignità, che restano il "presidio forte" della naturalità dei processi della vita umana[39].

28. In tema, cfr. Magni, 2012, 15 ss.

29. V. la voce *Robotica*, cit., 1 ss.

30. Rodotà, 2007, 477.

31. Perlingieri P., 2006, 730.

32. Rodotà, 2007, 478.

33. V. la voce *Bionica*, cit., 1 ss. Sul punto, v. *sub* § 2.

34. V. la voce *Cibernetica*, 1 ss. Sul punto, v. *sub* § 2.

35. Stanzione, 2012, 3.

36. Stanzione, 2012, 3.

37. Sulle categorie giuridiche, quali parametri di classificazione della realtà fenomenica, cfr. Pennasilico, 2016, 1246 ss.; Minervini, 2015, 712 ss.; Parente, 2015, 330; Lipari, 2013, 11–12; Perlingieri G., 2005, 543 ss.

38. La centralità della persona umana è un dato acquisito nella moderna indagine filosofica (Scarpelli, 2017, 46 ss.), nella scienza giuridica moderna (Lipari, 2013, 11–12; Perlingieri P., 2006, 717) e nei sistemi di diritto positivo [ad esempio, il *code civil* francese, riprendendo una formula presente nella legge *Veil* (L. 17 gennaio 1975, n. 75–17), codifica il primato della persona e la tutela dell'essere umano fin dall'inizio della vita (art. 16); il codice civile peruviano assegna centralità alla persona, attribuendo anche al concepito la qualifica di *sujeto de derecho*].

39. D'Addino Serravalle, 2003, 30 ss.; Stanzione, 2012, 2 ss.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

D'Addino Serravalle P. (2003). *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*. Napoli: Esi.

Gammella E. (2013). Nanotecnologia e medicina: nuove applicazioni per terapie che si attivano nel momento del bisogno. E non si vedono. *www3.varesenews.it*.

Iadicicco M.P. (2015). La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogi tra le Corti. *Quad. cost.*, 325 ss.

Iaselli M. (2017). Robot con intelligenza artificiale, verso una soggettività giuridica?. *www.altalex.com/documents/news/2017/02/21*, 1 ss.

Kelly J.E. – Hamm S. (2016). *Macchine intelligenti. Watson e l'era del cognitive computing*. Milano: Egea.

Liberali B. (2014). La diagnosi genetica reimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale. *Riv. Aic*, 1 ss.

Lipari N. (2013). *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giuffrè.

Longo G.O. (15 luglio 2018). Macchine intelligenti e umani resistenti. *Avvenire*, 23.

Magni A. (2012). *Riservatezza e autodeterminazione nella partecipazione alla ricerca scientifica*. Napoli: Esi.

Magnani A. (2017). Robot e intelligenza artificiale, i deputati Ue chiedono norme europee. *http://mobile.ilsole24ore.com/solemobile/main/art/tecnologie/2017–02–17*, 2.

Minervini E. (2015). Le categorie del diritto civile (a proposito di un libro recente). *Rass. dir. civ.*, 712 ss.

Nardocci C. (2016). Il «nuovo» status dell'embrione nell'impianto sistematico della legge n. 40 del 2004. Una lettura alla luce delle sentenze nn. 96 e 229 del 2015, in D'Amico M. – Liberali B. (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*. Napoli: Esi.

Parente F. (2012). La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo in Lisella G. – Parente F., *Persona fisica – Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Napoli: Esi.

Parente F. (2015). La pace e la giustizia nel sistema globale: categorie giuridiche e storicità dei concetti. *Rass. dir. civ.*, 330.

Parente F. (2018). *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post–moderna del corpo e della mente*. Napoli: Esi.

Pellizzone I. (2016). Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche e della selezione degli embrioni dopo le sentenze 96 e 229 del 2015 della Corte costituzionale in D'Amico M., Liberali B. (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*. Napoli: Esi.

Pennasilico M. (2016). Le categorie del diritto civile tra metodo e storia. *Riv. dir. civ.*, 1246 ss.

Perlingieri C. (2015). L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici. *Rass. dir. civ.*, 2015, 1239 ss.

Perlingieri G. (2005). Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie in Perlingieri P. (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea* (Atti del Convegno per i Venticinque anni della Rassegna di diritto civile, 16–18 dicembre 2004). Napoli: Esi, 543 ss.

Perlingieri P. (2006). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo–comunitario delle fonti*. Napoli: Esi.

Perlingieri P. (2009). La funzione sociale del diritto successorio. *Rass. dir. civ.*, 131 ss.

Pizzorusso A. (1988). Delle persone fisiche in *Comm. Scialoja –Branca*. Bologna–Roma: Zanichelli.

Puccini C. (1999). *Istituzioni di medicina legale*. Milano: Cea.

Putti P.M. (2014). Diritto e nuove tecnologie; il caso del formalismo negoziale. *Contr. e impr.*, 1229 ss.

Rodotà S. (2007). *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli.

Scarpelli U. (2017). *La persona nella filosofia giuridica moderna*. Napoli: Esi.

Scia F. (2012). *Indagini genetiche reimpianto e procreazione medicalmente assistita*. Napoli: Esi.

Stanzione P. (2012). Biodiritto, postumano e diritti fondamentali. *www.comparazionedirittocivile.it.*

GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE

LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO: RIFLESSIONI E SPUNTI SULLA RECENTE LEGGE ITALIANA*

ABSTRACT

Le disposizioni anticipate di trattamento sono dichiarazioni di volontà con cui una persona maggiorenne e capace d'intendere e di volere esprime il proprio consenso o dissenso informato a trattamenti sanitari generici, ad accertamenti diagnostici, a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari, in previsione di una sua eventuale futura incapacità di autodeterminarsi. Nel contenuto della dichiarazione, il dichiarante può designare una persona di sua fiducia incaricata di tenere i futuri rapporti con il personale medico–sanitario.

Early treatment provisions are declarations of will by which an adult and capable of discernment expresses its consent or dissent informed healthcare services for generic diagnostic, therapeutic and public choices and to individual medical treatment, in view of its possible future inability to self–determination. In the content of the declaration, the declarant may designate a trusted person in charge to keep future relationships with the medical staff.

PAROLE CHIAVE

Disposizioni anticipate di trattamento / autodeterminazione sanitaria / contenuto della dichiarazione

Early treatment provisions / self medical determination / content of the declaration

SOMMARIO: 1. Le disposizioni anticipate di trattamento: definizione e legittimazione. – 2. La centralità della volontà informata del paziente nella relazione di cura. – 3. Il contenuto della dichiarazione di volontà e i suoi limiti. – 4. Il divieto di volontà eutanasica. – 5. La nomina del fiduciario sanitario. – 6. L'accettazione e la cessazione della carica di fiduciario. – 7. L'utilità sociale delle Dat e le riserve di congruenza. – 8. La circolare ministeriale applicativa.

1. Nel diritto italiano, le disposizioni anticipate di trattamento sono dichiarazioni di volontà con cui una persona maggiorenne e capace d'intendere e di volere[1],

*Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. De Filippis, 2018, 120.

acquisite adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte, esprime il consenso o il dissenso a trattamenti sanitari generici, ad accertamenti diagnostici, a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari in previsione di una sua eventuale futura incapacità di autodeterminarsi (art. 4, comma 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219)[2].

L'autore della volontà, dunque, deve essere una «persona maggiorenne e capace di intendere e di volere» (art. 4, comma 1. l. n. 219 del 2017)[3]; ossia, deve aver compiuto il diciottesimo anno di età, condizione che fa acquisire la capacità legale di compiere tutti gli atti per i quali non è stabilita un'età diversa (art. 2, comma 1, c.c.), e deve possedere la capacità naturale, vale a dire la capacità volitiva e intellettiva al momento della dichiarazione (art. 428, comma 1, c.c.).

Il negozio, attribuendo ultrattività alla volontà dell'autore, rispetto al tempo di cessazione della sua capacità di agire, consente di dilatare i confini dell'autodeterminazione sanitaria (artt. 13 ss. e 32 cost.) al di là della soglia della «vita cosciente»[4], ma «prima della morte»[5].

2. Nella prospettiva della valorizzazione della volontà del malato, la l. n. 219 del 2017 traccia un rigoroso legale tra tre figure contigue di consensualità terapeutica: il "consenso informato" (art. 1), le "disposizioni anticipate di trattamento" (art. 4) e la "pianificazione condivisa delle cure" (art. 5): la prima valorizza l'autodeterminazione attuale del paziente, come modo di essere della sua libertà; la seconda dà rilievo all'autodeterminazione preventiva ad effetti futuri; la terza dà risalto all'autodeterminazione programmatica, nei casi di progressivo incremento degli effetti di una patologia cronica ed invalidante o caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione con prognosi infausta[6].

Le tre dimensioni del consenso rivelano la scelta di assegnare un valore centrale alla volontà informata del paziente, nella relazione di cura, a prescindere dalla attualità o futurità della sua dimensione[7].

Perciò, nel sistema della legge, il consenso informato diventa lo strumento di sintesi tra l'autodeterminazione del paziente e l'autonomia decisionale del medico[8].

2. Romano, 2018a, 16 ss.; De Filippis, 2018, 120; Baldini, 2018, 805 ss.
3. Romano, 2018a, 22 ss.
4. Zatti, 2018, 248.
5. Romano, 2018a, 15; Parente, 2012, 482; Verdicchio, 2017, 2, 637 ss.; Parente, 2015, 869 ss.
6. Romano, 2018a, 11 ss.
7. Romano, 2018a, 11.
8. Zatti, 2018, 248.

3. Nell'ipotesi di disposizioni anticipate di trattamento, la manifestazione della volontà del disponente può riguardare il rifiuto totale o parziale di qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la patologia; il rifiuto di singoli atti del trattamento sanitario; l'interruzione di ogni trattamento e, persino, il rifiuto della nutrizione artificiale e dell'idratazione artificiale, posto che, nel sistema della legge, la somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici, su prescrizione medica, è assimilata ai trattamenti sanitari (art. 1, comma 5, l. n. 219 del 2017)[9].

Tuttavia, il dichiarante non può inserire nel contenuto dell'atto la richiesta di trattamenti sanitari contrari a norme imperative, alla deontologia professionale e alle buone pratiche clinico–assistenziali, che il medico ha sempre il diritto di rifiutare senza incorrere in responsabilità civile, penale e disciplinare (art. 1, comma 6, l. n. 219 del 2017)[10].

Inoltre, per la tutela del migliore interesse sanitario del disponente, in accordo con il fiduciario, il medico può disattendere le disposizioni palesemente incongrue, o non più rispondenti alla situazione clinica attuale del paziente, o non conformi alle terapie sopravvenute, non prevedibili al momento dell'atto, idonee al concreto miglioramento delle condizioni di vita del malato (art. 4, comma 5, l. n. 219 del 2017)[11]. Nel caso di conflitto di interessi tra il fiduciario e il medico, la decisione è affidata al giudice tutelare[12].

La disposizione può essere reputata incongrua e, quindi, disattesa qualora l'autore soffra di «patologie o disturbi differenti» da quelli delineati nell'atto o siano disponibili «cure significativamente diverse da quelle che il paziente ha preventivamente» dichiarato di volere[13].

Tra le ragioni che consentono al medico di disattendere le disposizioni, può farsi rientrare la fattispecie del disponente che non ha «acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» (art. 4, comma 1, l. n. 219 del 2017)[14].

In breve, il disponente, può sottrarsi liberamente a qualunque trattamento medico–sanitario, ma non può esigere trattamenti stravaganti, che non abbiano superato la soglia «minima di collaudo o di attendibilità» o che «siano ripudiati dalla comunità scientifica»[15].

9. Romano, 2018, 16 ss.; Calvo, 2018, 689–691.
10. Romano, 2018b, 7; Calvo, 2018, 691; De Filippis, 2018, 121.
11. Romano, 2018a, 13; Romano, 2018b, 7; Calvo, 2018, 691 e 693.
12. Carusi, 2018, 297.
13. Carusi, 2018, 297.
14. Carusi, 2018, 297.
15. Carusi, 2018, 295; Calvo, 2018, 691.

4. La dichiarazione di volontà non può avere contenuto eutanasico e, dunque, non può riguardare la cessazione della sopravvivenza corporea dell'interessato, posto che, nel sistema della legalità costituzionale (artt. 2 e 32 cost.), la salute umana, quale situazione di benessere psico–fisico, non potrebbe essere tutelata dal riconoscimento di un diritto di morire, che introdurrebbe un principio di negazione del valore biogiuridico della vita umana[16].

Difatti, l'inviolabilità della libertà personale, garantita dalla carta costituzionale (art. 13 ss.), fonte del potere di autodeterminazione terapeutica, è riconosciuta in funzione della vita e del pieno sviluppo della persona, non certo della sua morte[17].

5. Nel contenuto della dichiarazione, il dichiarante può designare una persona di sua fiducia (il c.d. fiduciario), maggiorenne e capace di intendere e di volere (art. 4, comma 2, l. n. 219 del 2017), incaricata di tenere «i rapporti con il personale medico e le strutture sanitarie in luogo del disponente impossibilitato»[18] o «divenuto incapace»[19].

Il fiduciario, che fa le veci del dichiarante e lo rappresenta nella relazione di cura, è un soggetto che riveste un ufficio di diritto privato[20].

Malgrado la locuzione "indica una persona di sua fiducia", contenuta nel testo della legge (art. 4, comma 1, l. n. 219 del 2017), la nomina del fiduciario non è un obbligo per il disponente, ma una mera facoltà[21].

Per questo, la dichiarazione di nomina non attiene al contenuto essenziale, ma al contenuto eventuale dell'atto, che sarà valido ed efficace pure in assenza di designazione[22].

Perciò, la nomina del fiduciario potrà essere omessa oppure effettuata dal disponente con un atto autonomo, compiuto dopo la redazione delle disposizioni anticipate di trattamento.

6. Per l'esercizio delle sue funzioni, il fiduciario deve procedere alla preventiva accettazione della nomina, mediante sottoscrizione dell'atto contenente le dispo-

16. Parente, 2012, 479–480.

17. Parente, 2012, 480.

18. Baldini, 2018, 807 ss.; Arfani, 2018, 815 ss.

19. Romano, 2018a, 18 ss.; De Filippis, 2018, 124 ss.; Calvo, 2018, 693.

20. Romano, 2018a, 22; Carusi, 2018, 297; De Filippis, 2018, 125; Calvo, 2018, 693; Arfani, 2018, 820; Zatti, 2018, 248.

21. Romano, 2018a, 25; Carusi, 2018, 297–298; Delle Monache, 2018, 997 ss.

22. Carusi, 2018, 298.

sizioni anticipate[23] o tramite un atto successivo, allegato al negozio principale (art. 4, comma 2, l. n. 219 del 2017)[24].

Il fiduciario non ha l'obbligo di accettare la nomina, posto che la dichiarazione di accettazione è un atto libero e volontario. Perciò, il designato può non accettare o persino rifiutare l'incarico sia con atto scritto contestuale alla redazione delle disposizioni, sia con atto scritto successivo, comunicato al disponente.

Qualora non sia stato nominato un fiduciario, per la flessibilità del modello, il medico può dare seguito alle disposizioni anticipate di trattamento *secundum legem* e, in caso di dubbio sul significato delle disposizioni, può «chiedere la nomina di un amministratore di sostegno»[25], trattandosi di fattispecie che integra un «caso di necessità» (art. 4, comma 4, l. n. 219 del 2017)[26].

Nell'ipotesi di cessazione del fiduciario dall'incarico per rinunzia, morte e incapacità sopravvenuta o per revoca del disponente[27], le dichiarazioni anticipate di trattamento conservano il loro effetto vincolante sia per il medico che per la struttura sanitaria[28].

7. In sintesi, nell'architettura della legge di settore, la consensualità sanitaria, nella forma di autodeterminazione preventiva ad effetti futuri, è un «connotato essenziale della relazione di cura» che non può essere confinato al «problema della accettazione della terapia», ma che coinvolge il rispetto dell'identità e dell'integrità della persona, come «orizzonte che include ed integra il principio di consensualità»[29].

Di qui, il giudizio di positività sull'utilità sociale del nuovo strumento, malgrado le riserve sulla congruenza della sua regolamentazione giuridica, per il rischio che, nel caso concreto, il consenso manifestato in via anticipata dal paziente possa essere aspecifico e decontestualizzato, in contrasto con il canone consolidato che la consensualità medico–sanitaria deve riguardare atti specifici, singolarmente accettati[30].

23. De Filippis, 2018, 124.
24. Romano, 2018a, 19; De Filippis, 2018, 124.
25. Carusi, 2018, 298.
26. Carusi, 2018, 298.
27. De Filippis, 2018, 125.
28. De Filippis, 2018, 126; Delle Monache, 2018,997 ss.
29. Zatti, 2018, 247.
30. Parente, 2012, 484.

8. Per l'applicazione della legge, il Ministero dell'Interno, mediante un'apposita circolare[31], ha diramato agli uffici periferici testuali prescrizioni operative:

1) l'ufficio di stato civile è legittimato a ricevere esclusivamente le Dat consegnate personalmente dal disponente residente nel Comune, recanti la sua firma autografa, ma non è legittimato a ricevere le Dat recate da disponenti non residenti;

2) l'ufficiale di stato civile non partecipa alla redazione delle Dat, né fornisce informazioni o avvisi in merito al loro contenuto, ma deve limitarsi a verificare i presupposti della consegna – in particolare, l'identità e la residenza del consegnante nel comune – e a riceverla;

3) all'atto della consegna, l'ufficiale di stato civile fornisce al disponente una formale ricevuta, con l'indicazione dei dati anagrafici dello stesso, della data, della firma e del timbro dell'ufficio: la ricevuta potrà essere apposta anche sulla copia della Dat eventualmente presentata dal disponente e allo stesso riconsegnata, trattenendo l'originale;

4) l'ufficio di stato civile, ricevuta la Dat, deve limitarsi a registrare un ordinato elenco cronologico delle dichiarazioni e assicurarne l'adeguata conservazione, in conformità ai principi di riservatezza dei dati personali.

31. Circolare in data 8 febbraio 2018, n. 1.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Arfani A. (2018). Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario, in *Dir. fam.*, p. 815 ss.

Baldini G. (2018). L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT), in *Fam. dir.*, p. 805 ss.

Calvo R. (2018). La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento, in *Studium Iuris*, pp. 689–691.

Carusi D. (2018). La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre, in *Corr. giur.*, p. 297.

De Filippis B. (2018). *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico–paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Milano: Wolters Kluwer– Cedam, p. 120.

Delle Monache S. (2018). La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici, in *Riv. dir. civ.*, p. 997 ss.

Parente F. (2012). La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo, in Lisella G. e Parente F., *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Napoli, Esi, p. 482.

Parente F. (2015). Il testamento di vita, in Calvo R. e Perlingieri G. (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II, 2ª ed., Napoli, Esi,p. 869 ss.

Romano C. (2018a). Le disposizioni anticipate di trattamento, Studio n. 136–2018/C, in *CNN Notizie*, n. 221, p. 16 ss.

Romano C. (2018b). Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio, in *Notariato*, p. 7.

Verdicchio V. (2017). Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra *jus conditum* e *jus condendum*), in *Dir. succ. fam.*, 2, p. 637 ss.

Zatti P. (2018). Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 248.

SALVATORE ANTONELLO PARENTE

QUESTIONI CONTROVERSE IN TEMA DI DETERMINAZIONE DELLA RENDITA CATASTALE DEGLI IMPIANTI EOLICI DESTINATI ALLA PRODUZIONE DI ENERGIA ELETTRICA: IL CASO DELLE TORRI EOLICHE*

ABSTRACT

La determinazione della rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica, effettuata con il sistema della "stima diretta", ha costituito, da sempre, fonte di criticità. La principale questione controversa consiste nell'appurare se nella rendita catastale, oltre alle ulteriori componenti della pala eolica, debba essere ricompresa anche la torre di acciaio, soprattutto dopo le innovazioni apportate dalla legge di stabilità 2016, che ha escluso dalla stima diretta «macchinari, congegni, attrezzature ed altri impianti, funzionali allo specifico processo produttivo». La prassi amministrativa ed i primi pronunciati della giurisprudenza di merito sembrano aver minimizzato gli effetti innovativi apportati dalla novella legislativa, sposando posizioni non pienamente condivisibili e spesso fondate su precedenti giurisprudenziali temporalmente superati e non più pertinenti.

Determination of cadastral income of wind farms for the production of electricity, made with the system of "direct estimation", was always a source of criticality. The main discussed question is to determine if the cadastral income, in addition to the additional components of the wind turbine, should be included also the steel tower, especially after the innovations introduced by stability's law 2016, which excluded from direct estimation «machinery, apparatus, equipment and other plants, functional to the specific production process». The administrative practice and the first pronounced of the merit's case law seem to have downplayed the innovative effects made by legislative news, espousing positions that are not fully shared and which are often based on precedents time passed and no longer relevant.

PAROLE CHIAVE

Impianti eolici / rendita catastale / questioni controverse

Wind turbines / cadastral income / controversial issues

SOMMARIO: 1. L'obbligo di procedere all'iscrizione in catasto dei "parchi eolici". Contrasti in ordine all'esatta individuazione del gruppo e della categoria catastale. – 2. La "stima diretta" quale criterio di determinazione della rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica. – 3. Perplessità in ordine alla necessità di ricomprendere nella rendita catastale della pala eolica anche il valore della torre di accia-

* Saggio soggetto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

io. Questioni di diritto intertemporale. – 4. Contrasti interpretativi sorti in seno alla prassi amministrativa ed alla giurisprudenza di merito e di legittimità durante la vigenza del precedente regime. – 5. Pregi e difetti delle innovazioni apportate dalla legge di stabilità 2016. L'orientamento prospettato dalla prassi amministrativa. Rivisitazione in chiave critica. – 6. Primi pronunciati della giurisprudenza di merito. Ricostruzione critica e conclusioni.

1. La determinazione della rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica (c.d. parchi eolici) ha costituito, da sempre, fonte di criticità, nonostante, oggigiorno, a differenza di quanto accadeva in passato[1], sia oramai pacifico l'obbligo di procedere al relativo accatastamento, come confermato, con toni perentori, tanto dalla prassi amministrativa[2], quanto dalla giurisprudenza di merito[3].

La normativa catastale, qualificando come "beni immobili urbani" le entità (fabbricati e costruzioni) stabilmente assicurate al suolo, di qualunque materiale, non fa riferimento né alla sostanza utilizzata, né ai sistemi di assemblaggio; dunque, anche per le centrali eoliche sussiste l'obbligo della dichiarazione, pur in assenza di un vero e proprio fabbricato di tipo tradizionale (come, ad esempio, un capannone), ma in presenza di un complesso sistema di impianti[4].

I dubbi, piuttosto, riguardano l'esatta individuazione del gruppo e della categoria catastale in cui riportare tali entità: secondo alcuni pronunciati[5], gli impianti

1. Cfr. Cardillo, 2008, 507–508; Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1210, nt. 1; Francesca, 2012, 6 ss.

2. Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 22.11.2007, n. 14/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, 2.

3. Cfr. Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. XI, 15.11.2006 n. 139, Banca Dati BIG IPSOA; Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. XI, 20.12.2006 n. 168, Banca Dati BIG IPSOA; Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. XI, 09.05.2007 n. 85, Banca Dati BIG IPSOA; Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. IX, 11.05.2007 n. 93, Banca Dati BIG IPSOA.

4. Cfr. Del Vaglio, 2009, 918.

5. Cfr. Comm. Trib. Reg. Campania, sez. XXIX, 12.11.2007 n. 187, Giust. trib., 3, 2008, 503 ss.; Cass. 14.03.2012 n. 4028, CED Cassazione; Cass. 14.03.2012 n. 4029, CED Cassazione; Cass., sez. V, 14.03.2012 n. 4030, Dir. prat. trib., 2, 2013, 258 ss., con nota di Gaggero. La Suprema Corte, in queste tre sentenze gemelle, riprendendo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. V, 17.11.2004 n. 21730, Dir. prat. trib., 2005, II, 733; Cass., sez. V, 07.06.2006 n. 13319, Il fisco, 2006, 4099; Cass., sez. V, 21.11.2014 n. 24815, Azienditalia – Fin. e Trib., 1, 2015, 85; Cass., sez. V, 04.02.2015 n. 1979, CED Cassazione; Cass., sez. V, 04.02.2015 n. 1979, Azienditalia – Fin. e Trib., 5, 2015, 458) in ordine alle turbine delle centrali idroelettriche e la posizione della prassi amministrativa (Ris. Agenzia del Territorio 06.11.2008 n. 3/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, 3; Circ. Agenzia del Territorio 22.11.2007 n. 14/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, 2), ha ricondotto i parchi eolici alla categoria catastale D/1 (opifici), al pari delle turbine delle centrali idroelettriche, in ragione dell'identità di

eolici sarebbero censibili nella categoria catastale D/1 (opifici), quali immobili a destinazione speciale (gruppo D), essendo funzionalmente destinati allo svolgimento di un'attività industriale (produzione di energia elettrica); secondo altra parte della giurisprudenza[6], invece, i suddetti immobili andrebbero accatastati nella categoria catastale E/3 (costruzioni e fabbricati per speciali esigenze pubbliche), quali immobili a destinazione particolare (gruppo E), in ragione del carattere "ecologico" dell'energia prodotta.

La rendita catastale è, in ogni caso, determinata attraverso il sistema della stima diretta, che deve tener conto anche dell'obsolescenza fisica e tecnologica, in quanto il parametro declinato, incidendo sulla vita economica utile del bene, più breve rispetto a quella delle componenti prettamente edilizie, ne condiziona inevitabilmente la redditività[7].

funzione svolta (produrre energia elettrica), piuttosto che alla categoria catastale E/3 (costruzioni e fabbricati per speciali esigenze pubbliche). A tale conclusione la Corte è pervenuta considerando che un parco eolico è un insieme di aerogeneratori (torri e pale eoliche), localizzati in un dato territorio e interconnessi tra loro, che generano energia elettrica sfruttando la forza del vento, allo stesso modo in cui, nelle centrali idroelettriche, le turbine idrauliche trasformano in energia elettrica la forza dell'acqua. Pertanto, posto che le turbine delle centrali idroelettriche sono censite nella categoria catastale D/1, in forza della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1–*quinquies* del d.l. 31 marzo 2005, n. 44, convertito dalla l. 31 maggio 2005, n. 88, secondo la Corte, la stessa soluzione deve adottarsi per i parchi eolici. L'orientamento mette in risalto l'attività di impresa svolta dalle centrali elettriche, che si esplica attraverso la produzione di energia pulita. In questa visuale, sia l'elemento finalistico, ravvisabile nell'energia pulita prodotta dalle centrali alimentate da fonti rinnovabili, sia gli incentivi connessi alla costruzione di tali impianti, assurgono a meri elementi marginali, non idonei a qualificare l'immobile come "fabbricato per speciali esigenze pubbliche". Sul tema, cfr. Piccolo, 2012; Mirto, 2010, 465 ss.; Del Vaglio, 2012a, 2269 ss.

6. Cfr. Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. V, 20.06.2007 n. 45, Fisconline; Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. II, 19.09.2007 n. 127, Giust. trib., 3, 2008, 502–503; Comm. Trib. Prov. Benevento 17.01.2008, Fisconline; Comm. Trib. Prov. Bologna, sez. XV, 10.03.2008 n. 183, Fisconline; Comm. Trib. Prov. Bologna, sez. XV, 10.03.2008 n. 184, Fisconline; Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. II, 16.04.2008 n. 57, Fisconline; Comm. Trib. Prov. Bologna, sez. XII, 28.04.2008 n. 103, Boll. trib. On–line; Comm. Trib. Prov. Bologna, sez. VI, 12.01.2009 n. 11, GT – Riv. giur. trib., 10, 2009, 917 ss., con nota di Del Vaglio; Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna, sez. II, 12.10.2009 n. 106, Boll. trib., 2010, 795; Comm. Trib. Prov. Bologna, sez. II, 21.01.2010 n. 7, Boll. trib., 2010, 796. Tale orientamento si fonda sulla funzione di utilità sociale e di pubblico interesse svolta dagli impianti eolici: gli stessi, anche se realizzano reddito di impresa, producono energia pulita e rinnovabile, tutelando l'ambiente, gli interessi della collettività e diritti costituzionalmente garantiti, quale il diritto alla salute. In questa visuale, gli immobili censiti nel gruppo E sono caratterizzati dalla loro specifica destinazione, piuttosto che dalla mancanza di strumentalità rispetto all'attività di impresa. Il carattere di pubblica utilità degli impianti eolici è stato confermato dalla giurisprudenza amministrativa (C. Stato, sez. VI, 04.06.2004 ord. n. 3503, Boll. trib. On–line). Sul tema cfr. Penati – Schiatti, 2010.

7. Cfr. Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1218–1219; Del Vaglio, 2013a, 1210; Del Vaglio, 2012a, 2270, che distingue l'obsolescenza fisica, riferita al deterioramento dovuto all'utilizzo o al solo decorso del tempo, ossia alla vetustà, dalla obsolescenza tecnologica, intesa quale processo attraverso

La tematica, particolarmente complessa, ha ricevuto l'attenzione dei diversi operatori giuridici (prassi amministrativa, dottrina e giurisprudenza di merito e di legittimità), i quali, ciascuno per la propria competenza, hanno cercato di fornire risposta agli interrogativi sollevati dalla normativa farraginosa che, nel corso del tempo, si è sedimentata in maniera non sempre sistematica e lineare.

2. Come si è già avuto modo di precisare[8], la rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica (c.d. parchi eolici) viene determinata attraverso il sistema della "stima diretta", diversamente dalle unità immobiliari censite nei gruppi ordinari (A, B e C), la cui rendita deriva dall'applicazione delle tariffe d'estimo.

In altri termini, mentre per gli immobili a destinazione ordinaria non si ha una vera e propria attribuzione di rendita, essendo quest'ultima il mero risultato dell'applicazione delle tariffe d'estimo alla categoria e alla classe attribuite all'immobile[9], per gli immobili a destinazione speciale o particolare, invece, non vi sono tariffe d'estimo di applicazione generale, ma si procede all'attribuzione della rendita, effettuando un'apposita stima per ogni singola unità immobiliare, ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 1142/1949: la distinzione è confermata, in materia di redditi fondiari, dall'art. 34, comma 1, d.P.R. n. 918/1986 (Tuir)[10].

I gruppi D (immobili a destinazione speciale) ed E (immobili a destinazione particolare) presentano talune peculiarità rispetto agli altri gruppi catastali: il gruppo D è connotato dalla finalizzazione degli immobili censiti alla realizzazione di esigenze industriali e commerciali e dalla specifica caratterizzazione tipologica, costruttiva e dimensionale degli stessi, in modo da renderli inidonei ad una diversa utilizzazione senza una radicale trasformazione; il gruppo E è caratterizzato dalla

il quale i macchinari e le immobilizzazioni tecniche vengono superate, sul piano tecnologico, anche per effetto del decorso di un breve periodo di tempo, dai nuovi prodotti in commercio. Ciò vale, soprattutto, per i macchinari che sfruttano tecnologie all'avanguardia. Sul punto, cfr. Terranova, 2001, 79; Repetto, 2010; Gavioli, 2015, 36; Comm. Trib. Prov. Roma, sez. XXIII, 21.10.2002 n. 490, Banca Dati BIG Suite IPSOA; Comm. Trib. Prov. Savona n. 427/3/2003, Banca Dati BIG Suite IPSOA; Comm. Trib. Prov. Milano n. 79/10/2007, Banca Dati BIG Suite IPSOA; Circ. Agenzia del Territorio 30.11.2012 n. 6T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, p. 12 ss.

8. V. *supra* § 1.

9. Come evidenzia Cardillo, 2008, p. 513, nt. 23, si tratta di una «stima sintetica basata sul sistema delle categorie e classi, ossia sul confronto delle caratteristiche intrinseche ed estrinseche che qualificano ogni unità immobiliare con le "unità tipo", individuate dal catasto come rappresentative, in ciascuna zona censuaria, delle capacità reddituali delle unità immobiliari similari, ricadenti nella medesima zona».

10. Cfr. Salanitro, 2003, 18; Lamberti, 2004, 1836 ss.; Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1214.

funzione di interesse pubblico e dalla singolarità della destinazione e delle caratteristiche tipologiche, costruttive e dimensionali degli immobili[11].

Le categorie ricomprese all'interno dei gruppi a destinazione speciale e particolare non sono suddivise in classi di merito e alle stesse non corrispondono quadri tariffari: la rendita deriva dalla stima diretta dell'unità immobiliare, senza alcun riferimento alle tariffe d'estimo[12].

In sintesi, la stima diretta è una procedura volta determinare il capitale fondiario, costituito dal valore venale delle unità immobiliari, con riferimento ad una data epoca censuaria, sulla base dei prezzi correnti di vendita di unità immobiliari analoghe.

Qualora non sia possibile risalire al capitale fondiario tenendo conto dei predetti parametri, il valore venale è parametrato al costo di costruzione, applicando un adeguato coefficiente di riduzione, in rapporto allo stato attuale delle unità immobiliari, ai sensi dell'art. 28 del d.P.R. n. 1142/1949.

Il saggio di interesse da attribuire al capitale fondiario, ai fini della determinazione della rendita, è il saggio di capitalizzazione che risulta attribuito dal mercato, *ex* art. 29 del d.P.R. n. 1142/1949.

Dunque, la stima diretta si effettua attraverso parametri differenti, piuttosto opinabili, costituiti dal valore di mercato, ove effettivamente esistente, ovvero dal costo di costruzione del bene[13].

3. La principale questione controversa consiste nel verificare se, ai fini della determinazione della rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica, debba includersi anche la torre di acciaio, oltre alle ulteriori componenti della pala eolica, atteso che, nella legislazione tributaria, l'unità immobiliare, semplice o complessa, è presa in considerazione essenzialmente sotto il profilo economico della redditività e, quindi, in una prospettiva dinamica[14].

Il problema ha interessato, in passato, anche altre tipologie di impianti, che, utilizzando "fonti energetiche rinnovabili non fossili"[15], producono energia elettrica

11. Cfr. Buccico, 2008, 165.

12. Cfr. Buccico, 2008, 170.

13. Cfr. Buccico, 2008, 170.

14. Cfr. Cardillo, 2008, 512.

15. Le "fonti energetiche rinnovabili non fossili" vengono individuate dall'art. 2, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 nell'energia eolica, solare, geotermica, derivante dal moto ondoso, maremotrice, indraulica, prodotta dalle biomasse, dai gas di discarica, dai gas residuati dai processi di depurazione e dai biogas. In tema, cfr. Cass., sez. V, 06.09.2004 n. 17933, Dir. prat. trib., 2004, II, 1636; Cass. 04.11.2008 n. 26441, CED Cassazione; Cass. 10.04.2009 n. 8674, CED Cassazione; Cass. 28.04.2010 n. 10134, CED Cassazione; Cass. 09.11.2011 n. 23317, CED Cassazione; Cass. 31.03.2011 n. 7372, CED Cassazione.

"pulita", come, ad esempio, le centrali idroelettriche e gli impianti fotovoltaici[16], inserendosi nella tematica di più ampio respiro volta ad accertare se, in sede di stima diretta finalizzata a determinare la rendita catastale dei fabbricati a destinazione industriale o commerciale, debba tenersi conto del valore dell'impianto produttivo[17].

In tali tipologie di impianti, l'elemento comune si rinviene nel risultato finale (produzione di energia elettrica); l'elemento discretivo attiene, invece, alle modalità utilizzate per pervenire al risultato.

Le centrali idroelettriche producono energia elettrica utilizzando la forza dell'acqua, che, fatta defluire da una quota superiore ad una inferiore, è convogliata in una o più turbine mobili; per effetto di questa spinta, le turbine si muovono con moto circolare: ad ognuna di esse è abbinato un alternatore che trasforma il movimento di rotazione in energia elettrica[18].

Nelle centrali fotovoltaiche[19], l'energia elettrica viene prodotta utilizzando l'energia solare per il tramite di pannelli modulari appoggiati al suolo, al lastrico solare o al tetto che ne fa da sedime e sostenuti da cavalletti o da supporti equipollenti[20].

I parchi eolici, invece, producono elettricità convertendo l'energia cinetica del vento in energia meccanica. Un impianto eolico è composto da diversi elementi di natura immobiliare e mobiliare (fondazione; sostegno; pale; navicella contenente i meccanismi di controllo; generatore; moltiplicatore di giri; rotore; sistema frenante), taluni aventi funzione ancillare (strade; fabbricati di servizio; cavi di connessione; recinzioni), che, una volta assemblati, consentono di trasformare l'energia prodotta dal movimento delle pale in elettricità[21].

Negli impianti eolici, il sostegno può essere costituito da una torre tubolare o da un traliccio, infisso in un basamento posto sulla relativa struttura di fondazione e costituito da un sistema di pali simili a quelli utilizzati nelle costruzioni edilizie

16. In materia, cfr. Pacieri – Trutalli, 2009, 1803 ss.; Vasapolli A. – Vasapolli G., 2010, 7 ss.; Busani, 2011a, 1423 ss.

17. Sul tema, cfr. Bonardi – Patrignani, 2004, 2385; Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1214 ss.; Del Vaglio, 2015, 271; Nicolella, 2004, 1 ss.

18. Cfr. Gaggero, 2013, 263; Grippo – Manca, 2008, 249 ss.

19. Come confermato dalla prassi amministrativa (Ris. Agenzia del Territorio 06.11.2008 n. 3/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it) e dalla giurisprudenza di merito (Comm. Trib. Prov. Siena, sez. I, 24.05.2012 n. 94, GT – Riv. giur. trib., 2012, 884, con nota Del Vaglio), si rende necessario procedere ad autonomo accatastamento solo per gli impianti fotovoltaici di grandi dimensioni, la cui produzione di energia elettrica è finalizzata alla vendita e non all'utilizzo domestico; in caso contrario, l'impianto fotovoltaico è privo di autonoma rilevanza catastale, assumendo natura di pertinenza dell'unità immobiliare principale.

20. Sul tema, cfr. Guidi – Duranti, 2014, 351 ss.

21. Cfr. A. Gaggero, 2013, 263; Galante, 2015, 408; Elia, 2009, 1201 ss.

di rilevante consistenza; sulla sommità della torre è posta la gondola o navicella, che contiene l'albero di trasmissione lento, il moltiplicatore di giri, l'albero veloce, il generatore elettrico e i dispositivi ausiliari[22]. All'estremità dell'albero lento e all'esterno della gondola è fissato il rotore, costituito da un mozzo, sul quale sono montate le pale, il quale può essere collocato sia sopravvento sia sottovento rispetto al sostegno; la gondola è in grado di ruotare rispetto al sostegno al fine di mantenere l'asse della macchina sempre parallelo alla direzione del vento ed è per questo che l'aerogeneratore è definito "orizzontale"; opportuni cavi convogliano al suolo l'energia elettrica prodotta e trasmettono i segnali necessari per il funzionamento[23]. A completamento dell'impianto eolico nel suo complesso, oltre ai generatori, vi sono le installazioni elettriche ed i cavi per la connessione alla rete, i trasformatori, le piazzole ove risiedono i singoli aerogeneratori e la relativa viabilità di collegamento[24].

Le maggiori perplessità sorgono a causa delle peculiari caratteristiche delle centrali che producono energia elettrica sfruttando fonti rinnovabili (c.d. energia pulita)[25], nonché degli interventi normativi, spesso di natura emergenziale, che si sono susseguiti in un ristretto arco temporale, in maniera non sempre lineare e coerente.

La materia è stata interessata, di recente, da una duplice modifica delle fonti: dapprima, con una disposizione di interpretazione autentica (art. 1, comma 244, legge n. 190/2014), per effetto della quale, nelle more dell'attuazione della riforma catastale di cui all'art. 2 della legge n. 23/2014[26], l'art. 10 del regio decreto–legge n. 652/1939, convertito dalla legge n. 1249/1939[27], concernente la determinazione della rendita dei fabbricati per uso industriale o commerciale, avrebbe dovuto trovare applicazione secondo le istruzioni fornite dall'Agenzia del Territorio con la

22. Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 22.11.2007 n. 14/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, 1.

23. Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 22.11.2007 n. 14/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, 1–2.

24. Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 22.11.2007 n. 14/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it, 2.

25. Cfr. Elia, 2009, 1201 ss.; Pacieri – Trutalli, 2009, 1803; Chirichigno – Cirimbilla, 2010, 799 ss.; Corradin, 2010, 5658 ss.; De Girolamo, 2010; Varini – Pannella, 2010, 5; Gaggero, 2013, 262 ss.; Liotti, 2014, 248 ss.

26. Sul tema, cfr. Uricchio – Parente S.A. – Cartanese, 2014, 178 ss.; Iovine, 2014, 161 ss.; Parente S.A., 2014, 331 ss.; Zanelli, 2014, 1469 ss.; Aulenta, 2016, 364 ss.

27. La norma, rubricata "Fabbricati per uso industriale o commerciale", dispone testualmente: «1. La rendita catastale delle unità immobiliari costituite da opifici ed in genere dai fabbricati di cui all'art. 28 della legge 8 giugno 1936, n. 1231 costruiti per le speciali esigenze di una attività industriale o commerciale e non suscettibili di una destinazione estranea alle esigenze suddette senza radicali trasformazioni, è determinata con stima diretta per ogni singola unità. 2. Egualmente si procede per la determinazione della rendita catastale delle unità immobiliari che non sono raggruppabili in categorie e classi, per la singolarità delle loro caratteristiche».

Circolare del 30 novembre 2012, n. 6/T[28], documento di prassi che aveva cercato di porre rimedio alle incertezze concernenti le tipologie di impianti di cui tener conto ai fini del calcolo della rendita catastale; successivamente, con una norma di carattere generale (art. 1, comma 21, legge n. 208/2015), avente natura innovativa[29], si è statuito che, «a decorrere dal 1° gennaio 2016, la determinazione della rendita catastale degli immobili a destinazione speciale e particolare, censibili nelle categorie catastali dei gruppi D ed E, è effettuata, tramite stima diretta, tenendo conto del suolo e delle costruzioni, nonché degli elementi ad essi strutturalmente connessi che ne accrescono la qualità e l'utilità, nei limiti dell'ordinario apprezzamento», ed escludendo «dalla stessa stima diretta macchinari, congegni, attrezzature ed altri impianti, funzionali allo specifico processo produttivo».

In tal modo, il legislatore ha ridefinito l'oggetto della stima catastale degli immobili a destinazione speciale e particolare, stabilendo quali siano le componenti immobiliari da prendere in considerazione e quali gli elementi, di natura prettamente impiantistica, da escludere dalla stima diretta, in quanto funzionali alla produzione[30]. Sorgono dubbi, però, se l'elencazione di queste ultime componenti debba intendersi tassativa o meramente esemplificativa, con l'effetto di limitare l'esclusione soltanto alle entità testualmente risultanti dalla norma ovvero estenderla anche alle altre che, pur se non espressamente previste, siano comunque funzionali al processo produttivo, come sembrerebbe argomentando dall'inciso finale della disposizione.

4. Si rende, pertanto, necessario accertare se il valore della torre eolica debba essere ricompreso nel novero delle entità (macchinari, congegni, attrezzature ed altri impianti, funzionali allo specifico processo produttivo) escluse dalla stima diretta.

Prima della modifica di cui all'art. 1, comma 21, della legge n. 208/2015 e, dunque, in data anteriore al 1° gennaio 2016, il valore di un impianto produttivo rientrava nella determinazione della rendita catastale se compreso nella nozione civilistica di bene immobile fornita dall'art. 812 cod. civ.[31]: insomma, per risolvere una problematica fiscale si utilizzava un criterio civilistico[32].

28. Sul tema, cfr. Iovine, 19 dicembre 2014, 42; Baruzzi, 2015, 448 ss.; Chirichigno, 2015, 933 ss.; Chiarello, 2015, 127.

29. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 01.02.2016 n. 2/E, www.agenziaentrate.gov.it, p. 3.

30. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 01.02.2016 n. 2/E, www.agenziaentrate.gov.it, p. 3.

31. La norma, al primo comma, dispone che «sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo». Al secondo comma, vengono poi considerati beni immobili, per determinazione di legge, anche «i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione». Sul punto, cfr. Campanile – Crivellari – Genghini, 2011, 4.

32. Cfr. Guarnerio, 2018, 1439. Inoltre, sul tema, cfr. Busani, 2011b, 305 ss.

In realtà, essendo una centrale elettrica alimentata da fonti rinnovabili composta da una pluralità di elementi, anche rimovibili o semi–rimovibili, era discusso di quali componenti si dovesse tener conto ai fini della determinazione della rendita[33].

Le aziende produttrici di energia elettrica, nel silenzio della legislazione catastale, avevano adoperato una soluzione per loro vantaggiosa, ritenendo che dovessero essere oggetto di stima diretta esclusivamente le componenti immobiliari del fabbricato, ossia gli elementi costruttivi e le rifiniture, ad esclusione degli impianti e dei macchinari installati al proprio interno, i quali avrebbero rilevato solo se inscindibilmente incorporati allo stesso in modo da assurgere a componente impiantistica di natura immobiliare, suscettibile di formare un tutt'uno inseparabile senza danno[34].

Dunque, sul piano astratto, durante la vigenza del precedente regime, solo venendo a ricomprendere, almeno in senso lato e tramite una *fictio iuris*, i beni "imbullonati" (ossia quelli amovibili dagli immobili costituenti la centrale di produzione elettrica in sé e per sé)[35] tra gli "immobili" sarebbe stato possibile tener conto del loro valore, ai fini della stima diretta, anche ove gli stessi fossero stati funzionali al processo produttivo[36].

Non erano mancati, peraltro, in seno alla prassi amministrativa, contrasti interpretativi in ordine alla corretta individuazione dei parametri per qualificare determinati beni come mobili piuttosto che immobili: ad esempio, l'Agenzia del Territorio[37] aveva collocato tra i beni immobili gli impianti fotovoltaici ed eolici, a condizione che gli stessi fossero infissi al suolo, a prescindere dalla loro eventuale amovibilità; la stessa amministrazione[38], proprio con riferimento agli impianti eolici, aveva adottato una soluzione estensiva, comprendendo nel calcolo della rendita catastale tutte le componenti idonee a qualificare la destinazione d'uso della centrale eolica, anche se meccanicamente distaccabili dagli immobili (traliccio ed elementi incorporati posti sulla navicella; pale; camminamenti; strade; recinzioni; parti impiantistiche situate nelle aree ricomprese nelle unità immobiliari), in quanto elementi idonei ad incidere sulla capacità reddituale ordinaria del cespite.

La rendita catastale esprimeva, dunque, non solo la redditività propria del fab-

33. Cfr. Gaggero, 2013, 267.

34. Cfr. Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1215.

35. Cfr. Galante, 2015, 409.

36. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.

37. Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 16.05.2006 n. 4/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it; Circ. Agenzia del Territorio 13.04.2007 n. 4/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it.

38. Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 22.11.2007, n. 14/T, wwwt.agenziaentrate.gov.it.

bricato, ma anche la "redditività industriale" derivante dagli impianti e dai macchinari installati al suo interno[39].

Da tale lettura ne era derivata un'applicazione evolutiva della legge catastale, volta a ricomprendere, sia pure in senso lato, tra gli immobili fattispecie che, evidentemente, per ragioni temporali, erano ignote all'originario testo normativo (regio decreto legge 13 aprile 1939, n. 652), che, nell'art. 4, forniva la nozione di immobile urbano[40].

In altri termini, l'Agenzia del Territorio considerava gli impianti e i macchinari come componenti impiantistiche dell'edificio aventi natura immobiliare ove incorporati o uniti allo stesso, anche in via transitoria, essendo irrilevante che tali entità potessero essere rimosse dal fabbricato senza alcuna alterazione in quanto semplicemente imbullonate: in presenza di qualsiasi forma di collegamento o stabilizzazione, tali componenti avrebbero avuto natura immobiliare e di ciò si sarebbe tenuto conto ai fini dell'attribuzione della rendita[41].

L'Agenzia delle Entrate[42], invece, era pervenuta ad una differente ricostruzione, qualificando gli impianti, anche se infissi al suolo, come beni mobili, qualora l'eventuale rimozione non fosse stata tale da alterare, in maniera significativa, la funzionalità del cespite[43].

Più variegati, invece, apparivano gli orientamenti formatisi nella giurisprudenza di merito e di legittimità con riferimento alle turbine delle centrali idroelettriche[44], ma applicabili, per identità di *ratio*, anche agli impianti eolici, trattandosi comunque di componenti impiantistiche.

In merito, una prima ricostruzione[45] escludeva dalla stima diretta i macchina-

39. Cfr. Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1217.

40. Cfr. Del Vaglio, 2012a, 2270. Inoltre, cfr. Cardillo, 2008, 512, secondo cui, «già solo per composizione e struttura, gli aerogeneratori possono considerarsi bene immobile complesso infisso al suolo, alla luce della disposizione contenuta nell'art. 812 c.c. che come osservato considera bene immobile qualunque bene incorporato al suolo e dunque sotto un profilo statico, ossia esclusivamente oggettivo e in considerazione della struttura stessa del bene».

41. Cfr. Nicolai – Patrignani – Tomassetti, 2012, 1217, nt. 27.

42. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 19.07.2007 n. 46/E, http://www.agenziaentrate.gov.it.

43. Cfr. Guarnerio, 2018, 1439.

44. Sul tema, cfr. Marongiu, 2002, 6160 ss.; Marongiu, 2005, 5429; Carrasi, 2006, 1078 ss.; Marongiu, 2006, 1015 ss.

45. Cfr. Comm. Trib. Prov. Roma, sez. XXIII, 21.10.2002 n. 490, Dir. prat. trib., 2003, II, 285 ss.; Comm. Trib. Reg. Lombardia, sez. LXVII, 17.02.2003 n. 30, Boll. Trib. on–line; Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XXXIX, 29.05.2003 n. 218, Boll. trib. on–line; Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XXXIX, 29.05.2003 n. 258, Boll. trib. on–line; Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XXXIX, 29.05.2003 n. 259, Boll. trib. on–line; Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XXXIX, 29.05.2003 n. 262, Boll. trib. on–line; Comm. Trib. Prov. Palermo, sez. VII, 20.02.2004 n. 181, Boll. trib. on–line; Cass., sez. V, 06.09.2004 n. 17933, Dir. prat. trib., 2004, II, 1636. Sul tema, cfr. Picciaredda, 2006, 317 ss.

ri "non irreversibilmente fissati al suolo", tra cui erano comprese le turbine delle centrali idroelettriche, liberamente amovibili in quanto solo imbullonate alla superficie: tali componenti non integravano un elemento dell'unità immobiliare, ma rappresentavano, piuttosto, una componente del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività produttiva. La consistenza economica di tali elementi, anche se rilevante, si rifletteva solo sulla valutazione dell'azienda.

In realtà, utilizzando come elemento discretivo unicamente il metodo di fissaggio al suolo, si rischiava di pervenire a soluzioni antinomiche, come, ad esempio, quella di riconoscere carattere di bene mobile a costruzioni quali la *Tour Eiffel* ed i grattacieli, in quanto entità meramente imbullonate al suolo e scomponibili in singole porzioni di tralicci in acciaio[46].

Una differente ricostruzione[47], per contro, teneva conto del valore delle turbine, ai fini della determinazione della rendita, quantunque ancorate al suolo mediante imbullonatura ai cavalletti di turbina e, dunque, amovibili senza danno, assurgendo a componenti strutturali ed essenziali della centrale, non separabili senza una sostanziale alterazione del bene complesso.

In questa luce, le pale eoliche, i pannelli fotovoltaici e le turbine, pur rimanendo elementi oggettivamente distinti dall'immobile "centrale elettrica", in ragione della funzione svolta, presentavano una connessione strutturale con la stessa, assurgendo a componenti essenziali: pur in presenza di una potenziale mobilità, la destinazione di tali componenti ne comportava l'immobilità giuridica e la rilevanza ai fini della determinazione della rendita catastale dell'immobile "centrale elettrica", a cui le stesse erano strutturalmente connesse[48].

In altri termini, piuttosto che adottare come criterio di valutazione la separabilità o meno delle singole componenti, incorporate e solo imbullonate nella struttura muraria, secondo tale ricostruzione, si doveva tener conto unicamente della loro "inscindibilità funzionale", atteso che, senza le componenti poste a presidio delle varie fasi del ciclo produttivo, una centrale elettrica cesserebbe di essere tale o non potrebbe neppure esistere[49]. Inoltre, ragionando diversamente, non si compren-

46. Cfr. Nicolella, 2004, 6.

47. Cfr. Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XX, 16.01.2004 n. 48, Dir. prat. trib., 2004, II, 317 ss.; Comm. Trib. Prov. Savona, sez. III, 28.01.2004 n. 428, Dir. prat. trib., 2004, II, 330 ss.; Cass., sez. V, 17.11.2004 n. 21730, Giur. it. Mass., 2004; Cass., sez. V, 07.06.2006 n. 13319, Il fisco, 2006, 4099; Cass., sez. II, 14.06.2006 n. 13752, Giur. it. Mass., 2006; Cass., sez. V, 30.06.2006 n. 15192, Giur. it. Mass., 2006; Cass., sez. V, 21.07.2006 n. 16824, Il fisco, 2006, 5190; Cass., sez. V, 10.11.2006 n. 24064, Giur. it. Mass., 2006; Cass., sez. II, 21.11.2006 n. 24668, Giur. it. Mass., 2006; Cass. 10.04.2009 n. 8674, CED Cassazione; Cass. 09.11.2011 n. 23317, CED Cassazione. Inoltre, sul punto, cfr. Piciocchi, 2004, 337 ss.

48. Cfr. Gaggero, 2013, 270–271.

49. Cfr. Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XX, 16.01.2004 n. 48, Dir. prat. trib., 2004, II, 317; Cardillo, 2008, 508–509.

derebbe la necessità di procedere alla "stima diretta" dell'impianto produttivo, potendosi determinare la rendita sulla base del valore dei muri e del terreno[50].

Non può certo disconoscersi la rilevanza pratica, oltre che teorica, della questione, in considerazione dell'importanza assunta dalla rendita catastale nella determinazione dei tributi locali e dei redditi fondiari: ricomprendere il valore delle singole componenti impiantistiche (e, nel caso di specie, della "torre eolica") nel computo della rendita significa incrementare la stessa, creando un effetto impositivo eccessivo sulle attività produttive[51]; nel contempo, però, prescindere da esso, significa omettere la valutazione di entità suscettibili di incidere, in maniera specifica, sulla destinazione d'uso della centrale eolica[52].

Per risolvere la questione, il legislatore è intervenuto con una norma di interpretazione autentica[53] (art. 1–*quinquies*, d.l. 31 marzo 2005, n. 44)[54], che ha superato anche il vaglio di legittimità costituzionale[55], includendo, nel computo della rendita catastale, le "costruzioni stabili" connesse al suolo, anche in via tran-

50. Cfr. Cardillo, 2008, 508.

51. Cfr. Guarnerio, 2018, 1439; Del Vaglio, 2013b, 3286.

52. Cfr. Del Vaglio, 2013a, 1207.

53. Cfr. Cass., sez. V, 07.06.2006 n. 13319, Il fisco, 2006, 4099; Cass., sez. V, 21.07.2006 n. 16824, Il fisco, 2006, 5190.

54. La norma dispone che «ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, 2° comma, della l. 27 luglio 2000, n. 212, l'art. 4 del r.d.l. 13 aprile 1939, n. 652, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 1939, n. 1249, limitatamente alle centrali elettriche, si interpreta nel senso che i fabbricati e le costruzioni stabili sono costituiti dal suolo e dalle parti ad esso strutturalmente connesse, anche in via transitoria, cui possono accedere, mediante qualsiasi mezzo di unione, parti mobili allo scopo di realizzare un unico bene complesso. Pertanto, concorrono alla determinazione della rendita catastale, ai sensi dell'art. 10 del citato r.d.l., gli elementi costitutivi degli opifici e degli altri immobili costruiti per le speciali esigenze dell'attività industriale di cui al periodo precedente anche se fisicamente non incorporati al suolo». Sul tema, cfr. Salvini, 15 agosto 2005, 24; Amatucci, 2006, 1257 ss.

55. Cfr. C. Cost. 20.05.2008 n. 162, GT – Riv. giur. trib., 2008, 845 ss. con nota di Bodrito, che ha considerato non fondate le questioni di legittimità costituzionale della norma, relativa alla disciplina della «valutazione dei beni strumentali inseriti nell'immobile (come le turbine delle centrali elettriche) per la determinazione della rendita catastale, sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 53, 102, 104 e 108 Cost., sia nella parte in cui, avendo efficacia retroattiva, la norma violerebbe il principio di ragionevolezza, del diritto di difesa e delle attribuzioni del potere giudiziario, sia nella parte in cui tratterebbe in maniera disomogenea fattispecie sostanzialmente identiche senza alcun criterio apparente di ragionevolezza. L'unico effetto (del d.l. 31 marzo 2005, n. 44, art. 1–*quinquies*) è quello di considerare immobili le centrali elettriche, senza alcuna possibilità per il giudice di fornire una diversa interpretazione, ma non anche quello di escludere dal novero degli immobili per incorporazione le altre costruzioni pure se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. L'art. 1–*quinquies*, quindi, non ha creato un regime particolare per le centrali elettriche, ma, anzi, ha riportato le stesse nell'ambito della tipologia di beni cui sono state sempre accomunate, come, tra l'altro, gli altiforni, i carri–ponte, i grandi impianti di produzione di vapore, eliminando qualsiasi dubbio sorto sulla determinazione della rendita catastale delle stesse».

sitoria, attraverso qualsiasi mezzo di unione, al fine di realizzare un unico bene complesso, ivi compresi gli elementi mobili necessari alle esigenze dell'attività industriale[56].

In tal modo, il legislatore ha tentato di comporre i contrasti interpretativi innanzi delineati, elaborando il concetto di "bene immobile per incorporazione"[57] e dando prevalenza all'inscindibilità funzionale, piuttosto che all'amovibilità o inamovibilità del cespite[58].

Sennonché, le perplessità ermeneutiche, risolte dal legislatore del 2005, sono state in parte riproposte dalla legge di stabilità 2016 (art. 1, comma 21, della legge n. 208/2015), che, in un'ottica di *favor*, facendo sfoggio di una non eccellente tecnica di *drafting* legislativo, ha escluso dalla stima diretta tutti quei beni (macchinari, congegni, attrezzature ed altri impianti) direttamente funzionali allo specifico processo produttivo.

In questa ottica, da un lato, è stato ridotto l'eccessivo onere fiscale gravante sui fattori della produzione, che, in precedenza, a causa di un'imposizione spropositata sugli immobili, dovuta soprattutto ai tributi locali, aveva provocato un prelievo eccessivo sulle attività produttive, già provate dalla crisi economico–finanziaria; dall'altro, in considerazione del lessico legislativo ampio ed innominato, non si è fornita alcuna risposta alla problematica relativa alla rilevanza, ai fini della determinazione della rendita catastale, del valore della torre eolica.

5. In chiave sistematica, la novella ha avuto, comunque, il pregio di riconoscere natura immobiliare agli impianti fissati al suolo (c.d. imbullonati), assoggettandoli a tassazione su base catastale, ad eccezione delle entità funzionali al processo produttivo.

Nel nuovo regime risulta invertito, tuttavia, il procedimento logico di selezione, in quanto non viene più utilizzato un parametro di tipo accrescitivo (rientra nella rendita ciò che migliora la redditività del cespite), bensì un criterio per esclusione (non si tiene conto, ai fini della stima diretta, di tutte le entità prima incluse ma funzionali ad una specifica produzione, senza che assuma rilievo la natura fisica del bene in sé)[59].

Dunque, l'intervento del legislatore non ha ristretto la nozione civilistica di bene immobile, né ha inciso sul relativo accatastamento, essendosi limitato ad

56. Cfr. Guarnerio, 2018, 1445. Sulla portata dell'art. 1–*quinquies*, d.l. n. 44/2005, cfr. Cass. 21.07.2006 n. 16824, CED Cassazione; Gaggero, 2013, 270.

57. Cfr. Baruzzi, 2015, 452.

58. Cfr. Parente F., 2014, 839.

59. Cfr. Guarnerio, 2018, 1446.

escludere dalla stima diretta le componenti industriali direttamente collegate al processo produttivo, anche se comprese nel perimetro applicativo dell'art. 812 cod. civ.

In un'ottica di *favor*, il legislatore ha neutralizzato l'impatto sulle attività produttive dei tributi determinati su base catastale, facendo perdere rilevanza, in ambito tributario, alla questione concernente l'eventuale amovibilità del bene.

Ciò significa che, nell'attuale contesto normativo, non può essere attribuita alcuna rilevanza ai canoni di valutazione utilizzati durante la vigenza del precedente regime per determinare il reddito medio ordinario ritraibile dall'immobile, stante la natura novativa della nuova disciplina[60].

Pertanto, il legislatore, limitatamente alle categorie catastali incluse nei gruppi D ed E, dopo aver individuato in positivo ed in concreto quali entità rientrano tra i beni "immobili" (suolo, costruzioni ed altri elementi ad essi strutturalmente connessi), utilizza un criterio negativo, escludendo dalla determinazione della rendita le componenti funzionali al processo produttivo (macchinari, congegni, attrezzature ed impianti), a prescindere dalla loro fissità o solidità: è, così, confermato l'utilizzo di una tecnica legislativa "per esclusione"[61].

L'effetto di siffatto meccanismo è evidente: sotto l'egida della precedente normativa, il valore dei beni "imbullonati" era conteggiato ai fini della determinazione della rendita catastale degli immobili censiti nei gruppi D ed E, in quanto considerati a tutti gli effetti "beni immobili"; per il futuro, invece, il valore di tali beni deve essere escluso dalla rendita, ove gli stessi siano funzionali al processo produttivo[62].

Ciononostante, la prassi amministrativa ed i primi pronunciati della giurisprudenza di merito[63] sembrano aver minimizzato gli effetti innovativi apportati dalla legge di stabilità 2016, sposando posizioni non pienamente condivisibili e spesso fondate su precedenti giurisprudenziali temporalmente superati e non più pertinenti[64].

Difatti, l'amministrazione finanziaria[65], in una prima interpretazione, ha ripreso la precedente distinzione, all'interno della teoria dei beni, tra mobili ed immobili, ripartendo gli elementi che compongono l'entità immobiliare urbana

60. Cfr. Guarnerio, 2018, p. 1439–1440 e 1446.
61. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.
62. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.
63. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.
64. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440 e 1446.
65. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 01.02.2016 n. 2/E, www.agenziaentrate.gov.it, 4.

in quattro categorie: suolo[66]; costruzioni[67]; elementi strutturalmente connessi al suolo e alle costruzioni[68] in grado di accrescerne la qualità e l'utilità; componenti impiantistiche funzionali ad uno specifico processo produttivo. Il valore di queste ultime entità, per espressa previsione, è escluso dalla stima diretta.

Intervenendo sul punto, l'Agenzia delle Entrate[69] ha configurato come "componenti impiantistiche funzionali ad un processo produttivo", da escludere dalla stima, indipendentemente dalla loro rilevanza dimensionale, solo quelle che svolgono una specifica funzione, nell'ambito della produzione, e che siano tali da non conferire al bene immobile un'utilità comunque apprezzabile, anche in caso di modifica del ciclo produttivo.

In realtà, già prima della novella, le entità prive di utilità apprezzabile erano pacificamente escluse dalla stima diretta, non essendo espressione di ricchezza funzionale alla partecipazione alle spese pubbliche e non rientrando nel c.d. "capitale fondiario"[70].

Perciò, alla luce delle fonti, questa interpretazione non può essere condivisa, non solo per essere *praeter legem*, ma anche perché rischia di introdurre nel sistema un requisito ulteriore, non previsto dalla legge, per escludere dette componenti

66. Per suolo, l'Agenzia delle Entrate identifica la «porzione di terreno su cui ricade l'unità immobiliare, così come rappresentata negli elaborati grafici catastali, redatti nel rispetto delle disposizioni regolanti la materia. Esso è rappresentato, di norma, da aree coperte, sedime delle costruzioni costituenti l'unità immobiliare, e da aree scoperte, accessorie e pertinenziali».

67. Per costruzione, nell'ottica dell'Agenzia delle Entrate, si intende «qualsiasi opera edile avente i caratteri della solidità, della stabilità, della consistenza volumetrica, nonché della immobilizzazione al suolo, realizzata mediante qualunque mezzo di unione, e ciò indipendentemente dal materiale con cui tali opere sono realizzate».

68. Secondo l'Agenzia delle Entrate, si tratta delle componenti fissate al suolo o alle costruzioni con qualsiasi mezzo di unione, anche attraverso le sole strutture di sostegno, caratterizzate da un'utilità trasversale ed indipendente dal processo produttivo svolto all'interno dell'unità immobiliare (ad esempio impianti elettrici, idrico–sanitari, di areazione e di condizionamento, antincendio e di irrigazione). Nell'ottica dell'Agenzia, tali componenti conferiscono all'immobile una maggiore fruibilità, che incide sulla determinazione della rendita catastale. In realtà, come evidenzia giustamente Guarnerio, 2018, 1441, la posizione assunta dall'amministrazione finanziaria non può essere condivisa, in quanto, «se le affermazioni sono pienamente condivisibili nell'affermare quali siano i tratti distintivi dei beni che devono essere considerati "altri elementi" includibili nella stima del valore catastale, non si può affermare che non esistano beni dotati di quelle caratteristiche ma che, essendo direttamente impiegati nel processo produttivo, debbano esserne poi esclusi». Ne consegue che l'elenco esemplificativo fornito dalla circolare è privo di significato, poiché, ad esempio, «un impianto antincendio non può essere incluso a prescindere come indica la circolare: se è funzionale all'immobile (es. impianto antincendio di una palazzina uffici o abitativa) va incluso, ma se è funzionale all'impianto produttivo (impianto siderurgico, o, per assurdo, la turbina eolica) va escluso»; allo stesso modo «dovrebbero essere valutati gli impianti elettrici, quelli idrico–sanitari e di areazione».

69. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 01.02.2016 n. 2/E, www.agenziaentrate.gov.it, 5.

70. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.

dalla determinazione della rendita catastale. Per contro, nell'ottica dell'Agenzia delle Entrate, queste entità, oltre che funzionali alla produzione, devono essere tali da non conferire all'immobile un'utilità apprezzabile.

Inoltre, la tesi porta a sminuire la portata delle componenti impiantistiche, individuate solo per esclusione: beni diversi dal suolo, dalle costruzioni e dagli elementi ad essi strutturalmente connessi[71].

L'Agenzia delle Entrate[72], applicando il proprio orientamento agli impianti di produzione di energia elettrica, ha escluso dalla stima diretta tutte le entità funzionali al processo produttivo (caldaie, camere di combustione, turbine, pompe, generatori di vapore a recupero, alternatori, condensatori, compressori, valvole, silenziatori, sistemi di regolazione dei fluidi, trasformatori, aerogeneratori, comprensivi di rotori e navicelle, inverter e pannelli fotovoltaici), ad eccezione degli elementi integrati nella struttura e costituenti copertura o pareti di costruzioni[73].

Secondo l'amministrazione finanziaria[74], sarebbero da includere nella stima diretta, tra le altre componenti[75], anche le torri e, dunque, le "torri eoliche", trattandosi di mere entità immobiliari comprese nel novero delle "costruzioni", capaci di accrescere il valore venale del fondo su cui insistono, «il cui contributo economico prescinderebbe dallo svolgimento dello specifico processo produttivo di generazione di energia da fonte eolica»[76].

In questa prospettiva, la torre dell'impianto eolico assurgerebbe a mero supporto statico, fungibile ed impiegabile anche in usi diversi, presentando i caratteri di solidità, stabilità, consistenza volumetrica ed immobilizzazione al suolo[77].

In particolare, l'Agenzia delle Entrate[78], al fine di avallare il proprio convincimento, ha effettuato un parallelismo con i pali di sostegno degli impianti di telefonia mobile, richiamando l'art. 86, comma 3, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), nella formulazione risultante dalle modifiche

71. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.

72. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 01.02.2016 n. 2/E, www.agenziaentrate.gov.it, 5; Circ. Agenzia delle Entrate 13.06.2016 n. 27/E, www.agenziaentrate.gov.it, 5–6.

73. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.

74. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 01.02.2016 n. 2/E, www.agenziaentrate.gov.it, 4; Nota Agenzia delle Entrate 27.04.2016 n. 60244, www.agenziaentrate.gov.it, 4–5.

75. Secondo l'Agenzia delle Entrate, rientrano tra le "costruzioni" «i fabbricati, le tettoie, i pontili, le gallerie, le opere di fondazione e di supporto in genere, così come quelle di sbarramento, approvvigionamento, contenimento e restituzione di materiali solidi, liquidi e gassosi, quali le dighe e le opere di presa e di scarico delle acque, i canali, i serbatoi, le cisterne e le vasche, le torri, le ciminiere e i pozzi, che siano posti a monte e a valle dei processi produttivi svolti all'interno delle unità immobiliari in argomento».

76. Guarnerio, 2018, 1442.

77. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 13.06.2016 n. 27/E, www.agenziaentrate.gov.it, 5; Nota Agenzia delle Entrate 27.04.2016 n. 60244, www.agenziaentrate.gov.it, 5.

78. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 13.06.2016 n. 27/E, www.agenziaentrate.gov.it, 5.

apportate dall'art. 12, comma 2, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33. Per effetto di tale disposizione, "gli elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità e le altre infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli articoli 87 e 88, nonché le opere di infrastrutturazione per la realizzazione delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica in grado di fornire servizi di accesso a banda ultra larga, effettuate anche all'interno di edifici, da chiunque posseduti, non costituiscono unità immobiliari ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Ministro delle finanze 2 gennaio 1998, n. 28, e non rilevano ai fini della determinazione della rendita catastale".

Dunque, non si deve tener conto, nel computo della rendita, degli elementi di rete e delle infrastrutture realizzate per le installazioni di telefonia mobile disciplinate dalla predetta norma (ad esempio, tubature, piloni, cavidotti, pozzi di ispezione, pozzetti, centraline, edifici o accessi a edifici, installazioni di antenne, tralicci e pali)[79].

La visuale dell'amministrazione finanziaria, se può essere condivisa in ordine a quanto prospettato circa i pali di sostegno degli impianti di telefonia mobile, essendovi una norma che consente di avallare tale soluzione, non convince in relazione a quanto evidenziato circa la rilevanza catastale della torre eolica.

Difatti, ove la torre eolica sia di acciaio, si esclude che la stessa possa essere qualificata come "opera edile", compresa nell'ambito delle "costruzioni", in quanto, pur essendo fissata alla fondazione o al basamento, non ne costituisce un tutt'uno, mancando una vera e propria incorporazione al suolo; si tratta, piuttosto, di una mera componente impiantistica, dotata di autonomia funzionale e strutturale, asportabile e suscettibile di riutilizzo[80].

Anche l'amministrazione finanziaria, con un'apposita nota interpretativa[81], ha confermato che un'opera edile richiede una «condizione tecnico–fisica del bene che ordinariamente ne impedisce l'agevole rimozione (anche sotto l'aspetto della convenienza economica) senza alterare o distruggere il bene stesso o le altre componenti costituenti l'unità immobiliare».

In via astratta, si potrebbe sposare una diversa soluzione solo dimostrando che il palo di sostegno sia inscindibilmente connesso al basamento di calcestruzzo e non già montato sullo stesso[82].

Inoltre, a prescindere dal materiale con cui è costruita la torre eolica o dalla sua consistenza, l'argomento decisivo per escludere il valore della stessa dalla stima di-

79. Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 13.06.2016 n. 27/E, www.agenziaentrate.gov.it, 5.
80. Cfr. Guarnerio, 2018, 1445.
81. Cfr. Nota Agenzia delle Entrate 27.04.2016 n. 60244, www.agenziaentrate.gov.it, 2.
82. Cfr. Guarnerio, 2018, 1446.

retta si rinviene nella sua vocazione funzionale, inscindibilmente connessa a quella dell'impianto di produzione di energia elettrica, collocato al suo interno, in quanto ne costituisce una componente essenziale: torre, rotore e navicella sono entità legate da un vincolo di funzionalità, costituendo un unico bene (impianto di produzione), tant'è che spesso detti sostantivi vengono utilizzati come sinonimi per identificare l'impianto completo, atecnicamente definito "pala eolica" o "torre eolica"[83].

Il generatore eolico è una "macchina semplice", composta da un corpo rigido che ruota attorno ad un punto fisso, detto fulcro, e soggetta all'azione di due forze: la potenza, che sviluppa lavoro–motore e vince l'altra, denominata resistenza, che compie lavoro–resistente[84]; mentre sono quattro gli elementi essenziali che compongono l'impianto eolico: il fulcro rappresentato dalla torre di acciaio, la pala girevole, la potenza del vento e la resistenza del generatore; se viene meno uno di questi quattro elementi non si produce energia elettrica[85].

Pertanto, la torre eolica, di altezza variabile a seconda delle caratteristiche dell'impianto, non svolge una mera funzione passiva di supporto statico di una macchina soprastante, ma costituisce piuttosto una componente essenziale dell'intero impianto, in ragione della funzione attiva esplicata all'interno del processo produttivo, che consiste nel contrastare la forza impressa dal vento sulle pale, in modo da consentire a queste ultime di offrire la massima resistenza possibile e al generatore di sfruttare la potenza del vento al fine di produrre energia elettrica. La funzione di contrasto è prevalente rispetto a quella statica di sostegno ed è direttamente proporzionale alla potenza dell'impianto[86].

In termini di rendimento, la produttività dell'impianto eolico è strettamente connessa all'altezza, alle dimensioni ed alla forma della torre di acciaio[87]. Difatti, la torre è unicamente funzionale allo specifico processo produttivo dell'aerogeneratore di cui è componente; più in particolare, in tale contesto, essa svolge le seguenti funzioni: collocare e sostenere ad una determinata altezza ed in idonea posizione le altre due componenti dell'aerogeneratore (rotore e navicella); favorire l'accesso, l'ispezione e la manutenzione del gruppo di generazione; contenere i cavi che trasportano l'energia elettrica prodotta; assorbire le vibrazioni e le sollecitazioni

83. Cfr. Guarnerio, 2018, 1442 e 1446.

84. Cfr. Guarnerio, 2018, 1442.

85. Cfr. Guarnerio, 2018, 1442.

86. Cfr. Guarnerio, 2018, 1442–1443, il quale, a sostegno di quanto sostenuto, fa l'esempio di una «torre di gomma, estremamente flessibile ma in grado di sostenere il peso del rotore e della navicella»: essa, al primo alito di vento, «fletterebbe sotto la forza trasmessa dalle pale (il "Momento Torcente") fino a coricarsi sul terreno, ed il rotore non si muoverebbe più».

87. Cfr. Guarnerio, 2018, 1443.

provenienti dal rotore, evitando che le stesse vadano a scaricarsi eccessivamente sul basamento

Peraltro, se fosse vero quanto sostenuto dalla prassi amministrativa, un terreno su cui insiste una torre eolica priva di aerogeneratore dovrebbe avere un valore superiore a quello del medesimo terreno sgombro: è vero esattamente il contrario, tenuto conto dell'inutilità della costruzione, che non potrà avere una destinazione differente da quella di supporto dell'intero impianto eolico, e dei costi di abbattimento, smaltimento dei rifiuti e ripristino, che si renderanno necessari per la futura utilizzazione del fondo[88].

Né, tantomeno, è possibile includere la torre eolica tra gli «elementi strutturalmente connessi al suolo o alle costruzioni che ne accrescono la qualità e l'utilità», attribuendo alla stessa, pur se priva di aerogeneratore, un'utilità trasversale ed indipendente dal processo produttivo svolto al suo interno o tale da conferire al suolo sul quale insiste maggiore fruibilità ed apprezzabilità da parte di una generalità di utilizzatori, tale da incidere sul reddito potenzialmente ritraibile dalla locazione dell'immobile e, dunque, sulla rendita catastale[89].

Come si è avuto modo di precisare[90], la legge di stabilità 2016, ai fini dell'esclusione di determinate categorie di beni dalla rendita, tiene conto della sola funzionalità svolta nell'ambito del processo produttivo, senza attribuire rilevanza alla mancanza di utilità apprezzabile conferita all'immobile o al grado di immobilità e di consistenza: per effetto della nuova disciplina, anche un elemento strutturalmente connesso al suolo o alla costruzione, idoneo ad accrescerne la qualità o l'utilità, è escluso dalla stima diretta, laddove funzionale alla produzione[91]. Nel contempo, ai fini della determinazione della rendita, dovrà tenersi conto delle stesse entità, qualora non funzionali al processo produttivo.

Per concludere, le componenti che la novella esclude dalla stima diretta non costituiscono una categoria autonoma rispetto al suolo, alle costruzioni e agli elementi ad essi connessi, entità il cui valore rileva ai fini del calcolo della rendita, trattandosi, invece, di un'enucleazione a carattere trasversale, suscettibile di comprendere sia le costruzioni che gli elementi strutturalmente uniti al suolo e alle costruzioni, capaci di accrescerne qualità ed utilità: il valore di tali beni è escluso dalla rendita «se e nella misura in cui la loro funzione è direttamente connessa col processo produttivo»[92].

88. Cfr. Guarnerio, 2018, 1442.
89. Cfr. Guarnerio, 2018, 1442.
90. V. *supra* § 3.
91. Cfr. Guarnerio, 2018, 1440.
92. Guarnerio, 2018, 1441.

6. Alla soluzione restrittiva, fatta propria dall'amministrazione finanziaria, ha aderito, sia pure sulla base di ulteriori argomenti, anche una recente giurisprudenza di merito[93], alla quale non può prestarsi adesione atteso che la stessa ha richiamato, a proprio fondamento, precedenti della Suprema Corte, orientamenti della prassi amministrativa e riferimenti normativi riferiti ad un periodo anteriore alle innovazioni apportate dalla legge di stabilità del 2016 e, dunque, anacronistici e non più pertinenti.

In particolare, tale giurisprudenza di merito[94] ha ripreso l'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità[95], che, combinando la normativa fiscale con quella civilistica, ha inglobato tra gli elementi idonei a descrivere l'unità immobiliare e ad incidere sulla determinazione della rendita tutte le componenti che contribuiscono ad assicurare, in via ordinaria, un'autonomia funzionale e reddituale stabile.

La conclusione, condivisibile sotto la vigenza del vecchio regime, appare superata dalla recente novella che ha rescisso il nesso tra la disciplina fiscale e quella civilistica, sovvertendo il precedente approccio: come si è avuto modo di precisare[96], attualmente non è più necessario valutare in quale misura il bene partecipa alla redditività e alla fruibilità dell'immobile, essendo già scontato che vi concorra, altrimenti non avrebbe senso ragionare "per esclusione"; piuttosto, al fine di determinare la rendita catastale, occorre valutare quanto tale bene, civilisticamente ricompreso tra gli immobili, possa essere direttamente funzionale alla produzione, in modo da essere escluso dalla rendita[97].

La stessa giurisprudenza di merito[98] ha richiamato la legge di stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190) e la Circolare n. 6/E del 30 novembre 2012, adottata dall'Agenzia delle Entrate, che, «per evidenti ragioni temporali», nulla «possono aver detto sulla novità introdotta con effetto dal 2016»[99].

In realtà, l'unico atto temporalmente pertinente, richiamato da tale pronunciato giurisprudenziale[100], è costituito dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/E/2016, poc'anzi analizzata, di cui il medesimo giudice condivide gli argomenti che contribuiscono a fondare il proprio convincimento[101].

93. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.
94. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.
95. Cfr. Cass., sez. VI, 18.02.2005 n. 3166, http://www.gazzettanotarile.com.
96. V. *supra* § 5.
97. Cfr. Guarnerio, 2018, 1444.
98. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.
99. Guarnerio, 2018, 1444.
100. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.
101. Cfr. Guarnerio, 2018, 1444.

Tale giurisprudenza di merito[102] rievoca il principio di diritto espresso in tre sentenze coeve della Suprema Corte[103], che, intervenendo sul tema, hanno compreso i parchi eolici tra gli immobili a destinazione speciale, accatastabili nel gruppo D e precisamente nella categoria D/1, quali opifici, affermando la necessità di tener conto del valore delle pale eoliche, ai fini della determinazione della rendita, al pari delle turbine di una centrale idroelettrica, in quanto anch'esse, pur essendo girevoli ed amovibili, costituiscono una componente strutturale ed essenziale della centrale, con l'effetto che "questa senza quelle non potrebbe più essere qualificata tale, restando diminuita nella sua funzione complessiva ed unitaria ed incompleta nella sua struttura". In questa visuale, il complesso torre/pala eolica viene inteso in maniera unitaria, essendo le due locuzioni utilizzate come sinonimi.

Anche questo richiamo non sembra appropriato, né sul piano temporale, in quanto fa riferimento ad una normativa oramai superata, che non prevedeva alcuna "esclusione" dal computo della rendita e che si rifaceva, quale unico parametro di valutazione, alla natura immobiliare del cespite, né su quello logico, consentendo, piuttosto, di pervenire ad una conclusione opposta a quella prospettata dal giudice di merito, che, nel tentativo «di rafforzare le proprie motivazioni, ne evidenzia ulteriormente la fallacità»[104].

Difatti, l'orientamento richiamato considera la "pala eolica", espressione presumibilmente riferita al complesso costituito da pala, navicella e torre, come componente strutturale ed essenziale che assolve ad una funzione complessiva ed unitaria della centrale produttiva, al pari della turbina della centrale idroelettrica, componente strutturale ed essenziale dell'impianto idroelettrico: ebbene, se prima della novella il valore complessivo della pala eolica (o torre eolica) rientrava nel computo della rendita, trattandosi di elemento essenziale per la produzione dell'energia elettrica, a seguito delle innovazioni apportate dalla legge di stabilità 2016, volte ad escludere dalla rendita i beni che presentano un nesso diretto con la produzione, rientrando la torre di acciaio, oltre alla pala e alla navicella, tra le componenti funzionali allo specifico processo produttivo, di essa non si deve tener conto ai fini della stima diretta.

In altri termini, non si comprende come tale giurisprudenza di merito[105] sia pervenuta alla soluzione di computare il valore della torre di acciaio nella rendita catastale, escludendo che la stessa sia partecipe del processo produttivo, sulla base

102. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.

103. Cfr. Cass. 14.03.2012 n. 4028, CED Cassazione; Cass. 14.03.2012 n. 4029, CED Cassazione; Cass., sez. V, 14.03.2012 n. 4030, Dir. prat. trib., 2, 2013, 258.

104. Guarnerio, 2018, 1444–1445.

105. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.

di quel precedente giurisprudenziale che attestava, invece, l'inscindibilità funzionale di tutta la centrale di produzione di energia elettrica[106].

Infine, anche nell'ipotesi in cui la torre di acciaio fosse strutturalmente connessa al suolo, attraverso un basamento di calcestruzzo, mancherebbe l'ulteriore condizione dell'idoneità di tale elemento a fornire un'utilità trasversale ed indipendente dal processo produttivo svolto all'interno dell'unità immobiliare, atteso che la torre, se privata della funzione sua propria (consentire all'aerogeneratore di funzionare ad una quota altitudinale ottimale), difetterebbe di ogni ulteriore utilità correlata all'immobile su cui insiste: cessata la funzione di produzione di energia elettrica, la torre eolica potrebbe al più essere utilizzata per un nuovo impianto eolico ovvero essere rimossa, risultando insuscettibile di una diversa utilizzazione; in caso di mancata rimozione, la torre potrebbe addirittura incidere negativamente sul valore del fondo su cui insiste in vista dei costi necessari al suo smaltimento[107].

Ne consegue che la torre di acciaio di un impianto eolico ormai in disuso non può costituire un elemento positivo di reddito per il terreno, non apportando allo stesso alcuna utilità, ma solo oneri[108].

Questa conclusione vale anche per l'ipotesi in cui la torre eolica sia costruita in calcestruzzo in modo da formare un tutt'uno con il suolo che ne fa da sedime, essendovi la medesima partecipazione al processo produttivo e non fornendo da sola alcuna utilità all'immobile. In tal caso, è irrilevante se al momento della rimozione la torre possa essere recuperata ovvero debba essere distrutta (anzi, i costi di rimozione sarebbero presumibilmente più elevati in quanto la torre non è smontabile)[109].

A confermare la valenza della soluzione qui sostenuta, è possibile richiamare due sentenze, adottate dalla Commissione Tributaria Provinciale di Isernia[110], quasi coeve alla giurisprudenza di merito citata[111], che, alla luce della normativa in vigore e tenuto conto della stretta correlazione tra torre eolica e processo produttivo, hanno correttamente escluso dalla stima diretta il valore di questa componente impiantistica.

106. Cfr. Guarnerio, 2018, 1445.

107. Cfr. Guarnerio, 2018, 1446.

108. Cfr. Guarnerio, 2018, 1446.

109. Cfr. Guarnerio, 2018, 1446.

110. Cfr. Comm. Trib. Prov. Isernia 31.10.2017 n. 198/1/17, Fisconline; Comm. Trib. Prov. Isernia 27.11.2017 n. 275/1/17, Fisconline.

111. Cfr. Comm. Trib. Prov. Matera, sez. I, 12.12.2017 n. 368, Il fisco, n. 2/2018, 198.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amatucci F. (2006). La legittimità costituzionale del sistema di determinazione della rendita catastale dei fabbricati posseduti da imprese ai fini Ici. *Dir. prat. trib.*, 6, I, p. 1257 ss.

Aulenta M. (2016). Flessi inter–istituzionali nelle riforme del catasto. *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 3, p. 364 ss.

Baruzzi S. (2015). Novità per la rendita catastale degli immobili speciali. *Consulente immobiliare*, 971, p. 448 ss.

Bodrito A. (2008). Tutte le componenti di un opificio che ne assicurano l'autonomia funzionale e reddituale influenzano la quantificazione della rendita catastale. *GT – Riv. giur. trib.*, p. 845 ss.

Bonardi G. – Patrignani C. (2004). I macchinari sono esclusi dal calcolo della rendita catastale dei fabbricati industriali. *Il fisco*, p. 2385 ss.

Buccico C. (2008). *Il catasto. Profili procedimentali e processuali*. Napoli: Jovene.

Busani A. (2011a). Anche l'Agenzia delle Entrate conferma la natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico. *Corr. trib.*, p. 1423 ss.

Busani A. (2011b). Ma ... la TOUR Eiffel è un bene mobile? (Riflessioni sulla natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico). *Notariato*, p. 305 ss.

Campanile T. – Crivellari F. – Genghini L. (2011). *I diritti reali*. Padova: Cedam.

Cardillo M. (2008). Gli impianti eolici nel sistema dell'imposta comunale sugli immobili. *Giust. trib.*, 3, p. 507 ss.

Carrasi E. (2006). La rendita catastale delle centrali elettriche può legittimamente tenere conto del valore delle turbine? *GT – Riv. giur. trib.*, 12, p. 1078 ss.

Chiarello A. (2015). La questione sui cc.dd. macchinari imbullonati trova una soluzione legislativa che influisce sul contenzioso pendente. *Azienditalia – Fin. e Trib.*, 2, p. 127 ss.

Chirichigno S. (2015). La legge di stabilità codifica le regole di accatastamento delle unità immobiliari a destinazione speciale. *Corr. trib.*, 12, p. 933 ss.

Chirichigno S. – Cirimbilla V. (2010). L'assimilazione degli impianti fotovoltaici agli opifici. *Corr. trib.*, p. 799 ss.

Corradin C. (2010). Regime Ici degli impianti fotovoltaici. *Il fisco*, p. 5658 ss.

De Girolamo D. (2010). L'ICI sui parchi fotovoltaici G. Bonardi – C. Patrignani (a cura di), *Energie alternative e rinnovabili*. Milano: IPSOA.

Del Vaglio M. (2009). La categoria catastale attribuibile alle centrali eoliche. *GT – Riv. giur. trib.*, 10, p. 918 ss.

Del Vaglio M. (2012a). I parchi eolici devono essere accatastati come le centrali elettriche. *Corr. trib.*, 29, p. 2269 ss.

Del Vaglio M. (2012b). Escluso il classamento autonomo per i pannelli fotovoltaici destinati al servizio di un immobile. *GT – Riv. giur. trib.*, p. 884 ss.

Del Vaglio M. (2013a). Valutazione di impianti e macchinari per la corretta determinazione della rendita catastale degli opifici. *Corr. trib.*, 15, p. 1210 ss.

Del Vaglio M. (2013b). L'iniqua tassazione ICI/IMU aggrava la crisi delle centrali elettriche. *Corr. trib.*, 41, p. 3286 ss.

Del Vaglio M. (2015). La rilevanza catastale di impianti e macchinari imbullonati. *Corr. trib.*, 4, p. 271 ss.

Elia A. (2009). Ancora dubbi sulla definizione fiscale della centrale elettrica alimentata con fonti rinnovabili. *Dir. prat. trib.*, II, p. 1201 ss.

Francesca M. (2012). Gli impianti eolici. Iscrizione in catasto e tassazione IMP. *https://www.odcec.mi.it/docs/default-source/materiale-convegni/Michele_Francesca-IMPIANTI-EOLICI-CATASTO-IMP.pdf?sfvrsn=0*, p. 6 ss.

Gaggero A. (2013). Categoria catastale dei parchi eolici ed elementi da computare nella determinazione della relativa rendita. *Dir. prat. trib.*, 2, p. 258 ss.

Galante A. (2015). Parchi eolici: classamento catastale, base imponibile e sanzioni. *Azienditalia – Fin. e Trib.*, 5, p. 408 ss.

Gavioli F. (2015). La rendita catastale di un impianto eolico. *Azienditalia – Fin. e trib.*, 1, p. 36 ss.

Grippo E. – Manca F. (2008). *Manuale breve di diritto dell'energia*. Padova: Cedam.

Guarnerio G. (2018). Valenza catastale delle costruzioni-impianto: il caso delle torri eoliche. *Il fisco*, 15, p. 1439 ss.

Guidi F. – Duranti P. (2014). Pannelli fotovoltaici: aspetti fiscali e catastali. *Consulente Immobiliare*, 947, p. 351 ss.

Iovine A. (2014). *La riforma del catasto fabbricati*. Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli.

Iovine A. (19 dicembre 2014). Macchinari, stop minimo alla patrimoniale. *Il Sole 24-Ore*, p. 42.

Lamberti C. (2004). La rendita catastale degli immobili a destinazione speciale. *Corr. trib.*, 23, p. 1836 ss.

Liotti G. (2014). La qualificazione degli impianti fotovoltaici: profili catastali, urbanistici e soluzioni operative. *Notariato*, p. 248 ss.

Marongiu G. (2002). Centrali elettriche: opifici o capannoni? *Il fisco*, 39, 1, p. 6160 ss.

Marongiu G. (2005). La rendita catastale delle centrali elettriche. *Il fisco*, 35, 1, p. 5429 ss.

Marongiu G. (2006). Le centrali elettriche e l'imposta comunale sugli immobili. *Dir. prat. trib.*, II, p. 1015 ss.

Mirto P. (2010). Ici e impianti alimentati da fonti rinnovabili. *Aziendaitalia – Fin e trib.*, p. 465 ss.

Nicolai I. – Patrignani C. – Tomassetti C. (2012). Riflessioni in tema di impianti eolici. *Boll. trib.*, 17, p. 1210 ss.

Nicolella A. (2004). Attribuzione della rendita catastale alle centrali elettriche. *http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/siteb660.html?page=20041026120536497&edition=2010-02-01*, p. 1 ss.

Pacieri A. – Trutalli F. (2009). L'assoggettabilità ad ICI delle centrali fotovoltaiche. *Corr. trib.*, p. 1803 ss.

Parente F. (2014). Il riaccatastamento e le controversie catastali: problematiche attuali. *Riv. not.*, 4, p. 839 ss.

Parente S.A. (2014). Luci ed ombre nella delega fiscale sulla riforma del catasto. *Annali del Dipartimento Jonico in "Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture" – Università degli Studi di Bari "Aldo Moro,* 2014, pubblicato su *www.annalidipartimentojonico.org*, p. 331 ss.

Penati R. – S. Schiatti S. (2010). L'attribuzione della categoria catastale "E" agli impianti eolici in G. Bonardi – C. Patrignani (a cura di), *Energie alternative e rinnovabili*. Milano: IPSOA.

Picciaredda F. (2006). La determinazione della rendita catastale delle centrali elettriche tra contrasti giurisprudenziali e leggi di interpretazione autentica. *Riv. dir. trib.*, 4, 3, p. 317 ss.

Piccolo A. (2012). Le pale eoliche vanno accatastale come «D/1». *www.ilsole24ore.com/art/impresa-e-territori/2012-04-30/pale-eoliche-vanno-accatastate-064342.shtml?uuid=AbCj6WVF*.

Piciocchi P. (2004). Rettifica delle rendite catastali delle centrali elettriche problematiche sostanziali e processuali correlate. *Dir. prat. trib.*, II, p. 337 ss.

Repetto M. (2010). L'evoluzione tecnologica e i suoi effetti sulla valutazione dei sistemi per la produzione dell'energia elettrica in G. Bonardi – C. Patrignani (a cura di), *Energie alternative e rinnovabili*. Milano: IPSOA.

Salanitro G. (2003). *Profili sostanziali e processuali dell'accertamento catastale*. Milano: Giuffrè.

Salvini L. (15 agosto 2005). Il fisco inciampa sulla rendita delle turbine. *Il Sole 24 Ore*, p. 24.

Terranova P. (2001). Analisi del procedimento "a costo e sito" usualmente adoperato in catasto per la determinazione degli estimi delle categorie speciali. *Riv. Agenzia Terr.*, 2, p. 79 ss.

Varini S. – Pannella F. (2010). Natura dell'impianto fotovoltaico ai fini civilistici e fiscali. *Azienda & Fisco*, p. 5 ss.

Vasapolli A. – Vasapolli G. (2010). L'ammortamento degli impianti fotovoltaici e delle centrali elettriche. *Bil. e redd. impresa*, p. 7 ss.

Uricchio A. – Parente S.A. – Cartanese G.M. (2014). La riforma del catasto nella nuova legge delega di riforma del sistema fiscale. *Gazzetta Forense*, 6, p. 178 ss.

Zanelli P. (2014). Prime note sulla riforma in itinere del catasto. *Vita not.*, 3, p. 1469 ss.

FRANCESCO PERCHINUNNO

L'AUTODICHIA: PARAMETRI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E GARANZIE GIURISDIZIONALI*

ABSTRACT

Con il termine "autodichia" si intende la prerogativa riconosciuta agli organi costituzionali di decidere le controversie concernenti le proprie vicende interne, sottraendole al sindacato del Giudice comune. L'orientamento giurisprudenziale offerto dalla Corte costituzionale in tema di autodichia ne ha determinato un inquadramento di singolare portata, quale espressione di una giurisdizione "domestica" che non si pone in distonia con il dettato costituzionale.

With the term "autodichia" we mean the prerogative of constitutional organs to decide about controversies relatively to own events avoiting the opinion by the ordinary judge. The position offered by costitutional Court about autodichia provides a singular assessment such us expresssion of internal judgment without confllits with the constitutional rules.

PAROLE CHIAVE

Autodichia / giurisdizione domestica / Corte costituzionale

Autodichia / domestic jurisdiction / Constitutional Court

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo: l'autodichia delle Camere. – 3. Il fondamento della giurisdizione domestica della Presidenza della Repubblica e della Consulta. – 4. L'articolato percorso della giurisprudenza costituzionale. – 5. Il recente orientamento della Consulta: l'agognata decisione e gli effetti della sentenza n.262/2017. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Tra i temi più dibattuti dalla dottrina costituzionalistica, particolare interesse ha da sempre suscitato quello concernente la compatibilità dei sistemi di giustizia domestica, con i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale. La definizione di "autodichia", intesa come il potere conferito ad alcuni organi supremi dello Stato di giudicare, presso di sé, i ricorsi presentati avverso gli atti d'ammini-

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

strazione da essi medesimi posti in essere, in deroga alle norme che disciplinano, in via generale, le competenze degli organi giurisdizionali, già di per sé svela le ragioni della disputa e dell'antinomia insita nella stessa etimologia del termine[1].

Il punto di maggior criticità si sostanzia in una sorta di menomazione o turbativa del potere giurisdizionale e nel fatto che l'organo decidente non potrebbe, per definizione, essere giudice di se stesso e la sua attività, pertanto, non potrebbe assumere la configurazione tipica di quella giurisdizionale; peraltro il campo di estensione di tale peculiare attività, anche denominata "giurisdizione domestica" è riconosciuta, nel vigente ordinamento italiano, ad organi costituzionali di massimo rilievo, come le Camere del Parlamento, la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica[2].

Come si è fatto cenno in premessa, proprio dal dettato normativo costituzionale sono stati ricavati alcuni tra i pretesi limiti ostativi in ordine alla legittimità costituzionale di tale forma di giurisdizione, considerando come valori essenziali, per l'esercizio della funzione giurisdizionale e per l'esistenza stessa di un giudice, la sua imparzialità e indipendenza (artt. 104 co. 1 e 111, co. 2, Cost.); per la Consulta, tali limiti potrebbero assumere un peso specifico maggiore, attesa la sua particolare configurazione di organo "giudicante" che caratterizza tutte le sue diversificate funzioni, nel pieno ossequio dei principi che regolano l'attività degli organi giurisdizionali di cui al titolo IV della stessa Carta costituzionale[3].

Occorre rimarcare la differenza inerente l'oggetto principale dell'esercizio di tale potere di risoluzione delle controversie che, nel caso della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica riguarda tutti gli aspetti del rapporto di impiego con i propri dipendenti o con gli aspiranti tali – ossia a coloro che partecipano alle

1. *Autodichia* è un termine che deriva dal greco: αὐτός autós, "stesso" e δίκη díkē, "giustizia", con cui si definisce la potestà di auto–giurisdizione di alcuni organi costituzionali, altrimenti detta "giustizia domestica. Il termine autodichia non riconosciuto espressamente nel dettato costituzionale, può essere definito come il potere attribuito agli organi costituzionali di esercitare la funzione decisoria relativamente a particolari tipologie di controversie attinenti all'esercizio delle proprie funzioni; una sorta di "auto–giurisdizione" che consente agli organi di decidere direttamente controversie attinenti all'esercizio delle proprie funzioni, senza che organismi giurisdizionali esterni siano abilitati ad esercitare qualsivoglia tipologia di sindacato o di controllo.

2. La giurisdizione domestica non estende i propri effetti al Governo, mentre in passato ne beneficiava la Corte dei conti (Regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, artt. 3, co.1, 13 e 65; legge 21 marzo 1953, n. 161, art. 2, co.1, abrogati dall'art. 12 della legge 6 agosto 1984, n. 425).

3. Si pensi alla struttura dei provvedimenti giurisdizionali resi dalla Corte, alle regole e ai tempi che scandiscono i singoli processi costituzionali. Ed ancora alla rigorosa applicazione che la Consulta ha saputo garantire dopo la riforma dell'art. 111 Cost. (L. cost. 23 novembre 1999 n.2, in G.U. n. 300 del 23–12–1999) che ha elevato al rango di precetti costituzionali principi già riconosciuti nei codici di rito, tra cui il principio del contraddittorio. Sia consentito, sul punto, il rinvio a Perchinunno, 2005, nonché a Perchinunno, 2009, 371 ss.

procedure concorsuali per accedere ai ruoli delle amministrazioni istituite presso di esse – mentre nel caso delle Camere, tale giurisdizione comprende anche altre fattispecie, tra le quali la più rilevante, è quella afferente alla cognizione delle controversie insorte sulle procedure ad evidenza pubblica, indette dalle rispettive amministrazioni[4].

Un altro parametro di differenziazione tra le suindicate espressioni di giurisdizione domestica, può individuarsi nelle fonti che hanno attribuito tale prerogativa alla Corte costituzionale, alle Camere e al Presidente della Repubblica atteso che, alla prima essa è stata attribuita con legge ordinaria, mentre il fondamento del suo esercizio da parte delle Camere rinviene da norme regolamentari dalle stesse emanate in virtù della potestà loro riconosciuta, *in primis* dagli artt. 64, co. 1 e 66 Cost. e, infine, al Presidente della Repubblica è stata estesa a seguito di un laborioso percorso argomentativo, spesso oscillante, caratterizzato da decreti presidenziali, prassi giurisprudenziale offerta dalla Suprema Corte e dal Consiglio di Stato e dall'apporto interpretativo conferito dalla Consulta[5].

Il dettato costituzionale prevede, oltre all'accennata competenza di organi giurisdizionali interni a giudicare – in via esclusiva e definitiva – i ricorsi dei dipendenti delle Camere avverso atti o provvedimenti adottati dalle rispettive amministrazioni, anche l'attribuzione alle Camere del potere di verifica della legittimità dei titoli di ammissione dei propri componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità, secondo quanto previsto dall'art. 66 Cost., compiti

4. Per la Camera dei Deputati, l'estensione della portata di cui all'art. 12 del Regolamento del 16 dicembre 1998 a tutti gli atti d'amministrazione operata con la successiva deliberazione dell'Ufficio di Presidenza n.155 del 1999 istitutiva del "Regolamento per la tutela giurisdizionale agli atti di amministrazione della Camera dei Deputati non concernente i dipendenti"; mentre per il Senato della Repubblica, tale estensione è avvenuta con deliberazione del Consiglio di Presidenza n.180 del 2005.

5. La fonte di attribuzione di tale potere alla Consulta, ha trovato espressa previsione nella L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 14, co. 3, come sostituito dall'art. 4 della legge 18 marzo 1958, n. 265 ed in particolare nella lettera delle precitate norme secondo cui "La Corte è competente in via esclusiva a giudicare sui ricorsi dei suoi dipendenti". Per quel che concerne la Presidenza della Repubblica, al di là dell'apporto giurisprudenziale cui si dirà (v. nota 9), occorre rinviare al decreto presidenziale n.81 del 1996, integrato dal decreto presidenziale n.89 del 1996 e modificato dal decreto presidenziale n.34 del 2008, pur essendo doveroso richiamare il *decisum* a S.S.U.U. della Corte di cassazione (17 marzo 2010, n. 6529) che ne ha fornito concreto avallo. Quanto, poi, alle Camere, occorre far riferimento al precitato art.12, co.3, Reg. Cam. e, in via indiretta, all'art.12, co. 1, Reg. Sen. che non contempla espressamente l'autodichia, ma prevede che tra le attribuzioni del Consiglio di Presidenza in materia di autorganizzazione del Senato sia compresa la potestà di adozione dei regolamenti interni, tra cui quello sulla giurisdizione domestica, derivante dal testo coordinato approvato dalla delibera del Consiglio di Presidenza del 18 dicembre 1987 e successive modificazioni, attualmente contenuto nel Testo unico delle norme regolamentari dell'Amministrazione riguardanti il personale del Senato della Repubblica. La Camera dei Deputati ha invece un apposito Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti approvato dall'Ufficio di Presidenza della Camera il 28 aprile 1988, con successive modifiche.

affidati alla Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari del Senato della Repubblica e alla Giunta delle elezioni della Camera dei deputati. Contrariamente alla previsione di cui all'art. 66 Cost., la giurisdizione affidata alle Camere in materia di controversie di lavoro dei propri dipendenti, non ha un esplicito e diretto fondamento costituzionale, ma ha una particolare natura derivata, traendo origine da fonti sub–primarie[6].

Come accennato, l'istituto in questione è stato più volte oggetto di accesi dibattiti nel corso dei quali la dottrina, sottolineando le remote origini storiche, ha mosso rilievi problematici in termini di sopravvivenza nel nuovo assetto costituzionale, così anticipando, talvolta, le reiterate questioni di legittimità costituzionale che, tra gli anni '70 e '80, indussero la Consulta alle molteplici declaratorie di inammissibilità dei ricorsi ad essa indirizzati[7]. Tra le più significative e ricorrenti ragioni sottese alle censure di costituzionalità sottoposte al giudizio della Corte, particolare rilievo è stato attribuito alla tesi secondo cui l'autodichia determini la sottrazione alla giurisdizione ordinaria o amministrativa delle situazioni giuridiche soggettive discendenti dal rapporto di impiego con i suindicati organi costituzionali. A tal riguardo, le singole censure si sono ancorate a parametri costituzionali che, partendo dal singolo principio riconosciuto dalla Carta costituzionale, hanno esteso i propri effetti a principi generali posti a fondamento dello stato di diritto e dell'ordinamento costituzionale, nell'intento di porre in evidenza le anomalie ed illegittimità integrate dalla giurisdizione domestica.

2. Per la trattazione, sia pur in un quadro di sintesi, dei profili correlati alle singole aree di applicazione della giurisdizione domestica, occorre prendere le mosse da una disamina differenziata tra i vari organi costituzionali interessati e, in tal senso, valgano le considerazioni già esposte in premessa, in ordine alla diversa natura e al diverso quadro normativo che, conferendone legittimità, ne caratterizza l'attuazione e, di conseguenza, il diverso approccio interpretativo.

L'autodichia delle Camere è un fenomeno "multiforme", estendendo i propri effetti nella prerogativa delle Camere di giudicare sui titoli di ammissione dei loro membri e sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità (art. 66

6. L'attribuzione di tale facoltà rinviene come esercizio dell'autonomia normativa che ha fondamento costituzionale (secondo la previsione del citato art. 64, co.1 Cost.). Si tratta di una forma di autodichia che per il carattere "derivato" delle fonti che ne legittimano l'attribuzione di potere, si è ritenuto di collocarla ad un livello inferiore rispetto all'autodichia di cui alla previsione dell'art. 64 Cost.

7. Cfr. C. cost., sentenze nn. 66 del 1964, 1 del 1967, 129 del 1981, 154 del 1985, 288 del 1987, Ord. n. 209 del 1989, sent. n.189 del 1992, n. 113 del 1993, n.220 del 1994, tutte in www.giurcost.org.

Cost.), in materia di insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari (art. 68 Cost.) e nel potere conferito alle Camere di regolare le liti insorgenti dall'applicazione dei loro Regolamenti, sia nei confronti degli stessi componenti, sia che scaturiscano su iniziativa dei dipendenti dell'organo parlamentare (art. 64 Cost.). Com'è noto, ai regolamenti che disciplinano l'organizzazione e il procedimento legislativo denominati "maggiori" si affiancano i regolamenti c.d. "minori" che afferiscono ai profili di carattere secondario dell'attività parlamentare, tra i quali si collocano, per l'appunto, i regolamenti che disciplinano i rapporti di lavoro all'interno delle Camere e le procedure di risoluzione delle eventuali controversie con i propri dipendenti[8].

Il richiamato quadro di sintesi, ha subito una peculiare trasformazione a seguito dell'estensione, della prerogativa, anche alle controversie relative ai partecipanti ai concorsi pubblici per le carriere parlamentari e ai terzi fornitori di beni o di servizi alle Camere[9].

Le origini di tali prerogative, intese come espressione da parte delle Camere della potestà decisionale nelle cause relative all'attività amministrativa ed aventi ad oggetto il giudizio sugli atti che non sono diretta espressione di una funzione (previsione) costituzionale, sono da ricondursi ad epoca remota, in particolare all'avvento del primo 'parlamentarismo moderno', caratterizzato dalla "preminenza" del potere legislativo su quello esecutivo e giudiziario, epoca caratterizzata dal

8. Si veda in materia, Pisicchio, 2010. 140. L'autonomia normativa delle Camere il potere di dotarsi di un proprio regolamento "generale", ma anche di una molteplicità di altri atti, definiti "regolamenti" e volti a disciplinare il funzionamento di organi delle Camere o particolari aspetti del diritto parlamentare, fra cui il regolamento "interno", della Giunta delle elezioni della Camera, il regolamento per la verifica dei poteri applicabile alla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato ed il regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa contro il Presidente della Repubblica. Una seconda categoria è invece costituita dai regolamenti approvati dall'ufficio di presidenza o dalla Camera o dal consiglio di presidenza del Senato, comunemente definiti "regolamenti di diritto parlamentare amministrativo" o "regolamenti minori" cui vanno ricondotti anzitutto i regolamenti per la tutela giurisdizionale dei dipendenti e non della Camera, per il trattamento di quiescenza del personale, di amministrazione e contabilità, per l'accesso agli atti, tutti previsti dall'art. 12, co. 3. Reg. Cam. Vanno ricompresi, inoltre, il regolamento della biblioteca della Camera, i regolamenti della biblioteca e dell'archivio storico del Senato, i regolamenti di amministrazione e contabilità, nonché quello interno degli uffici e del personale del Senato. Infine, alla terza categoria sono riconducibili i regolamenti di taluni organi collegiali, approvati secondo le procedure previste dalla legge istitutiva dell'organo stesso e perciò detti "secondari", si tratta, ad esempio: dei regolamenti approvati dalle commissioni di inchiesta, il cui potere regolamentare è riconosciuto dalla relativa legge istitutiva e del regolamento della commissione bicamerale per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

9. Sul punto, Manetti, 2014, 1 ss. Si veda inoltre, per una riflessione sui profili di incompatibilità, Malinconico, 2014, 13 ss.

tentativo di estromettere i giudici comuni dalla cognizione dei fatti parlamentari (*interna corporis acta*), per affidarli alla valutazione dello stesso Parlamento[10].

Al di là dell'origine remota, tale prerogativa si fonda, nell'attuale ordinamento costituzionale, nell'autonomia regolamentare e, quindi, nel potere di disciplinare i lavori parlamentari e gli aspetti inerenti all'autorganizzazione di ciascuna Camera[11].

La matrice unitaria che, in ogni caso, pone in stretta correlazione i suindicati profili di giurisdizione domestica rispetto a quelli riconducibili al dettato di cui agli artt. 66 e 68 Cost., si fonda sull'esigenza di conferire pienezza ed effettività all'autonomia normativa e organizzativa di ciascuna Camera, in conformità al principio della separazione dei poteri[12]. Le altre tradizionale espressioni di garanzia dell'indipendenza del Parlamento, quali la potestà di controllo sui titoli di ammissione dei propri membri (art.66 Cost.) e il regime delle immunità dei parlamentari (art.68 Cost.), pur contraddistinte da un'attività di carattere giurisdizionale, si registrano nella natura meramente "politica" dell'organo, in quanto direttamente funzionali all'autonomia e all'indipendenza collettiva dell'intero organo e dei suoi singoli membri[13].

Per ciò che concerne, poi, la verifica dei poteri di cui all'art.66 Cost., le Camere esercitano l'autodichia attraverso la verifica della legittimità dei titoli di ammissio-

10. Atti interni degli organi costituzionali, e segnatamente delle Camere, che non assumono rilevanza esterna per l'ordinamento generale dello Stato e pertanto sono sottratti al sindacato degli altri organi. Il principio della assoluta insindacabilità degli *interna corporis* è stato momento fondamentale di affermazione dell'indipendenza del Parlamento dalla Corona nel passaggio dallo Stato assoluto (v. Stato, *interna corporis* assoluto) allo Stato di diritto (v. Stato, *interna corporis* di diritto). La valutazione della portata del principio nelle moderne democrazie parlamentari, caratterizzate da costituzioni rigide e garantiste, va operata alla stregua dello stretto diritto positivo. Nel nostro ordinamento, la Corte Costituzionale ha affermato la sindacabilità degli atti interni alle Camere solo sotto il profilo del controllo di costituzionalità del procedimento di formazione delle leggi. È stata, al contrario, riaffermata l'insindacabilità degli atti in quanto tali, ed in particolare dei regolamenti parlamentari. Sul punto cfr. D'Andrea, 2004, 1 ss. Sia la dottrina che la giurisprudenza affermavano infatti che anche gli atti "sostanzialmente amministrativi" delle Camere non potessero essere ricondotti al circuito del potere esecutivo facente capo al Re e al Governo, a cagione della loro posizione di indipendenza, e pertanto i loro atti non potevano essere qualificati atti amministrativi in senso proprio, perché ne difettava il presupposto soggettivo (cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, n. 415 del 9 novembre 1898 in *Foro it*., 1898, 101 e in dottrina ad esempio Romano, 1899, Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinnanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, in *Circolo Giuridico*, Palermo, p. 77 ss.). Per una dettagliata ricostruzione si rinvia a Pelella, (2013), 237 ss.

11. Per la sintesi storica, dottrinale e giurisprudenziale dell'autonomia regolamentare delle Camere si rinvia a Gianniti, Di Andrea, 2006, 1221 ss.

12. Per un'analisi dettagliata, cfr. Sandulli, 1977, 1831 ss..; in ordine alle funzioni amministrative interne, si rinvia a Cassese, Elia, 1998, 1341 ss.; Clarizia, 1984; D'Orta, Garella, 1997.

13. Sul punto, Buonomo, 2013, 933 ss.

ne dei propri componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità, nonché con la competenza di organi giurisdizionali interni a giudicare, in via esclusiva e definitiva, i ricorsi dei dipendenti delle Camere stesse, avverso atti o provvedimenti adottati dalle rispettive amministrazioni. L'autodichia è rappresentata proprio dal giudizio di verifica, compiuto dalla Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari del Senato della Repubblica e dalla Giunta delle elezioni della Camera dei deputati.

L'autodichia derivante, in via interpretativa, dal dettato dell'art. 64c, co. 1 Cost., in materia di controversie di lavoro dei dipendenti delle Camere, pur non avendo, come detto, un fondamento costituzionale diretto, ma di natura derivata (norme sub–primarie), determina la collocazione della stessa, nel sistema delle fonti, ad un livello inferiore rispetto all'autodichia di cui all'art.66 che è invece parificata alla normativa di tale livello.

Le fonti regolamentari, inoltre, riconducibili alle generiche disposizioni normative di cui all'art.12, co.3, lett. d) e f) del Regolamento della Camera dei deputati e all'art.12, co.1, del Regolamento del Senato della Repubblica, costituiscono le succinte regole ispiratrici della potestà di decidere i ricorsi del personale dipendente, ovvero la particolare situazione nella quale versano i dipendenti di alcuni organi i quali, contro i provvedimenti adottati dalle rispettive amministrazioni, relativi al loro trattamento economico o al loro stato giuridico, possono ricorrere soltanto di fronte ad organi interni alle suddette amministrazioni. Dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost. è sorta, poi, la necessità di verificare se il controllo esercitato dagli organi interni alle Camere, preposti all'esercizio del potere di autodichia, abbia concretamente natura giurisdizionale o meno. Alla tesi che identificava l'autodichia come un potere soltanto sostanzialmente giurisdizionale, basandosi sull'effetto vincolante nei confronti del destinatario, si è contrapposta altra tesi di opposte vedute, che ha configurato un dubbio che i dipendenti delle Camere e coloro che con le stesse concludono contratti d'appalto e prestazioni d'opera, in caso di ricorsi contro le stesse Camere, sembrino sforniti della tutela giurisdizionale garantita dallo stesso art. 24, co.1, Cost. e quindi siano posti in una situazione di disuguaglianza di fronte alla legge, in violazione dell'art. 3 Cost.

Tra le ragioni poste reiteratamente a sostegno della visione critica di tali prerogative, in ordine alle quali si è invocata la palese violazione degli artt. 24, 101, 102, 111 e 113 Cost., vi è l'ingiustificata privazione del pieno ed effettivo diritto alla difesa e del potere di adire gli organi della magistratura ordinaria o amministrativa, da parte di una categoria di cittadini ed in relazione ad una caratteristica (vincolo di natura lavorativa o di altro tipo con il Parlamento).

Ciò al di là del rispetto del principio del doppio binario e della previsione di un duplice grado di giudizio che non eluderebbe l'illegittima sottrazione al sindacato

del giudice naturale, precostituito per legge (art. 25 Cost.), per garantire un giudizio interno – la cui natura potrebbe apparire in distonia con il divieto espresso dall'art. 102, co.2, Cost. – che non assicurerebbe le garanzie di terzietà ed imparzialità del giudice, (canoni essenziali del giusto processo ex art. 111 Cost.) privando, i cittadini interessati, della facoltà di esperire il ricorso in Cassazione, come rimedio generale di legittimità contro tutte le sentenze.

Il dato storico evidenzia come le posizioni critiche dottrinali non hanno trovato il necessario consenso nelle decisioni della Corte Costituzionale e nel contesto giurisprudenziale favorevole alla giurisdizione domestica delle Camere e, prima di ogni decisione, all'insindacabilità dei regolamenti parlamentari[14].

3. In tema di autodichia della Presidenza della Repubblica, come accennato (v. nota 5), occorre far riferimento a quanto disposto nei decreti presidenziali nn.31 del 28 febbraio 1980, 81 del 26 luglio 1996 (integrato dal decreto presidenziale n.89 del 9 ottobre 1996) e 34 del 30 dicembre 2008, adottati dal Presidente della Repubblica per organizzare la Presidenza, facendo ricorso ad atti amministrativi ad efficacia interna.

La configurazione attribuita dal decreto presidenziale n.31/1980 non prevedeva veri e propri organi giurisdizionali interni, ma una forma di ricorso al Segretario Generale della Presidenza, esperibile da dipendenti ed ex dipendenti per motivi di legittimità di atti e provvedimenti riguardanti il rapporto di impiego e il trattamento pensionistico. Ai fini del giudizio, era stata istituita un'apposita commissione che emetteva un parere vincolante per il Segretario Generale in merito alla questione, presieduta da un Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e composta da due magistrati appartenenti alla magistratura ordinaria o amministrativa, con qualifica, non inferiore a quella di Consigliere della Corte di cassazione o ad essa equiparata; si trattava, di fatto, di una giurisdizione "alternativa" a quella amministrativa, come espressamente sancito dall'art.5 [15].

Mutuando l'apparato interno alle Camere, con i successivi decreti presidenziali nn.81 e 89 del 1996, furono istituiti gli organi giurisdizionali interni: quello di primo grado, denominato Collegio giudicante, presieduto da un Consigliere di Stato e composto da un Consigliere di Corte d'Appello, da un Consigliere della Corte dei conti (designazione operata, rispettivamente, dal Presidente della Corte

14. In ordine agli effetti della sentenza n. 9 del 1959, cfr. Barile, 1959, 240 ss. L'orientamento della Consulta è quello espresso nelle sentenze nn.78 del 1984, in *Giur. cost*., 1984, I, 456, 154 del 1985, in *Rass. Avv. Stato*, 1985, I, 524, oltreché 379 del 1996, (in *Foro it*., 1997, I, 370), nonché nelle ordinanze nn. 444 e 445 del 1993, rispettivamente, in *Foro it.*, 1994, I, 985 e in *Giur. cost*., 1993, fasc. 6.

15. Per una disamina dei succitati profili, cfr. Cicconetti, 2012.

d'Appello di Roma e dal Presidente della Corte dei Conti), da un funzionario dell'Amministrazione, (designato dal Segretario Generale) ed infine un rappresentante del personale (tratto a sorte da una lista di tre nomi). Sempre con decreto presidenziale si provvide alla nomina di un Collegio di Appello, quale organo di secondo grado, presieduto da un Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e composto da un Consigliere di Cassazione e un Consigliere della Corte dei conti, (la cui designazione era effettuata, rispettivamente, dal Presidente del Consiglio di Stato e dal Presidente della Corte dei Conti). Il *novum* di maggior rilievo, si individua nell'abrogazione del principio di alternatività della giurisdizione domestica rispetto a quella amministrativa, che viene implicitamente soppressa. Infine, le modifiche operate dal d.p.r. n.34/2008 non hanno inciso sul precedente assetto, se non in termini di maggiore terzietà e indipendenza dell'organo, conseguente all'esclusione dal Collegio giudicante del funzionario dell'Amministrazione e del rappresentante del personale.

Quanto al richiamato profilo giurisprudenziale, l'estensione della giurisdizione domestica anche della Presidenza della Repubblica è stata caratterizzata da orientamenti spesso discordanti, se si pensa a quelle pronunce che ne avevano negato il riconoscimento sul presupposto che la tutela giurisdizionale sia un principio cardine dell'ordinamento vigente cui può derogarsi solo su espressa previsione ad opera della Carta costituzionale, o di una legge costituzionale[16].

Alla fine degli anni '90, si era consolidato, quindi, un orientamento ostativo che trovava fondamento nel principio di unicità della giurisdizione, nelle regole scandite dal titolo IV della Carta costituzionale e nell'assenza di un esplicito riferimento normativo di supporto, come peraltro evidenziato dal Consiglio di Stato, che aveva rimarcato, altresì, l'assenza di un fondamento costituzionale degli stessi regolamenti della Presidenza della Repubblica, essendo gli stessi frutto di attribuzione legislativa e assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo[17].

Il *revirement* giurisprudenziale dopo oltre un decennio ha consentito il riconoscimento della legittimità dell'autodichia della Presidenza della Repubblica, secondo i parametri indicati dai decreti presidenziali nn.81 e 89 del 1996, poi sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo[18]. L'invocata disamina delle SS.UU.

16. Per tutte, cfr. Cass. Civ. sezioni unite, sentenza 17 dicembre 1998, n.12614, in cortedicassazione.it; C. di Stato, IV sez., sentenza n.178/1997, in giustizia–amministrativa.it.

17. Si tratta della L. 9 agosto 1948, n. 1077, in tema di "Determinazione dell'assegno e della dotazione del Presidente della Repubblica e istituzione del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica" (in G.U. 17 agosto 1948, n. 190).

18. Il radicale mutamento deve ricondursi alla pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 6592/2010, in cortedicassazione.it.

ha preso le mosse dalla constatazione dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di indiscutibili eccezioni al principio dell'indefettibilità della tutela giurisdizionale davanti ai giudici comuni, premessa che fornisce concretezza storica e giuridica all'ipotesi della presenza, nella Carta costituzionale, di organi dotati di giurisdizione domestica. Il nuovo approccio interpretativo, che ha inciso sui processi valutativi, ha consentito alla Suprema Corte di reinterpretare la situazione dell'organo in questione, riconoscendo allo stesso una potestà di autoorganizzazione a fondamento costituzionale indiretto e un'idoneità alla normazione sui conflitti domestici attraverso l'adozione di regolamenti (sin dal 1996) e di una struttura decisionale articolata per la soluzione di tali conflitti.

All'esercizio di tale potere regolamentare, com'è stato affermato dalle Sezioni Unite, va dunque attribuita natura chiaramente normativa, in linea con quanto affermato in precedenza dalla Consulta; per quanto non siano completamente assimilabili ai regolamenti delle Camere, anche i regolamenti approvati alla stessa stregua dal Presidente della Repubblica, debbono considerarsi sorretti da un implicito fondamento costituzionale (in tal senso alla L. n. 1077 del 1948 occorre attribuire un carattere ricognitivo, piuttosto che attributivo). Peraltro, l'assenza di un fondamento costituzionale esplicito, non ha comunque impedito alla Presidenza della Repubblica di esercitare, di fatto, il potere di autodichia ormai da diversi anni, sulla base di un potere regolamentare interno, senza che per questo, siano risultati lesi i principi enunciati in una famosa pronuncia dalla Corte E.D.U[19]. Il rispetto invocato dalla Corte dei principi sanciti dall'art. 6 § 1 della C.E.D.U., stando al nuovo orientamento espresso dalla Suprema Corte, potrà essere sufficientemente salvaguardato con la riserva di controversie ad organismi diversi da quelli comuni a condizione, però, che anche per tali organismi siano garantite le condizioni di precostituzione, imparzialità ed indipendenza che presidiano all'esercizio della giurisdizione ordinaria e che collimano con i principi di cui agli artt. 25, 104, 107 e 108 della Carta costituzionale.

Infine, il fondamento normativo della giurisprudenza domestica attribuita alla Corte costituzionale è anzitutto ancorato a quanto disposto dall'art. 14, comma 3, della legge 11 marzo 1953 n. 87, recante "Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale", nella parte in cui ha assegnato alla Consulta la competenza, in via esclusiva, a giudicare sui ricorsi dei suoi dipendenti. Il quadro regolativo appare difforme da quello che disciplina l'autodichia della Presidenza della Repubblica e più affine, invece, a quello che regola la giustizia domestica delle Camere, essendo costruito su una base che ha, sia pur indirettamente, un

19. C.G.U.E., 2009, Causa Savino e altri c. Italia, II Sez., sentenza 28 aprile 2009 (ricorsi nn. 17214/05 20329/05 42113/04), in curia.europa.eu.

fondamento costituzionale, atteso quanto disposto dal dettato normativo di cui alla richiamata legge ordinaria del '53. Non va sottaciuto che tale provvedimento legislativo sia il frutto della riserva di legge operata dall'art.137, co. 2 Cost., nel rinvio ad una legge ordinaria per l'adozione delle norme necessarie per la costituzione ed il funzionamento della Corte, corroborato dal disposto di cui alla L. cost. n.1/1953 n.1[20].

L'apporto integrativo alle suindicate disposizioni è fondato su fonti regolamentari che disciplinano i giudizi sui ricorsi dei dipendenti, quali il Regolamento Generale della Corte costituzionale e il Regolamento per i ricorsi in materia di impiego, ove è disposto che è ammesso ricorso da parte degli interessati, avverso i provvedimenti in materia di impiego, con cognizione diretta della Corte e con i poteri tipici della giurisdizione esclusiva che si estende, inoltre, anche al giudizio di merito sui ricorsi avverso le sanzioni disciplinari[21]. L'orientamento offerto dalla Consulta si è conformato ad una interpretazione protesa alla sottrazione al sindacato degli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa anche delle controversie relative ai concorsi per accedere ai ruoli della Corte, nella consapevolezza che, la disciplina regolamentare vigente, in grado di sottrarre alle regole di diritto comune le controversie attinenti alla materia dell'impiego – cui deve ritenersi sussumibile anche il momento genetico del rapporto – sia altrettanto volta ad escludere la possibilità di un sindacato esterno per tutto quanto riguarda la suddetta materia, al fine di garantire il funzionamento dei propri uffici ausiliari, che potrebbero risultare compromessi da interferenze esterne. Tale lettura si pone in conformità con la posizione *sui generis* della stessa Corte nei confronti degli organi giurisdizionali, sia per la sua potestà di risoluzione dei conflitti fra i poteri dello Stato, sia per quanto riguarda il sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi, atteso che, creando un rapporto particolarmente intenso con quegli organi, esige una specifica salvaguardia in quella direzione. Dalla lettera dell'art.2 del citato Regolamento afferente ai ricorsi, si evince la particolare composizione giudicante della Corte (tre Giudici più anziani, esterni all'Ufficio di Presidenza e alla Commissione di disciplina), avverso le cui decisioni è ammesso il ricorso davanti

20. Si tratta della L. cost. 11 marzo 1953, n. 1 "*Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*" (in G.U. 14 marzo 1953, n. 62) e precisamente dell'art.1 «La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali».

21. Si tratta del Regolamento approvato con delibera del 20 gennaio 1966 (G.U. 19 febbraio 1966 n. 45) e del Regolamento del 16 dicembre 1999 (pubblicato in G.U. del 4 febbraio 2000 n. 28), modificato, successivamente, con le delibere del 22 novembre 2001 (G.U. del 20 dicembre 2001 n. 295) e del 22 giugno 2006 (in G.U. del 10 luglio 2006 n. 158).

alla Corte costituzionale in composizione ordinaria, che giudica senza la presenza dei tre precitati giudici che hanno emesso la decisione impugnata.

4. Negli ultimi anni, sulle questioni correlate all'autodichia degli organi costituzionali, si è assistito al proliferare di dibattiti dottrinali da un lato e al sempre più ricorrente intervento della Corte Costituzionale dall'altro, con un percorso giurisprudenziale caratterizzato da pronunce non sempre in piena concordanza fra loro[22].

La crasi tra i due periodi di copiosa produzione giurisprudenziale era stata generata dagli effetti della decisione n.154 del 23 maggio 1985 che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 12 dei Regolamenti del Senato e della Camera, sollevata in riferimento agli artt. 24, 101, co. 2, 108, co. 1 e 2, e 113, co. 1, Cost., aveva arrestato, con particolare fermezza ed univocità argomentativa, la nutrita schiera di oppositori alla giurisdizione domestica incrementatasi in quegli anni. La Corte aveva fatto ricorso ad un ragionamento fondato, anzitutto, sull'assenza dei regolamenti parlamentari dalla previsione di cui all'art. 134 Cost., ossia tra gli atti sottoponibili alla cognizione della Corte in sede di vaglio di legittimità costituzionale, avendo i Costituenti rigorosamente segnato i precisi ed invalicabili confini della competenza della Consulta. I principi evocati dalla Corte richiamano la centralità del Parlamento, "espressione immediata della sovranità popolare" e organo partecipe di tale sovranità i cui regolamenti, in quanto attuazione della Carta costituzionale, hanno una peculiarità e dimensione ostativa ai processi di sindacabilità, in linea con la riserva costituzionale di competenza regolamentare (art.64 Cost.), espressione di un quadro di guarentigie disposte per assicurare l'indipendenza dell'organo *sovrano* da ogni potere statale.

Con la sentenza n.120/2014 la Corte ha riaperto i battenti alla disamina delle questioni connesse alla suscettibilità di sindacato di costituzionalità dei regolamenti parlamentari, da tempo accantonate e ormai risalenti alla citata sentenza n.154/1985, tracciando un nuovo solco sulla possibilità di sindacare le norme sottese all'autodichia, attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri cui, «in linea di principio», i regolamenti parlamentari non sono sottratti. Si tratta di un'interpretazione da tempo oggetto di approfondimenti dottrinali che segna un passaggio fondamentale per la giurisprudenza costituzionale, poiché negando

22. Successivamente alle pronunce del ventennio '70 –'90, la Corte è stata nuovamente investita delle questioni afferenti all'autodichia. Per tutte, si vedano le seguenti pronunce: C. cost., Sentenze n.304/2005, n.259/2009, n.49/2011 n.277/2011, n.120 del 2013, n.120/2014, ordinanze n.137/2015, n.138/2015, n.91/2016, n.57/2017, sentenza n.213/2017, ordinanza n.225/2017, sentenza n. 262/2017, tutte in giurcost.org.

espressamente ai regolamenti parlamentari la "forza di legge", la Corte finisce per rendere, quella del conflitto, la sola via percorribile in termini di sindacabilità.

Il *thema decidendum* prende le mosse da un nuovo ricorso proposto e sollevato d'ufficio dalla Corte di cassazione, sempre a sezioni unite, in riferimento agli artt. 3, 24, 102, co.2, 111, co. 1, 2, e 7 e 113, co.1, Cost., al fine di sottoporre al vaglio di legittimità costituzionale il citato art. 12 del Regolamento del Senato della Repubblica, nella parte in cui attribuisce al Senato il potere di giudicare, in via esclusiva e definitiva, i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti adottati dall'amministrazione di quel ramo del Parlamento, nei confronti dei propri dipendenti. Ribadito l'assunto in base al quale il regolamento parlamentare, espressamente previsto dall'art. 64 Cost. come fonte dotata di una sfera di competenza riservata e distinta rispetto a quella della legge ordinaria, non rientra espressamente tra le fonti–atto indicate nell'art.134 Cost. sottoponibili al sindacato di legittimità costituzionale, la Corte ha confermato la consolidata giurisprudenza di cui all'accennata sentenza n.154 del 1985, escludendo che detti regolamenti possano essere annoverati fra gli atti aventi "forza di legge" [23]. A giudizio della Corte, pur rimanendo ancorata all'idea che l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari sia costituita – sul piano sistematico – dall'esigenza di garantire indipendenza alle Camere da ogni altro potere, ciò non comporta che essi siano, come nel lontano passato, fonti puramente interne, fonti dell'ordinamento statale produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali che ne delimitano la sfera di competenza. Tale lettura rappresenta la base che giustifica l'estensione dell'autodichia e, conseguentemente, la sua legittimità costituzionale; in questo quadro di principi gli artt. 64 e 72 Cost. rappresentano lo strumento di definizione e delimitazione dello "*statuto di garanzia delle Assemblee parlamentari*", ove si statuisce l'ambito di competenza riservato ai regolamenti parlamentari, avente ad oggetto l'organizzazione interna (64 Cost.) e la disciplina del procedimento legislativo per la parte non direttamente regolata dalla Costituzione (72 Cost.) [24]. Nello specifico, le vicende e i rapporti che ineriscono alle funzioni primarie delle Camere, sicuramente ricadono nella competenza dei regolamenti e l'interpretazione delle relative norme regolamentari e sub–regolamentari non potrà che essere affidata, in via esclusiva, alle Camere stesse, come già affermato dalla stessa Corte, non solo per il profilo correlato all'autonomia normativa, ma anche in ordine a quello meramente applicativo, con la conseguenza del divieto di assoggettamento a qualsiasi giurisdizione degli strumenti intesi a garantire il rispetto

23. Oltre alla citata sentenza e nelle successive ordinanze C. cost., n. 444 e n. 445 del 1993, in giurcost.org.

24. C. cost. sentenza n. 379/1996, in giurcost.org.

del diritto parlamentare [25]. La parte che suscita maggior interesse e costituisce un *novum* – come si dirà solo nelle forme applicative – rispetto al pregresso orientamento, si manifesta nel quesito relativo all'estensibilità dei suindicati principi anche ai rapporti di lavoro dei dipendenti e a quelli con i terzi; sul punto la Corte, definendo la questione come particolarmente complessa e controversa, formula un'espressa apertura ad eventuali conflitti fra i poteri, sulla base del principio che anche atti normativi non sindacabili potrebbero produrre una lesione di diritti costituzionalmente inviolabili. Nella parte motiva, la Corte ha evidenziato come l'indipendenza delle Camere non possa compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili; tra l'altro, costituisce ampia garanzia il principio per cui il fondamento costituzionale di un potere decisorio che limiti quello conferito dalla Costituzione ad altre autorità, deve ritenersi sempre soggetto a verifica.

In ordine alla *querelle* incentratasi sul confine tra l'autonomia del Parlamento e il principio di legalità, la Corte ha precisato che nelle ipotesi in cui il comportamento di un componente di una Camera sia manifestamente sussumibile sotto la disciplina normativa del diritto parlamentare, il principio di legalità e i molteplici valori ad esso connessi, devono recedere di fronte al principio di autonomia delle Camere e al preminente valore di libertà del Parlamento; viceversa se qualche profilo di tale comportamento esuli dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare e non sia per intero sussumibile sotto la propria disciplina, deve «prevalere la *grande regola* dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 della Costituzione)» [26].

La Corte, quindi, si pone come garante e al tempo stesso sede naturale in cui trovano soluzione le questioni relative alla delimitazione degli ambiti della succitata competenza, riservati al perimetro del conflitto che ogni potere dello Stato può sollevare ogni qual volta si ritenga leso o menomato dall'attività dell'altro.

Le successive iniziative intraprese, appaiono direttamente consequenziali alla linea di apertura tratteggiata dalla Consulta; solo per brevi cenni, occorre richiamare i profili essenziali emersi dalle ordinanze nn.137 e 138/2015 con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibili due ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati dalle S.S.U.U. nei confronti, rispettivamente, del Senato della Repubblica e del Presidente della Repubblica. L'oggetto del conflitto è stato contrassegnato dalle disposizioni del T.U. delle norme regolamentari dell'Amministrazione riguardanti il personale del Senato – nella parte in cui pre-

25. C. cost. sentenze n.129/1981, n.78/1984 e n.379/1996, in giurcost.org.
26. C. cost., sentenza n.120/2014, cit.

cludono l'accesso dei dipendenti del Senato alla tutela giurisdizionale in riferimento alle controversie di lavoro insorte con l'Amministrazione stessa – e dal decreto presidenziale 26 luglio 1996, n. 81, come successivamente integrato e modificato, nella parte in cui preclude l'accesso dei dipendenti del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica alla tutela giurisdizionale in riferimento, ancora, alle controversie di lavoro insorte con l'amministrazione di appartenenza. La genesi di entrambi i ricorsi, in qualche modo, può ricondursi agli effetti della sentenza n. 120/2014, ove era stato ribadito che «le vicende e i rapporti che ineriscono alle funzioni primarie delle Camere sicuramente ricadono nella competenza dei regolamenti e l'interpretazione delle relative norme regolamentari e sub–regolamentari non può che essere affidata in via esclusiva alle Camere stesse». Nella citata pronuncia del 2014 la Corte aveva chiarito che, tale attribuzione, in termini di esclusività anche per i rapporti di lavoro dei dipendenti e per i rapporti con i terzi, è questione controversa suscettibile, in linea di principio, di un conflitto fra i poteri, atteso che: "anche norme non sindacabili potrebbero essere fonti di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili", anche in considerazione del fatto che deve ritenersi sempre soggetto a verifica, il fondamento costituzionale di un potere decisorio che costituisca una delimitazione di quello conferito dalla Costituzione ad altre autorità.

L'ordinanza n.137/2015 trae origine dal giudizio per conflitto di attribuzione promosso dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, nei confronti del Senato della Repubblica, in riferimento alla deliberazione degli articoli da 72 a 84 del Titolo II (Contenzioso) del T.U. delle norme regolamentari dell'Amministrazione riguardanti il personale del Senato della Repubblica, nella parte in cui precludono l'accesso dei dipendenti del Senato alla tutela giurisdizionale, in riferimento alle controversie di lavoro insorte con l'amministrazione del Senato. Le ragioni della doglianza sono state basate sulla pretesa invasione del potere giurisdizionale, nella forma della menomazione o della turbativa, da parte del Senato così da integrarne la violazione degli artt.3, co. 1, 24, co. 1, 102, co. 1, quest'ultimo in combinato disposto con la VI disp. trans., 108, co.2, e 111, co.1 e 2, Cost., e violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, co.7 Cost. La pretesa lesione del principio di uguaglianza e del diritto alla tutela giurisdizionale configurerebbe, in termini più specifici, una preclusione dell'accesso al sindacato di legittimità nella forma del ricorso straordinario (art. 111, co. 7, Cost., e art.360, co. 4, c.p.c.), ove si ammettesse la configurazione degli organi di giustizia interna del Senato, alla stregua di giudici speciali, in aperta violazione dell'art. 102, co.2, Cost. In tal senso, l'autonomia del Senato, finirebbe per determinare una totale compressione del diritto del personale dipendente alla tutela giurisdizionale.

Con successiva ordinanza n.138/2015 la Corte costituzionale è stata investita,

sempre dalla Corte di cassazione a sezioni unite, del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Presidente della Repubblica, sollevato in riferimento alla deliberazione degli artt. l e ss. del decreto presidenziale 26 luglio 1996, n.81, (istituzione presso il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica di un Collegio giudicante di primo grado e di un Collegio di appello, successivamente integrato dal decreto presidenziale 9 ottobre 1996, n.89 e modificato dal decreto presidenziale 30 dicembre 2008, n.34, recante la disciplina concernente il Collegio giudicante e il Collegio di appello competenti a decidere sui ricorsi presentati dal personale del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica), nella parte in cui tali atti precludono l'accesso dei dipendenti del Segretariato della Presidenza della Repubblica alla tutela giurisdizionale in riferimento alle controversie di lavoro insorte con l'amministrazione di appartenenza, non consentendo, inoltre, il ricorso in cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, co.7 Cost., contro le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali previsti da tali disposizioni. Tale doglianza troverebbe fondamento nella violazione degli artt. 3, co.1, 24, co.1, 102, co.2, quest'ultimo in combinato disposto con la VI disposizione transitoria, 108, co.1 e 111, co. 1 Cost., partendo dalla constatazione che la fonte diretta dell'autodichia della Presidenza della Repubblica non sia interamente assimilabile ai regolamenti parlamentari pur sussistendo, però, un'analogia in ordine ai parametri di accesso al controllo di costituzionalità che, se non consentito nelle forme del giudizio incidentale, risulterebbe esperibile in quelle del conflitto di attribuzione. Le Corte a sezioni unite, nell'ordinanza–ricorso evidenziavano, in tal senso, le medesime censure formulate nel ricorso per conflitto di attribuzione proposto nei confronti del Senato anche nei confronti del Collegio giudicante di primo grado e il Collegio di appello, quali organi che giudicano sulle controversie dei dipendenti del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica. La matrice unitaria delle suindicate iniziative intraprese dalla Corte di cassazione si è sostanziata nell'enunciazione di pretese violazioni, da parte degli atti in contestazione, espressione dell'autonomia del Senato e della Presidenza della Repubblica, del diritto alla tutela giurisdizionale, dei precetti costituzionali relativi alle giurisdizioni speciali e del diritto al ricorso in cassazione per violazione di legge; la Corte costituzionale, in entrambi i casi, ha individuato la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi necessari per l'instaurazione di un giudizio per conflitto di attribuzioni[27].

5. Dopo l'inattesa apertura ad opera della sentenza n.120/2014, con la sentenza n.213/2017 è stata ribadita l'ammissibilità delle questioni sollevate dalla Commis-

27. Le decisioni, in tal senso, sono state assunte dalla Corte costituzionale con le ordinanze nn.137/2015 e 138/2015.

sione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati, in quanto organo di autodichia chiamato a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie per l'obiettiva applicazione della legge. Sul punto la Corte, ha fugato ogni dubbio in ordine al riconoscimento della legittimazione, da parte della suddetta Commissione rimettente, a sollevare l'incidente di costituzionalità come *giudice a quo* ed organo di autodichia, con funzioni di fatto giurisdizionali per la decisione di controversie tra Camera dei deputati e suoi dipendenti (nel caso in esame ex dipendenti), ai fini di una corretta e obiettiva applicazione della legge[28]. Ne consegue, come ribadito ancora una volta dalla Consulta, l'indubitabilità della natura "giurisdizionale" della funzione esercitata dalle commissioni giurisdizionali delle Camere e ciò, non solo per la riconosciuta legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale delle leggi, ma anche per la chiara definizione, fornita in sentenza, dell'accennata funzione esercitata dalle commissioni come organo terzo e imparziale. Permangono dubbi in ordine al nucleo della riconosciuta natura giurisdizionale, ossia se in senso "formale", ovvero solo "materiale", con conseguenti riflessi in ordine agli effetti in caso di assimilazione agli organi a giurisdizione piena ed esclusiva come, ad esempio, l'assoggettabilità delle sue decisioni al ricorso per cassazione, ex art. 111 Cost. Di contro, il riconoscimento della sola natura formale e non anche materiale potrebbe, per ipotesi, non precludere o limitare la competenza degli organi giurisdizionali, ordinari o amministrativi a pronunciarsi sui medesimi atti già oggetto di valutazioni. Evidenti profili di connessione legavano tale questione alla decisione che, a breve, avrebbe risolto il conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dalla Corte di cassazione nei confronti del Senato della Repubblica in seno alla quale, come riportato nell'accennata ordinanza n.137/2015, si sarebbe discusso sui profili di legittimità della previsione dell'autodichia stessa di tale camera, da parte dei regolamenti parlamentari "minori".

Non comune, quindi, l'attesa e le aspettative che si erano create intorno alla suindicata decisione stimolata dai conflitti genetici delle ordinanze nn.137 e 138 del 2015. La sentenza n.262 del 2017 è stata diffusamente recepita, in dottrina, come un segnale di rafforzamento della giurisprudenza passata. Il Giudice delle leggi, sciogliendo le riserve di cui alle precitate ordinanze del 2015, ha rigettato i ricorsi per conflitto promossi dalla Corte di Cassazione a SS.UU. a seguito della sentenza n.120/2014, precisando che la giurisdizione domestica ormai rappresenta una manifestazione tradizionale della sfera di autonomia riconosciuta agli organi costituzionali atteso che, tra la stessa e l'autodichia, nella concreta e consolidata esperienza costituzionale, si è generato un particolare ed inscindibile sinallagma.

28. I parametri rinviano all'art. 1 della L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e all'art. 23 L. 11 marzo 1953, n. 87.

Coloro che hanno ritenuto che vi sia stata, sotto alcuni profili, un'inversione di tendenza e una sorta di smentita di talune affermazioni proprie della pronuncia del 2014 che sembravano presagire la messa in discussione della autodichia, hanno posto l'accento su espressioni, per quanto incidentali, utilizzate dalla Corte per definire «questione controversa», la sottrazione alla giurisdizione comune dei rapporti di lavoro dei dipendenti e di quelli con i terzi. Invero, al di là di talune affermazioni incidentalmente utilizzate con la pronunzia del 2014, la Consulta aveva sì individuato nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato la "sede naturale" per dirimere le controversie attinenti alla determinazione della sfera di competenza, ma non aveva affrontato nello specifico la questione della conformità a Costituzione della giurisdizione domestica.

Se si osservano altri profili analizzati e interpretati dalla Corte, la recente pronuncia del 2017 non appare, però, meramente ripetitiva di precedenti decisioni, contenendo alcuni profili innovativi: la Corte ha colto l'occasione per evidenziare come l'autonomia normativa delle Camere e della Presidenza della Repubblica trovi nel suo fondamento anche il suo limite[29]. In tal senso, la Corte, pur avendo preservato l'autodichia ne ha inteso ridimensionare la portata applicativa rispetto a controversie che non possono essere sottratte alla giurisdizione naturale; infatti non spetta a tali organi, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive, come quelle relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali, non riguardando questioni puramente "interne" agli stessi organi.

Le Camere e la Presidenza della Repubblica hanno provveduto a disciplinare, attraverso le fonti di autonomia, il rapporto di lavoro con i propri dipendenti – senza che ne venga alterato l'ordine costituzionale delle competenze con lesione delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria – poiché hanno ritenuto tale scelta funzionale alla più completa garanzia della propria autonomia costituzionale; in tal senso, consentire che siano gli organi della giurisdizione comune ad interpretare ed applicare tale speciale disciplina, avrebbe significato un ridimensionamento della stessa autonomia che si è inteso garantire.

La scelta di preservare l'autodichia è stata giustificata, non sulla base di una

29. La Corte ribadisce quanto affermato in precedenza (sentenze nn.129 del 198, 120 del 2014 e 379 del 1996, cit.) in ordine all'autonomia degli organi costituzionali che non si esaurirebbe nella sua genesi normativa, includendo anche la sua parte applicativa di tale apparato normativo che rappresenta, pertanto uno 'svolgimento' dell'autonomia normativa che la Costituzione riconosce esplicitamente o implicitamente agli organi costituzionali.

generica esigenza di garantire l'autonomia degli organi costituzionali, ma nella consapevolezza che la "deroga" alla giurisdizione non si risolve in un'assenza di tutela, essendo compensata dall'esistenza di rimedi interni affidati ad organi, di primo e di secondo grado, che garantiscono che la decisione delle controversie sia assunta nel rispetto del principio d'imparzialità, secondo moduli procedimentali di carattere giurisdizionale idonei a garantire il pieno esercizio del diritto di difesa e l'effettivo contraddittorio.

Per suffragare il carattere oggettivamente giurisdizionale dell'attività degli organi di autodichia, posti in posizione d'indipendenza, la Corte ha richiamato la circostanza della loro legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale delle norme di legge cui le fonti di autonomia effettuino rinvio[30]. Particolare rilievo ha poi il richiamo alla c.d. "grande regola" del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale effettiva dei propri diritti, garanzie poste tra i principi cardine dell'ordinamento costituzionale quali presidi dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della dignità della persona[31].

Lo specifico profilo affrontato nel 2017, afferiva alla tutela delle posizioni giuridiche dei dipendenti nelle controversie con l'organo costituzionale; l'accennata tutela, a giudizio della Corte, risulta assicurata dall'istituzione di organi interni e procedure di garanzia variamente conformate, <<in un contesto che al tempo stesso consente che l'interpretazione e l'applicazione della specifica normativa approvata in materia dagli organi costituzionali sia sottratta ad ingerenze esterne>>. Si tratta, però, di una garanzia che non configura l'ipotesi di una giurisdizione speciale (ex art.102 Cost., sicché avverso le loro decisioni non sarebbe neppure configurabile il ricorso ex art.111, co.7, Cost.), ma che si caratterizza mediante la previsione di collegi interni, non appartenenti all'organizzazione giudiziaria, ma garanzia e presidio di autonomia degli stessi organi costituzionali.

In ordine alla esigenza di effettività della tutela invocata, sottolinea la Corte, le fonti interne approvate dalle Camere e dal Presidente della Repubblica hanno generato organi interni, ma estranei all'organizzazione della giurisdizione, disciplinati da regole atte a garantire la loro autonomia ed imparzialità, in ossequio al combinato disposto dagli artt.3, 24, 101 e 111 Cost. e nel rispetto dei canoni formulati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare nella sentenza del 2009[32]. Le stesse fonti di autonomia delle Camere assicurano, attualmente, profili di incompatibilità che garantiscono che il medesimo soggetto non possa

30. Principio che rinvia alle sentenze C. cost. n.213/2017, n.376/ 2001 e 12 del 1971, cit.

31. La Corte la definisce una scelta che appartiene ai grandi principi di civiltà del tempo presente, non può conoscere eccezioni (sentenza n.238/2014, cit.)

32. C.G.U.E., Causa Savino e altri c. Italia, cit.

far parte del Consiglio di Presidenza per il Senato o Ufficio di Presidenza per la Camera – organi amministrativi che assumono i provvedimenti relativi al personale e, contemporaneamente, degli organi di autodichia che giudicano in primo e secondo grado.

6. Le aspettative riposte nella sentenza in esame dopo il *revirement* (forse apparente) determinato dalla sentenza n.120/2014 e i dubbi sollevati dalla Suprema Corte e condensati nelle ordinanze nn.137–138 del 2015 facevano presagire una rivalutazione nel merito dei profili correlati alla legittimazione dell'autodichia degli organi costituzionali, costruita su un lavoro di reinterpretazione e di effettivo bilanciamento tra i vari principi confliggenti. Alla luce delle motivazioni offerte dalla Corte, il complesso lavoro di composizione tra gli interessi coinvolti, ha condotto alla salvaguardia degli organi di giurisdizione domestica, con il "sacrificio" di alcuni settori e della relativa giurisdizione, riqualificati tra le materie da assegnare alla tutela del giudice comune atteso che, l'efficacia dell'autonomia della fonte interna, non può comunque estendersi alla disciplina dei rapporti giuridici con soggetti terzi (tra cui, le accennate controversie in materia di appalti e forniture).

Il principio che presiede alla decisione di cui alla sentenza n. 262/2017 è anzitutto nelle rassicurazioni, da parte della Corte, circa le garanzie che l'esercizio della potestà giurisdizionale ad opera di organi amministrativi interni, non costituisce una privazione delle garanzie processuali per i dipendenti e gli strumenti assicurati non si rivelano difformi dai canoni ordinamentali che regolano in genere i processi.

Si è dibattuto, pertanto, in ordine al bilanciamento fra le ragioni dell'indipendenza degli organi costituzionali, sulla tutela dei diritti e dei principi fondamentali e sulla natura degli organi di autodichia, su cui permanevano punti di oscurità. In ordine alla richiesta formulata, in via subordinata, di qualificare gli organi di autodichia come giudici di fatto "speciali", la Corte ha sciolto la riserva già esplicitamente formulata nella sentenza n.120 del 2014 che definiva «questione controversa» quella inerente al confine e al fondamento dell'autodichia ritenuta non lesiva di attribuzioni costituzionali altrui, in quanto (e solo in quanto) afferisca a rapporti di lavoro dei propri dipendenti. La tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei dipendenti non è assente, come lamentato dalla ricorrente, risultando assicurata per il tramite dell'istituzione di organi interni e procedure di garanzia variamente conformate; non già attraverso un giudice speciale ex art. 102 Cost., ma mediante organi interni non appartenenti all'organizzazione giudiziaria, con la conseguenza della non assoggettabilità alle ipotesi di ricorribilità in Cassazione, per violazione di legge, delle decisioni pronunciate dagli organi in sede di autodichia (ex art. 111, co.7, Cost.).

Permane il dubbio se una declaratoria di accoglimento avrebbe potuto concre-

tamente mettere a repentaglio l'esigenza di preservare autonomia e indipendenza degli organi costituzionali, considerando che la risoluzione della controversia, in punto di fatto, sarebbe rimasta tutta interna all'organo, senza alcuna interferenza esterna su di essa.

Altri dubbi sono emersi in relazione all'esigenza di chiarire meglio, nella parte motiva, la trattazione del profilo dedicato alla competenza dell'organo di autodichia sulla decisione sui rapporti di lavoro dei dipendenti, la cui parte genetica è da associare alle ragioni poste a fondamento della pronuncia n.120 del 2014. La Corte, sul punto, rigettando la richiesta, ha confermato il pregresso orientamento aprendo, purtuttavia, una nuova strada alle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali, trattandosi di questioni che non potrebbero essere sottratte alla giurisdizione comune, in quanto potenzialmente lesive di attribuzioni costituzionali altrui, non afferenti, peraltro, a questioni puramente interne agli organi stessi.

Il monito espresso a chiare lettere dalla Consulta, alla luce dell'attuale contesto normativo, caratterizzato da regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica che attribuiscono, ai loro organi di autodichia, la cognizione delle controversie instaurate dai non dipendenti, così sottraendole alla giurisdizione comune, dovrebbe indurre le due Camere ad una revisione dei rispettivi regolamenti in grado, anche se per ora solo potenzialmente, di determinare lesioni alla sfera di attribuzione dell'autorità giudiziaria.

Infine, la Corte nel passare nuovamente al vaglio i regolamenti parlamentari, ne ribadisce la natura di fonti del diritto che non rientrano tra le fonti generali dell'ordinamento, ma son fonti a competenza "riservata" dalla Costituzione al fine di generare norme di autorganizzazione delle Camere, in ossequio al precetto di cui agli artt. 64-69 e 72 Cost.

Ciò che emerge, in sintesi dalle considerazioni formulate nella richiamata sentenza è che, sul piano della competenza, i regolamenti parlamentari e la legge non sono tra loro surrogabili, come non lo sono gli atti sub–regolamentari e la legge; allo stesso modo non può esservi una deroga interna ad un organo costituzionale che possa costituire una deroga al principio di legalità "generale", regola indefettibile dello Stato di diritto, poiché nessun un organo costituzionale potrà eccepire la propria autonomia costituzionale al fine primario di violare i diritti individuali di singoli, siano essi propri componenti, dipendenti o terzi contraenti. Nel rispetto proprio del principio di legalità che la Consulta si pone come un vero custode dei limiti esterni che discendono dall'ordinamento costituzionale alla competenza normativa degli organi costituzionali in svolgimento della relativa autonomia, mentre la Corte di Cassazione si colloca come custode dei limiti esterni alla medesima competenza che discendono dall'ordinamento generale.

L'orientamento giurisprudenziale in esame, quindi, potrebbe rappresentare la genesi di un percorso, destinato a rinsaldarsi progressivamente, caratterizzato da un approfondito dialogo tra corti ed un confronto tra tutti gli organi di giurisdizione per un riordino definitivo e analitico delle materie su sui si fondano le situazioni soggettive e la nostra civiltà. Forse in questo modo la "grande regola" del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale, presidi dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della dignità della persona, potrà ambire alla piena e concreta effettività.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amato G., Barbera A. (1994). *Manuale di diritto pubblico*. Bologna: Il mulino.

Barbera A. (1996). Parlamento, in *Enc. scienze sociali*, Roma: Istituto della enciclopedia italiana, vol. VI, p. 472–493, riedito in *I Parlamenti: un'analisi comparativa*. Roma–Bari: Laterza, 1999, p. 119 ss.

Barbera A. (2015). Costituzione della Repubblica italiana, in *Enc. dir.,* (Annali), VIII, Milano: Giuffrè, p. 263 ss.

Barbera A. (2017). La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia. *Rivista AIC,* n.4/2017.

Barbera A., Fusaro C. (2016). *Manuale di diritto pubblico*. Bologna: Il mulino.

Barcellona G. (2018). I "paradisi normativi" e la grande regola dello Stato di diritto: l'autodichia degli organi costituzionali e la tutela dei diritti dei "terzi". *Forum di Quaderni Costituzionali,* 4/2018.

Barile P. (1959). Il crollo di un antico feticcio (gli «interna corporis»), in una storica (ma insoddisfacente) sentenza. *Giur. cost.,* p. 240 ss.

Brunetti L. (2014). Un significativo passo avanti della giurisprudenza costituzionale sull'autodichia delle Camere. *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, 23 maggio 2014.

Brunetti L. (2014). La tutela dei diritti fondamentali innanzi gli organi legislativi. L'autodichia delle Camere, *Jus*, p.173 ss.

Brunetti L. (2017). Il "contributo di solidarietà" sulle pensioni degli ex dipendenti della Camera non viola l'autonomia dell'organo. *Forumcostituzionale.it*, 29 ottobre 2017.

Buonomo G. (2013). L'autodichia parlamentare di nuovo in Corte Costituzionale. *Giust. civ*., p. 933 ss.

Cassese S., Elia L. (1998). Le amministrazioni e il personale degli organi costituzionali. A proposito di un recente libro, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6, p.1341 ss.

Clarizia A. (1984). *La funzione amministrativa delle Camere*. Rimini: Maggioli.

Cicconetti S.M. (2012). L'autodichia della Presidenza della Repubblica (Commento dell'ordinanza della Corte di Cassazione n.6592 del 17 marzo 2010), in *Scritti in onore di Alessandro Pace A.*, Napoli: Editoriale scientifica, III vol.

D'Amico G. (2018). La Corte adegua la sua autodichia alla «propria» giurisprudenza ma fino a che punto? *Forum di Quaderni costituzionali* n.4/2018.

D'Andrea A. (2004). *Autonomia Costituzionale delle Camere e principio di legalità*. Milano: Giuffrè, IX, pp. 222.

Delle Donne C. (2015). Autodichia degli organi costituzionali e universalità della giurisdizione nella cornice dello Stato di diritto: la Corte Costituzionale fa il punto. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, p. 141. ss.

Delli Priscoli L. (2014). L'autodichia. In *cortecostituzionale.it/documenti.*

Dickmann R. (2014). Tramonto o rilegittimazione dell'autodichia delle Camere? *Federalismi.it,* n.10/2014.

Dickmann R. (2017). La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali, *Federalismi.it,* n.24/2017.

Di Ciolo V., Ciauro L. (2013). *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*. Milano: Giuffrè, XVIII, p. 903 ss.

D'Orta C., Garella F. (1997), (a cura di). *Le amministrazioni degli organi costituzionali. Ordinamento italiano e profili comparati*. Roma–Bari: Laterza.

Fasone C. (2009). Autodichia delle Camere, regolamenti parlamentari e Convenzione

europea dei diritti dell'uomo. *Osservatoriosullefonti.it,* n.2/2009, p. 28 *ss*.

Gattamelata S. (2014). Autodichia: il giudice domestico è compatibile con la Costituzione repubblicana? *Amministrativamente.com*, fasc. 1/2014, p. 11 ss.

Gianniti L., Di Andrea C. (2006). Art. 64, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Milano: Utet, p. 1221 ss.

Gioia G. (2015). L'autodichia in declino. *Riv. dir. proc.*, I, p. 230 e ss.

Giupponi T.F. (2008). Le immunità costituzionali tra diritto interno e giustizia internazionale. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*: atti del convegno, Milano, 8 e 9 febbraio 2007. Milano: Giuffrè, p. 145 ss.

Giupponi T.F. (2016). La nuova disciplina dei gruppi parlamentari, tra autonomia contabile e autodichia, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. Torino: Giappichelli, pp. 1114–1131.

Griglio E. (2015). Le assemblee parlamentari, giudici in causa propria, ma non a titolo esclusivo? I seguiti della sent. n. 120/2014 della Corte Costituzionale, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc.1/2015.

Lagurà R. (2014). I regolamenti parlamentari al vaglio di costituzionalità: la Consulta indica la strada. *Rivista AIC,* n.1/2014 del 01/08/2014.

Lehner E. (2002). Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti di amministrazione della Camera dei Deputati non concernenti i dipendenti vs. giusto processo, precettività della Costituzione e primato del diritto comunitario. *Giur. cost*, fasc.1, p. 471 e ss.

Malinconico G. (2009). I "codici di procedura" dell'autodichia della Camera dopo la decisione n.14/2009 della Corte europea dei diritti dell'uomo. Guida alla lettura delle modifiche dei regolamenti di tutela giurisdizionale della Camera dei Deputati, consultabile. *Federalismi.it*, n. 4/2009.

Malinconico G. (2013). Ancora sull'autodichia delle Camere e sul sindacato di legittimità dei regolamenti parlamentari. *Federalismi*, n. 12/2013.

Malinconico G. (2014). L'autodichia delle Camere dopo la sentenza n. 120/2014 della Consulta, in *Federalismi, Focus Human Rights*, n. 2, 13 ss.

Manetti M. (2014). La Corte Costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia). *Osservatorio Costituzionale*, *A.I.C.*, ottobre 2014, p. 1 ss.

Manzella, A. (1986). *Articolo 64*, in Branca, G., a cura di, *Commentario alla Costituzione. Le Camere* (Art. 64–69), II, Bologna–Roma: Zanichelli, p.5.

Martines T. (2000). Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, vol. XXXIII, Università di Pavia, 1952, riedito in *Opere*, Tomo II, *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, 2000, p. 5 e ss.

Modugno F. (1969). In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle Camere. *Riv. it. sc. giur*., p.197 ss.

Occhiocupo N. (1988). Autodichia. Enc. Giur. Treccani, IV, Roma,1988, p.2 ss.

Passaglia P. (2014). Autodichia e insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti. *Giur. cost.*, fasc.3, p. 2110 ss.

Occhiocupo N. (2010). in La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano. *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2010, p. 418 ss.

Pelella G. (2013). La giurisdizione interna della Camera dei deputati tra principi costi-

tuzionali e principi sopranazionali: l'autodichia alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Il Parlamento della repubblica: organi, procedure, apparati.* Roma: Camera dei deputati, I, p. 237 ss.

Perchinunno F. (2005). Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione, in *"Profili di innovazione*". Bari: Cacucci, p. 224.

Perchinunno F. (2009). Il principio del contraddittorio tra origini, fondamento costituzionale e attuazione, in *edizionidjsge.uniba.it/gli–annali/annali*, 2009, p. 371–392.

Pesole L. (2010). A proposito della sentenza CEDU sull'autodichia: le decisioni più radicali sono lasciate all'ordinamento nazionale. *Federalismi.it* n.8/2010.

Pisicchio P. (2010). *Aspetti dell'autodichia parlamentare: le incompatibilità e le ineleggibilità*. Bari: Cacucci.

Racioppi F., Brunelli I. (1909) *Commento allo Statuto del Regno*. Torino: Unione Tipografico, Vol. 3, p. 249–254.

Romboli R. (2015). In tema di autodichia degli organi costituzionali in relazione alla garanzia del diritto di difesa dei diritti e degli interessi davanti all'autorità giudiziaria. Nota a ordinanze Corte Costituzionale n.137/2015, n.138/2015 e a ordinanza Cass. sez. un. civ. 29 dicembre 2014, n. 27396. *Foro italiano,* n.9, pt.1, p. 2599–2602.

Romboli R. (2018) In tema di autodichia degli organi costituzionali (Nota a sentenza Corte Costituzionale n.262/2017). *Foro italiano*, n. 2, p. 423–426.

Romano S. (1950). Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari. *Archivio giuridico*, vol. LXXV, 1906, ora in *Scritti minori – Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, p. 213–258.

Sandulli A.M. (1964). Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione. *Riv. dir. proc.*, p. 200 ss.

Sandulli A.M. (1977). Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale. *Giur. it.*, I, p. 1831 ss.

Scaccia G. (2014). Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare. *Rivista A.I.C.*, n. 4/2014.

Scoca F.G. (2014). Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari. *Giur. cost.*, fasc.3, p. 2091 ss.

Siclari M. (1992). *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*. Padova: Cedam.

Sorrentino A.C. (2015). La "giurisdizione domestica" delle Camere del Parlamento alla prova del conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. *Osservatorio Costituzionale A.I.C.*, 2/2015.

Tedde M. (2015). Autodichia: è l'ora di una svolta? (Nota a Corte Cass., SS. UU. Civ., ord. 19 dicembre 2014, n. 26934). *Osservatorio Costituzionale A.I.C.*, 2/2015.

Testa L. (2014). La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia del Senato. Brevi note sulla sent. Corte cost. n.120 del 2014. *Federalismi.it*, 10/2014.

DORELLA QUARTO

LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCEDIMENTO A CARICO DEGLI ENTI: IL CASO "ILVA"*

ABSTRACT

Con l'ordinanza resa nel processo "Ambiente svenduto" che vede imputate accanto alle persone fisiche anche le tre società del gruppo – RIVA FIRE s.p.a. (oggi Partecipazioni Industriali s.p.a), ILVA s.p.a. e Riva Forni Elettrici s.p.a. – la Corte di Assise di Taranto ha ammesso le richieste di costituzione di parte civile presentate nei confronti delle sopracitate persone giuridiche.

Tale ordinanza si pone in contrasto con il formante dottrinale e giurisprudenziale; in particolare, da ultimo, la giurisprudenza, con tre approdi delle supreme corti, sembrava aver posto dei punti fermi sul tema di cui si discute. Appariva essersi consolidata la linea interpretativa secondo cui non si consente a chi ha subito danni da reato di costituirsi parte civile direttamente nei confronti dell'ente incolpato.

La rilevata tensione è spunto per una ricostruzione sistematica della vicenda, anche al fine di rintracciare eventuali strumenti di tutela della persona offesa, alternativi alla costituzione di parte civile.

During the process "Ambiente svenduto" which involves the natural person tpgether with the three societies of the group– RIVA FIRE s.p.a. (now Parecipazioni Industriali s.p.a.), ILVA s.p.a. e Riva Forni Elettrici s.p.a.– as defendant, the Court of Assise of Taranto with its ordinance admitted the request of bringing a civil action against the above mentioned legal entities.

This ordinance contrasts with the jurisdictional and legal formant; in particular, recently, the case law courts scemed to have placed firm points on the topic with three judgments of the Supreme Courts.

The "denial" position according to which it is not allowed to those who have suffered damages from a crime to bring a civil directly against the blamed entity appeared consolidated.

The delected tensioni s a starting point for a systematic reconstruction of the event, also in order to track down possible tools to protect the injured of bringing a civil action.

PAROLE CHIAVE

Procedimento a carico degli enti / responsabilità diretta ed indiretta / Costituzione di parte civile nel processo *de societate*

Criminal proceedings against legal entities / direct and indirect responsibility / Civil action in the process against the companies

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pretesa risarcitoria nei confronti dell'ente: la partecipazione quale responsabile civile e civilmente obbligato per

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

la pena pecuniaria. – 3. Il contrasto giurisprudenziale e dottrinale sull'ammissibilità della costituzione di parte civile; tesi estensiva e restrittiva. – 4. Le pronunce delle Supreme Corti ed il *revirement* del caso Ilva. – 5. Effettività della tutela della persona offesa: riflessioni conclusive.

1. Con l'introduzione del D.Lgs. n. 231/2001, è ormai crollato il fondamento del brocardo latino "*societas delinquere non potest*"[1]. Il sistema penale ha superato la concezione strettamente antropomorfica dell'agire criminoso, sganciando il precetto penale dalla persona umana.

Ciò nonostante, a più di tre lustri dall'entrata in vigore di questo "mini–codice" della responsabilità degli enti dipendente da reato, non si è ancora raggiunta una piena sistematizzazione delle varie questioni afferenti il sistema processuale "231"[2].

In particolare, il tema della costituzione di parte civile nel processo agli enti continua ad essere oggetto di dibattito in dottrina, ma soprattutto, di soluzioni altalenanti nelle aule di giustizia.

Il contrasto ermeneutico sembrava essersi sopito alla luce di importanti pronunciamenti; tra questi, Corte di Cassazione n. 2251/2011, Corte di Giustizia UE n. 79 del 12.07.2012 e, da ultimo, Corte Costituzionale n. 218 del 18.07.2014. Questa triade di pronunce delle supreme corti, nazionali ed europee, pareva aver definitivamente chiuso la questione, fino a quando l'ordinanza resa nel processo relativo al caso "Ilva" di Taranto non ha dato nuova linfa alla *querelle* sull' ammissibilità, nel processo *de societate*, della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato.

Deve premettersi che la costituzione di parte civile di cui si discute è quella che assume rilievo come forma di pretesa risarcitoria avanzata dal soggetto danneggiato nei confronti dell'ente, in via autonoma rispetto all'eventuale costituzione nei confronti delle persone fisiche.

1. In tal senso Cass., 20.12.2005–30.01.2006 n. 3615, Guida dir., 2006, n. 15, 59 ss., con commento di Galdieri, *L'assenza di un vantaggio economico non esclude l'applicazione di sanzioni.* Il legislatore ha quindi deciso di far ruotare la responsabilità dell'ente derivante da reato intorno all'asse del diritto e del processo penale; di fatto realizzando una rottura rispetto al passato. Rilevata l'inefficacia di forme di responsabilità nascenti da obbligazioni di natura strettamente civile, si è quindi stabilito che l'ente possa intervenire nel processo non più e solo in base a modelli risarcitori per danni cagionati da reato, ma in virtù di uno schema punitivo idoneo ad aggredire direttamente gli organi nevralgici dell'"ente/persona" (su tutte, le sanzioni interdittive). Sul punto Costa, 1993, 1248.

2. In senso conforme Belluta, 2018, 8 secondo il quale: «ad occhi distratti il processo agli enti continua a non rappresentare un modello alternativo a quello ordinario: anzi il rinvio al codice di procedura penale (e alle relative disposizioni di attuazione, coordinamento e transitorie, ex art. 34 D.Lgs. n. 231 del 2001) pare dimostrare quanto, attraverso l'integrazione tra le due fonti, possa parlarsi di un processo penale *contra societatem* che, in fin dei conti, molto assomigli al rito ordinario».

Tali dubbi interpretativi non dovrebbero mettere in discussione la configurabilità di una responsabilità indiretta dell'ente, chiamato in veste di responsabile civile quale coobbligato in solido rispetto ai danni derivanti dal reato commesso dalla persona fisica.

Il decreto disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato; la responsabilità viene quindi definita, letteralmente, amministrativa. Nonostante la disciplina introdotta lasci trasparire una connotazione "punitiva", si è preferita un'etichetta neutrale per scongiurare possibili dubbi di aderenza alla Costituzione[3].

L'inquadramento giuridico della responsabilità degli enti ha valore dirimente al fine di verificarne la tenuta costituzionale. Tre sono le tesi prospettate: amministrativa[4], penale[5], ovvero un'autonoma forma di responsabilità, diversa rispetto ai noti e tradizionali sistemi penali o amministrativi (c.d. *tertium genus*)[6].

L'adesione ad una delle predette tesi non è questione meramente nominalistica, avendo la natura giuridica una ricaduta diretta su molte questioni pratiche, prima fra tutte, l'ammissibilità della costituzione di parte civile diretta nei confronti dell'ente.

Nonostante la centralità del tema, la giurisprudenza invita a ridimensionare l'eco del dibattito esortando, quindi, ad analizzare istituto per istituto, l'effettiva compatibilità tra le condizioni previste per il processo agli enti ed i valori fondamentali della responsabilità penale.

L'ente, immerso nella responsabilità penale, è davvero messo nelle condizioni di beneficiare ed esercitare tutte le facoltà costituzionalmente garantite all'imputato?

E, per quanto più strettamente attiene l'azione civile, il "sistema 231" pone l'ente nelle condizioni di garantire alla persona offesa lo stesso ristoro imposto all'imputato dichiarato colpevole?

2. Il tema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento "231" può essere scomposto in due macro quesiti: il primo, afferente la possibilità di identificare nella condotta dell'ente un illecito dal quale possa scaturire un dan-

3. Cfr. Relazione al Progetto Preliminare di Riforma del codice penale – Commissione Grosso – Parte generale, Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 574 ss.

4. In dottrina Marinucci, 2203, 308 ss.; Cocco, 2004, 116 ss.; Romano, 2002, 398.

5. In tal senso Conti, 2001, 862; De Maglie, 2001, 1348 SS.; Paliero, 2001, 845; De Simone, Travi, 2001, 1305 ss.

6. In tal senso Cfr. Delsignore, 2010; De Vero, 2001, 1154; Flora, 2004, 13; Stortoni–Tassinari, 2006, 7 e ss. In senso conforme in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 18.02.2010, n. 27735, Brill Rover e da ultimo Cass. S.U. 24.04.2014, Espenhahn e altri, CED Cass. n. 261112. Deve rilevarsi anche la presenza di una voce dottrinale che ipotizza una responsabilità di "quarto genere". Sul punto Vinciguerra, 2004.

no risarcibile; il secondo attinente, più nello specifico, l'individuazione della sede processuale nella quale esercitare l'eventuale azione di risarcimento.

Diviene allora necessario distinguere tra risarcimento, riparazione derivante da responsabilità diretta dell'ente, e danno da responsabilità indiretta; non essendo però quest'ultima in discussione[7].

Sul punto, granitico è il pronunciamento della Cassazione n. 2251/2011[8] nel quale si conferma che l'ente occupa la scena processuale non solo come responsabile amministrativo, ma anche come responsabile civile, quale soggetto obbligato in solido con l'autore del reato[9].

Secondo l'impostazione tradizionale[10], la responsabilità civile di un ente poteva essere ancorata al disposto dell'art. 2049 cod. civ.; la norma consentiva, già prima del sistema "231", l'esercizio nel processo penale delle pretese civili nei confronti dell'ente per i danni cagionati dal reato commesso dalla persona fisica, attraverso lo strumento della citazione del responsabile civile[11].

Ad agitare il dibattito è, invece, la possibilità di sostenere che l'ente sia autore di un illecito dal quale possa derivare un danno che legittimi la configurabilità di una responsabilità diretta per il fatto proprio. L'ente sarebbe quindi chiamato a rispondere non di un illecito diverso dal reato–presupposto, ma proprio di quest'ultimo. Chi muove dalla natura penale, considerando l'ente co–autore del reato, ne ammette la responsabilità diretta.

Sul fronte opposto, si sostiene che, trattandosi di responsabilità amministrativa

7. Da ultimo, anche la possibilità di attivare una responsabilità indiretta nei confronti dell'ente (fino a questo momento pacifica), citandolo quale responsabile civile è stata messa in discussione. Il Tribunale di Firenze, con ord. del 17.12.2012, resa nel procedimento "Giovanardi ed altri" (Dir. pen. proc. n. 8, 2013, 951 ss., con commento di Bianchi, *Responsabilità da reato degli enti e interessi civili: il nodo arriva alla Corte Costituzionale*), denunciava alla Corte Costituzionale l'art. 83, comma 1, cod. proc. pen. e le disposizioni integrali del D.Lgs. n. 231/2001, in relazione all'art. 3 della Costituzione. Come meglio si vedrà, C. Cost. 18.07.2014, n. 218 ha dichiarato inammissibile la questione.

8. Cass. 22.01.2011, n. 2251, CED Cass. 248791; per una compiuta analisi della pronuncia si vedano Mucciarelli, 2011, 431; Varraso, 2011, 2545 Ss.; Varanelli, 2011, 575 ss.

9. Il responsabile civile è il soggetto che, secondo le leggi civili, risponde del fatto commesso dall'imputato. L'azione civile risarcitoria nei confronti del responsabile civile è però condizionata dal preventivo esercizio dell'azione nei confronti dell'imputato; ecco perché a riguardo si è soliti parlare di azione "doppiamente eventuale". Tra le due azioni sussiste un vero e proprio rapporto di dipendenza. Sul punto Ceresa–Gastaldo, 2017, 96 ss.

10. In senso contrario, *ex multis*, Gup. Trib. Torino, ord. 26.01.2006, in Dir. Pen. Cont.; si legge: «Secondo l'impostazione tradizionale la responsabilità civile di un ente poteva essere ancorata al disposto dell'art. 2049 c.c. (...) Il D.Lgs. n. 231/2001 non ha lasciato la situazione immutata (...) Alla responsabilità indiretta dell'ente, che trae la propria fonte nell'art. 2049 c.c., si è aggiunta, pertanto, una responsabilità diretta dell'ente stesso ex art. 2043 c.c.».

11. Cfr. Ceresa– Gastaldo, 2017, 100; Zampaglione, 2010, 1245.

«non vi è spazio perché l'ente, sulla base della stessa, possa essere chiamato a rispondere civilmente per le restituzioni od il risarcimento del danno»[12].

3. Il dibattito sulla natura della responsabilità degli enti non sembra aver restituito delle risposte esaustive. Tant'è che in giurisprudenza si è auspicato di poterne ormai prescindere, per lasciare posto ad un'analisi sistematica della normativa "231" rispetto alle previsioni di cui agli artt. 74 ed 85 cod. proc. pen.

Presupposti per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale sono la commissione di un reato, la causazione di un danno patrimoniale o non patrimoniale definibile quale conseguenza diretta ed immediata del reato, la configurabilità di un titolo di responsabilità (dell'autore nel caso di costituzione di parte civile diretta, di soggetto diverso dal colpevole nel caso di intervento del responsabile civile).

L'esercizio dell'azione civile nel processo penale costituisce un frammento solo "eventuale". Per quanto di interesse, è opportuno chiedersi se tale operazione di innesto sia traslabile nel rito contro gli enti; il dato normativo di partenza non è univoco, anzi è completamente assente[13].

Come accennato, ad agitare il dibattito è proprio l'idea che dall'illecito dell'ente possa derivare in via diretta un danno, idoneo a fondare un titolo di responsabilità diretta, per fatto proprio, autonomo rispetto al danno da reato commesso dalla persona fisica. Il rischio nel quale si potrebbe incorrere è quello della duplicazione delle poste di danno e, quindi, una *overcompensation* della persona offesa, che vede risarcito due volte il danno subito[14].

Secondo l'orientamento "possibilista", dall'estensione della competenza del giudice penale, chiamato a conoscere anche dell'illecito dell'ente, deriverebbe l'automatica trasferibilità dell'azione civile dalla sua sede naturale a quella penale anche in relazione al danno da illecito; diversamente opinando, si incorrerebbe in una inammissibile differenziazione di situazioni sostanzialmente simili. L'ente è quindi chiamato a rispondere proprio del reato–presupposto. Alla tradizionale responsabilità indiretta *ex* art. 2049 cod. civ., si andrebbe ad aggiungere una forma di responsabilità diretta dell'ente *ex* art. 2043 cod. civ.[15]

12. Cfr. Trib. Milano, Gup ord. 25.01.2005, *www.rivista231.it.*

13. Sul punto Pistorelli, 2008, 105, afferma che: «è poi doveroso interpretare il decreto legislativo alla luce dell'art. 11 legge 29 settembre 2000, n. 300 (...). Una delle direttive della legge– delega, quella di cui all'art. 11, lett. v), legge 200/2000 si occupava in realtà dei danni subiti dai soci e dai terzi incolpevoli in ragione dell'illecito; ma tale direttiva non ha poi trovato attuazione. (...) L'ostinato silenzio del legislatore assume a questo punto maggior significato». Trattasi di un silenzio volontario, teso a non adempiere compiutamente a quella parte della delega.

14. Cfr. Pistorelli, 2008, 105.

15. Sul punto, Grosso, 2004, 1338, il quale, nella nota di commento a Gip Trib. Milano, ord. 9.03.2004, Riv. it. dir. proc. pen., afferma che «è vero che secondo l'impostazione tradizionale la re-

Il quesito che però affanna i commentatori è l'individuazione del corretto perimetro dell'art. 185 cod. pen., quale norma legittimante il risarcimento del danno derivante da reato. Sul punto due interpretazioni. Secondo un primo indirizzo, la diretta riconducibilità dell'ente nell'alveo dell'art. 185 cod. pen. si ottiene attraverso una interpretazione evolutiva della disposizione. L'illecito di cui risponde l'ente è strettamente connesso al reato, che ne costituisce il nucleo fondante. L'inscindibile legame che lo collega al reato giustificherebbe l'attrazione nella sfera di competenza del giudice penale e, di conseguenza, dovrebbe trascinare con sé anche le questioni civili ad essa causalmente connesse.

Per completezza, si dà atto della presenza di un secondo filone interpretativo che ricorre allo strumento dell'analogia; tale tecnica sarebbe pienamente ammissibile nel caso di specie, in quanto, l'art. 185 cod. pen., pur se formalmente inserita nel codice penale, in realtà non è altro che una trasposizione dell'art. 2043 cod. civ. L'analogia sarebbe altresì ammessa in relazione all'art. 74 cod. proc. pen., trattandosi appunto di una norma processuale; tale disposizione in virtù del rinvio operato dagli artt. 34 e 35 D.lgs n. 231/2001, sarebbe traslabile ad applicabile anche nel processo "231"[16].

Si richiamano, quali referenti normativi, gli articoli 34 e 35 del D.lgs 231/2001, che consentono un effetto traslativo delle disposizioni del codice di procedura penale, senza appesantire la struttura del decreto. È così possibile superare gli argomenti che, visto il silenzio del legislatore, fanno leva sul principio "*ubi lex voluit*, *dixit*". A sostegno si propone una lettura che, ai sensi degli artt. 12, 17 e 19,

sponsabilità civile della persona giuridica poteva essere evocata soltanto sotto il profilo della citazione ex art. 83 c.p.p. del responsabile civile. Fatto salvo questo tipo di intervento non esclude che dopo tale entrata in vigore del D.Lgs. 231/01 esso possa risultare affiancato da uno diverso, ulteriore (...) Le due posizioni di responsabilità sono infatti logicamente e giuridicamente distinguibili (...) Esse potranno in concreto essere entrambe presenti e rilevate dal giudice penale»; in senso conforme Gip. Trib. Milano, ord. 5.02.2008; Gip. Trib. Milano, ord. 24.01.2008; Gip. Trib. Torino, ord. 27.11.2004, tutte in *www.rivista231.it.*

16. La percorribilità dell'applicazione analogica si espone tuttavia ad alcune critiche. Dato per assunto che trattasi di materia eccezionale, inoltre, gli effetti che ne deriverebbero possono qualificarsi come effetti in *malam partem*. Come si legge in Giarda, 2005, 582 «pertanto, posto che l'art. 36 – nel rispetto dell'art. 11, lett. q), della legge delega – ha esteso la competenza del giudice penale esclusivamente a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente", senza fare alcun riferimento ad azioni diverse rispetto a quella penalistica, si deve concludere che manca ogni riferimento ad altri possibili effetti collegati direttamente o indirettamente alla sussistenza di tale responsabilità, con la conseguenza che difetta qualunque base normativa che legittimi l'ingresso nel processo penale di un'azione civile indirizzata in via diretta nei confronti dell'ente». In tale senso, un interessante spunto comparativo è dato dal rito minorile, nel quale, all'art. 10 d.P.R. 448/1988, si sancisce l'inammissibilità dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, confermando l'assoluta autonomia dei due aspetti, nella valutazione che il legislatore può compiere a riguardo.

dia valore agli eventuali comportamenti compensativi del danno posti in essere dall'ente[17].

In tal senso, il legislatore delegato avrebbe sostanzialmente attribuito al risarcimento del danno una funzione sanzionatoria pseudo–pubblicistica, la cui centralità risulterebbe difficilmente conciliabile con l'esclusione della parte civile dal procedimento a carico dell'ente[18].

In senso contrario, l'orientamento "negazionista" ritiene che il silenzio sia tutt'altro che casuale[19].

In termini di esclusione della costituzione di parte civile nel processo penale nei confronti dell'ente, si è pronunciata Cass. n. 2251/2011. L'autorevole pronuncia[20] svincola il quesito dell'ammissibilità della costituzione di parte civile dal tema più generale della natura giuridica; infatti, è necessario partire dalla volontà del legislatore, cercando *in primis* di comprendere le motivazioni sottese a tale «sistematica rimozione nel D.Lgs. n. 231/2001 di ogni richiamo o riferimento alla parte civile e alla persona offesa».

Necessario è comprendere se trattasi di una lacuna normativa da colmare ovvero di un silenzio intenzionale. Per fare ciò, devono analizzarsi anche i dati positivi che confermano la volontà di escludere la persona offesa/parte civile del processo.

L'illecito dell'ente non coincide con il reato, ma lo ricomprende. Di conseguenza, «deve escludersi che possa farsi applicazione degli artt. 185 cod. pen. e 74 cod. proc. pen., che invece contengono un espresso ed esclusivo riferimento al "reato" in senso tecnico». La norma sembra riferirsi esclusivamente ai danni da reato.

Da qui il vero nodo del problema. Il presupposto imprescindibile dell'esperibilità dell'azione civile (sia essa esercitata nella sua sede naturale o nel processo penale) è la presenza di un danno. Ora, è possibile affermare che l'illecito amministrativo di cui risponde l'ente sia in grado di generare un danno autonomo ed ulteriore rispetto a quello derivante dal reato?[21].

17. *Contra*, Cass. n. 2251/2011: «A questo proposito si osserva, preliminarmente, che dalla formulazione inequivocabile delle disposizioni menzionate (artt. 12– 17– 19 del decreto) si ricava che il danno cui si riferiscono è quello derivante dal reato e non quello determinato dall'illecito amministrativo commesso dall'ente, sicché le argomentazioni possono essere rovesciate».

18. Sul punto, in dottrina, Pistorelli, 2008,105; in giurisprudenza, Gip. Trib. Milano, ord. 24.01.2008, Guida Dir., 2008, n. 11, 76.

19. Ceresa– Gastaldo, 2017, 102.

20. In senso critico Tizzano, 2012, 166 afferma: «sul punto è intervenuta, nell'ottobre del 2010, la Cassazione ad escludere l'ammissibilità della costituzione di parte civile con motivazioni che, tuttavia, non persuadono del tutto offrendo lo spunto a riflessioni ulteriori».

21. Sul punto la dottrina è divisa: secondo un primo orientamento, trattandosi di due titoli di responsabilità differenti, va ribadita l'autonomia dell'illecito addebitato all'ente; secondo altro indirizzo, invece, i danni riferibili al reato esaurirebbero l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una

Secondo tale pronuncia «non è ipotizzabile l'esistenza di un danno che possa presentarsi come conseguenza immediata e diretta dell'illecito amministrativo», sicché deve ritenersi che nel processo a carico dell'ente non sia ammissibile la costituzione della parte civile».

In senso conforme si esprime la dottrina maggioritaria[22].

La diversità rispetto al rito ordinario troverebbe la sua giustificazione in relazione alla diversa *res iudicanda:* illecito nel processo agli enti, reato nel rito ordinario.

Questa ontologica differenza, accompagnata dalla garanzia dell'art. 83 cod. proc. pen., metterebbe al riparo da eventuali contrasti con gli artt. 3 e 24 Cost.

4. Come evidenziato innanzi, la pronuncia n. 2251/2011, pur escludendo l'ammissibilità della costituzione di parte civile, conclude per la idoneità del "sistema 231" a garantire una piena tutela della vittima del reato, potendo l'art. 83 cod. proc. pen. sopperire a tale lacuna normativa.

È proprio questa "pienezza di tutela" ad essere messa in dubbio dal Tribunale di Firenze, nel processo "Giovanardi ed altri": dapprima rispetto alla normativa europea, in un secondo momento, in relazione al principio di uguaglianza.

Nel dettaglio, con ordinanza del 9.02.2011, il Gip proponeva rinvio pregiudiziale alla Corte Europea, «per pronunciarsi sulla interpretazione degli artt. 2, 3 ed 8 della Direttiva Europea n. 220/2001 e, più in generale, di tutte le Decisioni Europee che concernono la persona offesa, in particolare sulle disposizioni della Decisione Quadro n. 2001/220/GAI[23] del 15.03.2000, nonché sulle disposizioni della Direttiva Comunitaria n. 2004/80/CE[24]», al fine di verificare la conformità del D.Lgs. n. 231/2001 nella parte in cui non prevede espressamente la possibilità di esperire azione risarcitoria diretta nei confronti dell'ente incolpato.

Il giudice fiorentino sostiene la disarmonicità del "sistema 231" rispetto alla normativa europea vigente; le vittime sarebbero costrette a chiedere il risarcimento

pretesa risarcitoria, escludendo che possano esservi danni ulteriori derivanti direttamente dall'illecito dell'ente. Cfr. Sandrelli, 2009, 2818; Pistorelli, 2008, 105.

22. Sul punto, Dell'anno, 2008, 506 Ss.; Zampaglione, 2010, 1238

23. L'art. 9 della Decisione Quadro n. 2001/220/GAI del 15.03.2001 dispone che l'Ordinamento penale e processual–penale di uno Stato membro deve garantire alle vittime e persone offese dai reati il diritto al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza delle condotte delittuose, entro un ragionevole lasso di tempo e nell'ambito del procedimento, non in un separato giudizio. Sul punto cfr. BASSI, 2011, 191.

24. Secondo Mancuso, 2011, 1351, «rispetto allo scopo del sindacato pregiudiziale, il richiamo effettuato dal giudice alla Direttiva 2004/80/CE appare inadeguato, in quanto tale direttiva stabilisce un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, quindi tema del tutto avulso rispetto alla tempestiva tutela in sede giurisdizionale penale».

dei danni fuori dal contesto penale, con il rischio che la dilatazione dei tempi del processo civile renda, di fatto, inefficace l'azione di tutela[25].

Il vero punto critico che avvalorerebbe la lesione del ristoro «sta nel fatto che il Decreto Legislativo 231/2001 dispone che l'ente/persona giuridica si deve considerare formalmente imputato nel processo penale, e, conseguentemente ad esso si applicano le disposizioni relative all'imputato, in quanto compatibili con il peculiare *genus* di responsabilità».

Ne deriva che la persona offesa non può trovare tutela neppure attraverso lo strumento processuale dell'art. 83 cod. proc. pen., a ciò osterebbe il comma 1. Tale circostanza determinerebbe un "doppio limite" del diritto al risarcimento dei danni patiti dalle vittime, in contrasto con l'art. 9 della Direttiva UE sopracitata. L'unica soluzione sarebbe quella di ammettere la responsabilità diretta dell'ente, in via penale, del risarcimento di danni collegati; in alternativa si dovrebbe prevedere espressamente l'utilizzabilità dello strumento *ex* art. 83 cod. proc. pen., ovvero ammettere il risarcimento del danno come penalità (cd. *Remedial orders*).

La Corte di Giustizia, condividendo la tesi dell'autonomia tra i due titoli di responsabilità, ritiene che non possa configurarsi un danno ultroneo, meritevole di ristoro, diverso da quello derivante dal reato commesso dalla persona fisica[26].

Conclude quindi affermando che la possibilità per la vittima di costituirsi parte civile contro la persona fisica autrice del reato è sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 9, par. 1, della decisione quadro 2001/220/GAI. La Corte, *bypassando* tutte le disquisizioni sulla natura giuridica della responsabilità, si limita a confermare l'inammissibilità della costituzione di parte civile verso l'ente.

Nell'ambito del medesimo procedimento, il Gip, con ordinanza del 17.12.2012[27], vista la decisione della Corte di Giustizia resa all'esito della causa pregiudiziale n. 79/2011, e considerato che le persone offese chiedevano la citazione come responsabili civili delle società incolpate[28] ai sensi dell'art. 83 cod. proc. pen., sollevava questione di legittimità costituzionale, affinché venisse valutata «la compatibilità costituzionale, in relazione all'art. 3, dell'attuale formulazione dell'art. 83 c.p.p. e delle disposizioni integrali del D.Lgs. n. 231 /2001».

25. Cfr. Mancuso, 2011, 1348.

26. Corte di Giustizia UE, sez. II, sent. 12.07.2012, Giovanardi, C– 79/11.

27. Ord. iscritta al n. 61 del registro ordinanze 2013, pubblicata in G.U. n. 14, prima serie speciale, anno 2013. Si veda sul punto, Della Ragione, 2011, 2, 263; Giunchedi, 2011, 2.

28. Ricordiamo che preliminarmente le persone offese avevano chiesto di costituirsi parti civili nei confronti di tali società ed il giudice *a quo*, ritenendo che tale possibilità non fosse consentita, con ordinanza 9.02.29011, rimetteva gli atti alla Corte di Giustizia. Nell'udienza successiva, le persone offese avevano invece chiesto la citazione delle società come responsabili civili ai sensi dell'art. 83 cod. proc. pen.

L'assunto di partenza sta nel ritenere le società imputate assieme ai coimputati persone fisiche. Il Giudice, quindi, non solo nega la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, ma ne esclude anche la citazione quali responsabili civili.

La Corte Costituzionale con la sentenza 9.07.2014, n. 218, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata. Secondo la Corte, ci sarebbe un errore genetico di lettura dell'art. 83 cod. proc. pen. che ha indotto in errore il Gip, ossia ritenere che ente e persona fisica siano coimputati ovvero che l'illecito coincida con il reato.

I giudici costituzionali si soffermano, quindi, sul "reale" significato della disposizione, sulla *ratio* della norma. Quest'ultima non rappresenta una forma di garanzia applicabile agli imputati, ma semplicemente lo sviluppo del principio secondo cui una persona non può essere contestualmente chiamata a rispondere per lo stesso fatto, sia come autore sia come responsabile civile per la condotta del coimputato. Poiché il responsabile è chiamato a rispondere civilmente del fatto altrui, la citazione presuppone logicamente che egli non sia civilmente responsabile/obbligato per il fatto proprio.

Dunque, la citazione dell'imputato come responsabile civile per il fatto dei coimputati è ammessa sotto condizione, producendo effetti nel caso in cui l'imputato venga prosciolto od ottenga una sentenza di non luogo a procedere[29].

I chiarimenti forniti dalla Corte Costituzionale sembravano aver posto le basi per ritenere definitivamente chiusa la questione.

Le autorevoli pronunce sin d'ora analizzate, però, sono state ridimensionate dall'inaspettata inversione di rotta registratasi sul punto nel processo "Ambiente svenduto", pendente presso la Corte di Assise di Taranto (c.d. "processo Ilva")[30].

La Corte d'Assise tarantina muove il suo ragionamento dalla Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001, oltre che dalla legge–delega n. 300/2000, ricordando che il legislatore non ha dato attuazione a quanto previsto dall'art. 11, comma 1, lett. u), L. n. 300/2000; tale disposizione indicava al delegato di prevedere un sistema di riconoscimento del danno (a seguito dell'azione di risarcimento) che fosse svincolata dalla dimostrazione «della sussistenza di un nesso di causalità diretto tra il fatto che ha determinato l'accertamento della responsabilità ed il danno subito». Trattasi certamente di una previsione peggiorativa rispetto alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità; la scelta del legislatore di non dare attuazione a

29. Tale significato è confermato dalla Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale. L'art. 107, comma 1, cod. proc. pen. del 1930, da cui rinviene l'art. 83 cod. proc. pen. vigente, esprimeva il medesimo principio in maniera ancora più chiara, affermando che «Anche l'imputato può essere citato come responsabile civile per il fatto dei coimputati, per il caso in cui venga prosciolto dalla responsabilità penale».

30. Corte d'Assise Taranto, ord. 4.10.2016, pres. Pietrangelo.

tale disposizione è sintomatica. Proprio da qui muove tutto il ragionamento della Corte d'Assise.

Il legislatore non ha volutamente disciplinato l'azione di responsabilità civile nei confronti dell'ente, responsabile ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, in quanto peggiorativa rispetto ai criteri ordinari previsti dal codice penale e dal codice di procedura penale. È evidente che l'intento era quello di "riempire" il silenzio creatosi a seguito della mancata attuazione della delega, con il sistema di rinvio recettizio ai sensi degli artt. 34 e 35 D.lgs. n. 231/2001. Il legislatore ha evitato l'adozione di una disciplina speciale della costituzione di parte civile e, più in generale, dell'azione di riconoscimento del danno, richiamando la disciplina generale in quanto più favorevole.

La Corte, *ad abundantiam*, volendo blindare la sua decisione, passa in rassegna tutti gli indici rivelatori dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel "rito 231", così come evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza favorevoli sul punto.

Si legge, quindi, che «non si ravvisano ragioni espresse per poter negare la possibilità di costituzione di parte civile nei confronti dell'ente. Quest'ultimo, infatti, risponde per un fatto proprio nella forma della "colpa di organizzazione". Un ruolo centrale è svolto dai modelli organizzativi la cui violazione viene considerata integrativa del giudizio sulla colpevolezza, intesa come "rimproverabilità" dell'ente. Fatto proprio dell'ente che quindi, lo obbliga, a norma dell'art. 185 cod. pen., così come richiamato dall'art. 174 cod. proc. pen., a sua volta espressamente applicabile *ex* art. 34 D. Lgs. 231/2001, al risarcimento del danno».

Tirando le somme, si può dire che la Corte d'Assise tarantina riconosce l'origine della responsabilità dell'ente nel *deficit* organizzativo. La mancata adozione di modelli organizzativi, ovvero la loro inadeguatezza, sono circostanze in grado di agevolare la commissione dei reati commessi per mano delle persone fisiche.

Quanto affermato, però, sembra condurci al punto di partenza.

Quale danno diretto, immediato, ma soprattutto quantificabile deriverebbe dal deficit organizzativo? Di fatto, l'illecito sembra essere ricostruito in termini meramente agevolativi rispetto alla commissione del reato. Il danno sembra essere collegato esclusivamente al reato. Ritorna, quindi, il quesito che ci ha accompagnato in tutta l'analisi: quali profili pregiudizievoli derivano dall'agire dell'ente? Sono annoverabili delle conseguenze suscettibili di fondare una pretesa risarcitoria?

Torna allora "a galla" il grande rischio della duplicazione delle poste risarcitorie, ossia il rischio di liquidare il danno diretto ed immediato derivante dalla commissione del reato ed il danno derivante dall'autonomo titolo di responsabilità imputabile alla persona giuridica.

La Corte d'Assise ammette pertanto le costituzioni di parte civile nei confronti dell'ente, ritenendo che l'illecito possa, a pieno titolo, rappresentare una situazione produttiva di un danno, derivante da una fonte autonoma di responsabilità.

5. Se l'illecito dell'ente non può ontologicamente prescindere dal reato commesso dalla persona fisica (costituendone il presupposto), dal punto di vista della perseguibilità questo legame può essere reciso, rendendo autonome le due vicende processuali. I due momenti, accertamento della responsabilità ed eventuale comminatoria della pena/sanzione, potranno quindi intraprendere percorsi differenti.

Tale autonomia è prevista dall'art. 8 D.lgs. n. 231/2001: la norma stabilisce che la mancata identificazione o la non imputabilità della persona fisica autrice del reato, ovvero l'estinzione del reato per una causa diversa dall'amnistia, non sono eventi idonei a determinare l'arresto o ad impedirne la prosecuzione. Ne consegue che la vicenda processuale dell'ente procede autonomamente.

In alcuni casi, tale autonomia potrebbe rappresentare una violazione ove parametrata ad una lettura costituzionalizzata dei criteri di imputazione della responsabilità. Infatti, nel caso in cui non si addivenga all'identificazione *ab origine* dell'autore del reato (e di conseguenza non sia possibile conoscere la qualifica rivestita nell'organico aziendale), verrebbe a mancare il collegamento probatorio tra qualifica e prova "liberatoria" *ex* art. 6 D.lgs. n. 231/2001.

Sempre in termini di biforcazione, questa si verifica quando il processo a carico della persona giuridica e quello a carico della persona fisica sono celebrati separatamente, *ex* art. 38 D.lgs. n. 231/2001. Si procede autonomamente per l'illecito amministrativo dell'ente: quando è stata ordinata la sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 71 cod. proc. pen.; quando il procedimento è stato definito con il giudizio abbreviato o con l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.; quando è stato emesso il decreto penale di condanna, ovvero quando l'osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario[31].

Il descritto meccanismo, dichiarato tra l'altro conforme sia alla Costituzione che ai principi sovranazionali della Corte Europea, potrebbe incepparsi dinanzi ai sopracitati casi di deroga al sistema del simultaneo processo. In questi casi, la persona offesa dal reato non potrà neppure beneficiare della citazione dell'ente quale responsabile civile. Tale strumento processuale presuppone, infatti, lo *status* processuale di imputato della persona fisica, del cui operato l'ente è chiamato a rispondere ai sensi degli artt. 2049 cod. civ. e 83 cod. proc. pen.

In tali casi, anche se di marginale verificazione, il non poter operare il meccanismo della citazione dell'ente quale responsabile civile dovrebbe portare a rimeditare in ordine alla piena compatibilità del "sistema 231" rispetto alla disciplina europea sulla tutela della persona offesa dal reato. Di fatto, l'unico strumento utilizzabile al fine di garantire una tutela risarcitoria, resterebbe l'esercizio autonomo dell'azione di danno in sede civile.

31. Sul punto Zampaglione, 2010, 1236.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amarelli G. (2002). La responsabilità penale delle persone giuridiche tra ostacoli dogmatici ed istanze di politica criminale, in De Vita A., a cura di, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problema di effettività*. Napoli: Jovene, p.83–340.

Amarelli G. (2006). Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti. *Riv. it. dir. proc. pen*., 1, p. 151 ss.

AA.VV. (2006). *Il processo penale de societate*, in Bernasconi A., a cura di, Milano: Giuffrè Editore.

Bassi A. (2009). La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto. *Rivista231*, 3, p. 17 ss.

Bassi A. (2011). La costituzione di parte civile nel processo con l'ente: stop and go tra Roma e Lussemburgo. parte I. *Resp. amm. delle società e degli enti*, 3, p. 191 ss.

Belluta H. (2008). sub. art, 34, in Presutti A., Bernasconi A., Fiorio C., a cura di, *La responsabilità degli enti*. Padova: Cedam, p. 351.

Belluta H. (2018). *L'ente incolpato. diritti fondamentali e "processo 231"*. Torino: Giappichelli Editore.

Bernasconi A. (2008). Responsabilità amministrativa degli enti. *Enc. dir., annali, tomo 2*, Milano: Giuffrè, p. 963 ss.

Bricchetti R. (2008). Cautele di natura patrimoniale già assicurate dal Codice di Procedura. *Resp. e risarc*., 5, p. 14 ss.

Bricchetti R. (2011). La persona giuridica non risponde del reato ma di un illecito inidoneo per il risarcimento. *Guida al diritto*, 9, p. 58.

Ceccarelli M. (2009). La costituzione di parte civile nei processi di accertamento della responsabilità dell'ente. *Arch. n. proc. pen*., 1, p. 93.

Ceresa–Gastaldo M. (2017). *Procedura penale delle società*, II ed., Torino: Giappichelli Editore.

Cocco G. (2004). L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione. *Riv. it. dir. proc. pen*., 9, p. 116 ss.

Conti C. (2001). La responsabilità delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest? in Galgano F., diretto da, *Il diritto penale dell'impresa– Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, xxv, Padova: Cedam, p. 862.

Costa F. (1993). Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche. *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1248.

Croce G.R., Coratella C. (2008). *Guida alla responsabilità da reato degli enti – I percorsi operativi di Guida al Diritto*, Milano: Il sole 24 ore.

De Maglie C. (2001). Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità. *Dir. pen. proc*., p. 1348 ss.

De Simone G. (2003). La responsabilità da reato dell'impresa nel sistema italiano: alcune osservazioni rapsodiche e una preliminare divagazione comparativa, *Atti di convegno Firenze 15–16 marzo 2001*. Padova: Cedam, p. 220 ss.

De Vero G. (2001). Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1154.

Dell'Anno P.P. (2008). Commento all'art. 59 d. lgs. 231/2001, in Bernasconi A., Presutti A., Fiorio C., a cura di, *La responsabilità degli enti*, Padova: Cedam, p. 506 ss.

Della Ragione L. (2011). Questione pregiudiziale europea sulla parte civile nel processo a carico dell'ente. *Arch. pen*., 2, p. 673.

Delsignore S. (2010). sub. art. 1, in Cadoppi A., Garuti G., Veneziani P., a cura di, *Enti e responsabilità da reato*. Milano: Utet.

Dovere S. (2008). La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente per i reati previsti dall'art. 25 septies, d.lgs. 231/2001. *Rivista231*, 3, p. 92.

Flora G. (2004). Le sanzioni punitive per le persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale? in Cerquetti G. – Fiorio C., a cura di, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*. Padova: Cedam, p. 13 ss.

Garofoli R. (2017/2018). *Manuale di diritto penale– parte generale*. Molfetta: Nel Diritto Editore.

Giarda A. (2005). Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti", Nota a Gip. Trib. Milano, ord. 9.03.2004. *Corr. merito*, 5, p. 582 ss.

Giarda A., Mancuso E.M., Spangher G, Varraso G. (a cura di) (2007). *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*. Assago: Ipsoa.

Giunchedi F. (2011). Work in progress nel processo agli enti: la costituzione di parte civile davanti alla corte di giustizia. *Giurisprudenza penale Web*, 2.

Grosso C.F. (2004). Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 davanti al Giudice Penale. *Riv. it. dir. proc. pen*., 4, p. 1335.

Ielo P. (2011). Non è irragionevole ammettere la parte civile nel processo agli enti. *Proc. pen. giust*., 3, p. 93.

Mancuso E.M. (2011). Processo alle società e azione civile derivante da illecito amministrativo: la Corte di Giustizia in chiave nomofilattica? *Riv. it. dir. proc. pen*., 3, p. 1340.

Marinucci G. (2003). *Relazione di sintesi*, Atti di convegno di Firenze 15/16 marzo 2002. Padova: Cedam, p. 308 ss.

Marinucci G. (2007). La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico–dogmatico. *Riv. it. dir. proc. pen*., p. 445 ss.

Mora A. (2007). Profili civilistici della responsabilità dell'ente dipendente da reato e vicende modificative dell'ente. *Resp. civ. prev*., 7/8, p. 1493.

Mucciarelli F. (2011). Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex D. lgs. n. 231/2001. *Dir. pen. proc*., p. 431 ss.

Napoleoni V. (2005), Le vicende modificative dell'ente, in Lattanzi G., a cura di, *Reati e responsabilità degli enti*, *guida al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. Milano: Giuffrè.

Paliero C.E. (2001). Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest. *Corr. giur.,* p. 845.

Paliero C.E. (2008). La società punita: del come, del perché e del per cosa. *Riv. it. dir. proc. pen*., 4, p. 1516 ss.

Panasiti M. (2007). Spunti di riflessione sulla legittimazione passiva dell'ente nell'azione civile di risarcimento nel procedimento penale. *Rivista231*, 1, p. 104.

Paolozzi G. (2006). *Vademecum per gli enti sotto processo*. Torino: Giappicchelli Editore.

Pasculli A. (2005). *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*. Bari: Cacucci Editore.

Pistorelli L. (2008). La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: note a margine di un dibattito forse inutile. *Rivista231*, 3, p. 105.

Presutti A., Bernasconi A., (2013), *Manuale della responsabilità degli enti*. Milano: Giuffrè Editore.

Pulitano' D. (2002). La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione. *Riv. it. dir. proc. pen*., p. 417 ss.

Renzetti S. (2017). *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*. Torino: Giappichelli Editore.

Romano B. (2002). La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali. *Riv. soc*., p. 398.

Sandrelli G. (2009). Procedimento penale a carico degli enti e costituzione di parte civile. *Giur. mer*., p. 2818.

Scalfati A. (2008). Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni, nota a Gip. Trib. Milano, ord. 24.01.2008. *Guida al Diritto*, 11, p. 80.

Stortoni L.–Tassinari D. (2006). La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti? *Indice pen*., p. 7 ss.

Travi A. (2001). La responsabilità della persona giuridica nel D. lgs. n. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo. *La società,* p. 1305 ss.

Varraso G. (2002). La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale. *La resp. amm. degli enti*, p. 233.

Varraso G. (2011). L'"ostinato silenzio" del D.lgs. n. 231 del 2000 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché". *Cass. pen*., p. 2545.

Vignoli F. (2006). La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato. *Rivista231*, 3, p. 28.

Vignoli F. (2006). La responsabilità "da reato" dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza. *Rivista231*, 2, p. 103 ss.

Vignoli F. (2012), Citazione del responsabile o costituzione nei confronti dell'ente? Brevi appunti sulla conservazione della domanda risarcitoria ammessa in giudizio. *Rivista231*, 2, p. 84.

Vinciguerra S. (2004). La struttura dell'illecito, in Vinciguerra S., Ceresa–Gastaldo M., Rossi A., a cura di, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*. Padova: Cedam.

Zampaglione A. (2010). Considerazioni sulla costituzione di parte civile nel processo penale a carico degli enti. *Dir. pen. proc.*, 10, p. 1235 ss.

Zanchetti M. (2008). La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte. *Guida al diritto*, 25, p. 86.

GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA

BREVI NOTE SU FLESSIBILITÀ E PRECARIETÀ DEL LAVORO*

ABSTRACT

Il saggio analizza la cd. legislazione della flessibilità, individuandone, soprattutto attraverso i provvedimenti del cd. *Jobs Act*, elementi che tanto nel momento dell'accesso al lavoro quanto in quello della cessazione del contratto, contribuiscono ad un pesante cambiamento di significato in termini di precarietà del lavoro. Anche le recentissime modifiche operate dal D.L. n. 87/2018 non sembrano in grado di invertire la tendenza, dimenticando un significato più "alto" di flessibilità come capacità di adattamento e di investimento, anche sul fattore lavoro.

The essay analyses the flexibility legislation, identifying, especially through the provisions of the so–called. Jobs Act, elements that, when entering or terminating an employment contract, contribute to a change of meaning from job flexibility to job insecurity. Even the very recent changes provided by the Law Decree no. 87/2018 seem unable to reverse the trend, forgetting a "higher" meaning of flexibility as a capacity for adaptation and investment, also on the labour factor.

PAROLE CHIAVE

Lavoro subordinato / flessibilità / precarietà

Employment contract / flexibility / job insecurity

SOMMARIO: 1. Flessibilità: uno, cento, mille significati. – 2. Dalla flessibilità contrattata alla *flexicurity*. – 3. La flessibilità in entrata. – 4. La flessibilità in uscita. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Contrariamente ad una diffusa percezione, flessibilità e precarietà non sono affatto sinonimi. Di certo, l'ingresso della flessibilità nel mondo del lavoro e la sua regolazione hanno comportato una differenziazione di trattamenti, l'inizio di una disunità della stessa fattispecie "lavoro subordinato" e la necessità di individuare con maggiore precisione gli interessi individuali da ricomporre nella definizione di un unico, e rappresentativo, interesse collettivo. Come ha saputo scrivere in

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

maniera assai acuta Aris Acconero, il Novecento – come "secolo del lavoro" – ha rappresentato il periodo storico nel quale «tutti ci alzavamo alla medesima ora, magari al suono delle sirene tutti uniformati negli orari giornalieri, settimanali, e poi annui»[1] nella convinzione che «la vita lavorativa si svolgesse su tutto l'orario giornaliero per tutti i giorni feriali della settimana in tutti i mesi lavorativi dell'anno, fino alla pensione»[2]. L'attuale dimensione della vita lavorativa non potrebbe essere più distante dal quel quadro.

Ciononostante, della flessibilità possono essere forniti almeno due – distinti, antitetici – significati[3]. Essa implica innanzitutto, in maniera positiva, l'adattamento al contesto che muta; in questo senso, anche per il lavoro, flessibilità può significare evolutivamente capacità di investimento ed adattamento tecnico–organizzativo, con effetti diretti sulla capacità di innovazione dell'impresa ed in ultima analisi con benefici sui livelli occupazionali.

Ma flessibilità può avere anche il significato assai meno nobile di "svincolo" dalle percepite rigidità, ed in tal senso sconfinare nella precarietà, organizzativa e del lavoro, realizzando una mera redistribuzione e risparmio (sui costi) dei fattori della produzione[4]: in tal senso, implica il disimpegno dell'impresa rispetto al personale ritenuto solo occasionalmente necessario alla realizzazione dei propri obiettivi, e determina un aumento della produttività ragionato semplicemente sull'aumento dell'intensità del rapporto tra produzione e costo necessario alla produzione; in ultima analisi, produce il *dumping sociale*, come abbattimento complessivo delle condizioni di lavoro, insinuando la concorrenza tra i gruppi di lavoratori (più qualificati/meno qualificati; stabili/con impieghi temporalmente determinati; direttamente dipendenti/somministrati).

Se il lemma "flessibilità" ha una molteplicità di significati e di effetti, il discorso sulla flessibilità è tutt'altro che neutro, e si mostra ormai da tempio ideologicamente orientato[5], prendendo le mosse dalla crisi e dalla critica al (diritto del) lavoro tradizionale, ritenuto "rigido" ed "inefficiente"[6], e invocando risposte inizialmente

1. Accornero, 1994, 133.

2. Accornero, 1990, 36.

3. Per una rassegna dei significati che il termine ha assunto nella sociologia del lavoro si rinvia a Reyneri, 2003, e nella prospettiva giuslavoristica a Garofalo M.G., 2013.

4. Lo stesso ragionamento è stato condotto anche sui modelli organizzativi di impresa, una volta più rigida e con costosa variabilità dei propri *modus operandi*, e costretta di fronte alla globalizzazione prima e alla crisi economica mondiale poi, a fare i conti con i rapidi mutamenti della domanda, sino al punto che sembra oggi quest'ultima a condizionare l'offerta e quindi la stessa produzione. Sulle trasformazioni organizzative d'impresa e sul loro impatto sulle tutele individuali del lavoro, Garofalo D., 2018.

5. Caruso, 2005.

6. «Il problema dell'Italia non è quello di destabilizzare il sistema di garanzie del lavoro dipendente attraverso politiche di flessibilizzazione estrema dell'uso della forza–lavoro, inseguendo una tardiva e

legate alla gestione di situazioni di emergenza e poi prospettate come strumento fisiologico di gestione del lavoro.

Sotto altro profilo, il tema della flessibilità delle condizioni di lavoro e dell'occupazione è, al di là delle concrete soluzioni di volta in volta adottate dal legislatore, anche un privilegiato punto di osservazione del rapporto tra le fonti del diritto del lavoro, che, come è noto, dimostra in questo tutta la sua specialità, per essere il risultato della combinazione delle regole dettate dalla legge ed insieme dal contratto collettivo e da quello individuale. Il ragionamento sulla flessibilità può diventare dunque anche un discorso sulle tecniche di flessibilizzazione.

2. Nel sistema italiano, come in molti altri Paesi Europei, accanto all'impostazione tradizionale, che vedeva il rapporto tra la legge e l'autonomia collettiva fondato sui canoni della inderogabilità e del *favor* nei confronti del lavoratore, si è andato affermando, a partire dagli anni '80, un modello di integrazione funzionale variamente denominato come "garantismo collettivo" o "flessibilità contrattata", come metodo di organizzazione e governo delle trasformazioni produttive[7].

Il legislatore, attraverso questo modello di regolazione, ha affidato alle parti sociali, selezionate sulla base della loro maggiore rappresentatività, ed alle loro sedi di confronto e contrattazione, una molteplicità di rinvii legali chiamati a integrare – ed in parte anche a modificare – la disciplina dallo stesso fornita, ritenendo proprio il contratto collettivo lo strumento più idoneo a fare da "filtro" ed insieme a garantire l'equilibrio complessivo tra gli interessi in gioco[8].

Tale schema è certamente entrato in crisi a partire dalla fine degli anni '90, sull'onda, prima, di una più forte istanza da parte del mondo produttivo di una

irrealistica imitazione del modello americano o affrontando la competizione globale sulla base di una impraticabile gara alla riduzione dei costi e delle tutele del lavoro. Al contrario: il paese deve puntare sulla qualificazione del suo tessuto produttivo e professionale. È lo stesso problema che ha l'Europa»; così Mariucci, 2005, 6 e la riflessione, a distanza di oltre un decennio, resta puntuale e severa.

7. Cfr. Zoppoli, 2015, 6, che ne individua un "motore consensualistico", capace cioè di promuovere una regolazione fortemente condivisa dalle parti sociali.

8. In materia di contratto a tempo determinato, ad esempio, con la L. n. 57/1986 venne affidato alla contrattazione collettiva il compito di prevedere ulteriori condizioni di utilizzo (cioè il *se* e il *quando*) del contratto, e anche dopo la riforma operata dal D.Lgs. n. 368/2001 alla stessa contrattazione veniva mantenuto il ruolo di stabilire, in via generale a livello nazionale per ogni categoria, le cd. clausole di contingentamento (ovvero il quanto utilizzare la tipologia contrattuale). In tale visione, il primato del contratto di lavoro a tempo indeterminato, e più in generale la regolamentazione del modello *standard* del rapporto di lavoro subordinato, non era assolutamente posto in discussione – come dimostrato dal numero limitato delle deviazioni dal modello, così come dalla conversione in caso di sua violazione –, ma l'intervento richiesto all'autonomia collettiva risultava essere quello di segnare la via di una flessibilità commisurata tanto alle esigenze delle imprese quanto alla tutela dell'occupazione, assumendo così una funzione "autorizzatoria" nel confronti delle parti individuali .

flessibilità "secca" – da realizzarsi cioè attraverso la ri–regolazione degli standard di protezione già apprestati dalla legge – e poi dall'affermarsi, a livello europeo, del teorema della *flexicurity*, ovvero dello scambio tra la riduzione delle tutele del contratto e l'incremento delle protezioni nel mercato del lavoro.

Ed invero, già con il vertice di Lisbona del 2000 la flessibilità si è affermata come il "terzo pilastro" delle politiche di incremento occupazionale, diventando la *ratio* ispiratrice delle politiche comunitarie e di quelle degli Stati membri degli anni successivi. Con la Comunicazione della Commissione COM(2007)359 def., 27 giugno 2007 (*Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*), il ragionamento proposto dalle istituzioni comunitarie si è fatto più articolato e completo: si legge in diversi punti come «nel complesso la globalizzazione rappresenta un'occasione per la crescita e l'occupazione, ma i cambiamenti che essa reca con sé richiedono risposte rapide da parte delle imprese e dei lavoratori» atteso che «i singoli hanno sempre più bisogno di sicurezza dell'occupazione piuttosto che di sicurezza del posto di lavoro».

La tesi della *flexicurity* – benché del tutto indimostrata negli effetti positivi che sarebbe, secondo chi la promuove, in grado di provocare[9] – ha trovato pronta adesione anche nel sistema italiano, sebbene con una maggiore accelerazione sui temi della flessibilità nei contratti e nella disciplina del recesso che non in quello delle politiche attive del lavoro, rimaste sino ad oggi di scarsa efficacia[10].

È stata questa la scelta operata dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, che ha contemporaneamente riformato l'art. 18 St. lav. sulle tutele contro il licenziamento illegittimo e introdotto l'ASpI, e più ancora dalla più recente riforma del mercato del lavoro, ad opera del cd. Jobs Act (L. 10 dicembre 2014, n. 183) e dei suoi numerosi decreti attuativi.

Ne deriva un quadro d'insieme che eleva di certo il tasso di flessibilità della

9. Essa anzi sembra oggi offrirsi ad un radicale ripensamento, per effetto non solo dei «drammatici strascichi della crisi in numerosi Stati membri» ma anche degli «effetti perversi della rinnovata *governance* economica dell'UE» (Corti, 2018, 74): per tali motivi, l'11 novembre 2017 il Parlamento europeo, la Commissione europea, ed il Consiglio dell'UE hanno solennemente proclamato il Pilastro europeo dei diritti sociali, un elenco di 20 diritti e principi (suddivisi in tre capi, pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, protezione sociale e inclusione) che gli Stati membri si sono impegnati a garantire, provando così a (ri)bilanciare quello tradizionale economico–monetario.

10. Speziale, 2014, 9 ammoniva peraltro che «occorrerebbe valutare se le maggiori protezioni nel sostegno del reddito dei disoccupati e nella implementazione di politiche attive che favoriscono il loro ricollocamento – sicuramente apprezzabili – siano tali da giustificare riduzioni così forti su diritti fondamentali connessi al contratto di lavoro, come quello in tema di licenziamento, tutela della professionalità, controlli a distanza». Sulla riforma del sistema di politiche attive operata con il Jobs Act, su cui ha peraltro inciso la bocciatura della riforma costituzionale del dicembre 2016, che la mantiene quale materia concorrente tra Stato ed enti locali, cfr. Ferrante, 2016; Filì, 2016, Garofalo D., 2016; Ricci, 2017.

regolamentazione del lavoro, a partire dalla cospicua offerta di tipologie flessibili di impiego (il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 ha proceduto ad una organica risistemazione dei cd. contratti di lavoro non–standard, ma con l'eccezione dell'abrogazione del lavoro ripartito e dell'associazione in partecipazione con solo apporto di manodopera, non ne ha certamente ridotto il numero), proseguendo con la flessibilizzazione della gestione del rapporto (si pensi soltanto alla nuova disciplina delle mansioni *ex* art. 2103 cod. civ. ed alla ampia disponibilità dell'ambito di esigibilità della prestazione per determinazione unilaterale del datore oltre che per accordo individuale), e chiudendo su un alleggerimento del costo del recesso datoriale, attraverso il tendenziale superamento della stabilità occupazionale con il cd. contratto a tutele crescenti (D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

Allo stesso tempo, il *corpus* della riforma offre un profondo ripensamento del ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva nella gestione della flessibilità, che può essere valutato secondo due criteri, quello della quantità/qualità dei rinvii legali e quello del metodo di selezione dei soggetti e dei livelli collettivi abilitati ad implementare gli stessi rinvii.

Sotto il primo profilo, i rinvii alla contrattazione collettiva restano assai significativi sotto quanto a numero – sono almeno una quarantina tra tutti i decreti delegati del Jobs Act – e diversità degli istituti coinvolti, ma non si può negare che in alcuni casi si assista comunque alla tendenza legislativa a riappropriarsi di spazi regolativi precedentemente affidati alle parti collettive[11]. L'intervento collettivo viene richiesto ancora su questioni regolative essenziali, che vanno dalla regolamentazione del rapporto di apprendistato alla qualificazione del rapporto come genuinamente parasubordinato. E tuttavia sono pochi i rinvii "non condizionati"[12], mentre di regola l'apertura alla contrattazione collettiva è costruita in senso integrativo/derogatorio: essa si trova sovente "costretta", da un lato, da una regola suppletiva comunque garantita dalla legge e, dall'altro, dalla accentuata conflittualità con la possibilità di una (ulteriore) deregolazione per mano dell'accordo individuale.

Quanto invece al piano della selezione dei soggetti e dei livelli, la recente riforma offre una norma cardine, l'art. 51, D.Lgs. n. 81/2015 che, pur non contenendo di per sé alcun rinvio alla contrattazione collettiva, definisce cosa il legislatore intenda

11. Ad esempio, in materia di superamento del limite massimo temporale di utilizzo del contratto a tempo determinato, laddove nella disciplina precedente un ulteriore contratto poteva essere stipulato solo entro il limite fissato dalle linee guida della contrattazione collettiva nazionale, esso è attualmente consentito, in maniera secca, per accordo individuale (sebbene con una procedura da instaurarsi obbligatoriamente innanzi alla direzione territoriale del lavoro) entro il limite massimo già determinato per via legale di 12 mesi (art. 19, co 3, D.Lgs. n. 81/2015).

12. È il caso dell'inquadramento professionale che continuerà ad essere definito dai contratti collettivi nell'assoluta libertà di determinazione degli equilibri più confacenti alla categoria di riferimento

per contratto collettivo titolato a raccogliere le deleghe ed i rinvii legali, rappresentando quindi il paradigma del nuovo raccordo tra eteronomia (legale) ed autonomia (contrattuale). Salvo diversa specificazione, infatti, deve farsi riferimento ai «contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria». La norma fornisce pertanto non solo una precisa rappresentazione dei livelli di contrattazione (nazionale, territoriale, aziendale) ma anche una selezione dei soggetti negoziali (sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale e le loro rappresentanze), senza ricorrere al criterio maggioritario come unico indicatore della quantità e quindi della qualità della rappresentanza. Si tratta di un modello emergente, distante da quello delineato dalla contrattazione di prossimità – perché anziché declinare la prevalenza e la capacità ablativa del contratto territoriale/aziendale rispetto a quello nazionale, predica l'equiparazione e la perfetta fungibilità dei diversi livelli – ma non per questo meno invasivo[13].

Ed invero, la previsione legale delinea una fungibilità dei livelli contrattuali, che non appartiene invece alle relazioni sindacali. Nel sistema dei rinvii legali post–Jobs Act esula dalla preoccupazione (e prima ancora dall'obiettivo) del legislatore il problema circa l'eventuale sovrapposizione e duplicazione delle regolamentazioni, ovvero il tema del coordinamento contrattuale. Se i diversi livelli possano muoversi, ai fini dell'integrazione o della deroga alle disposizioni legislative, in maniera disarticolata ed autonoma, quello del loro (eventuale) coordinamento è problema dell'autonomia collettiva e che la stessa dovrà autonomamente gestire, nella consapevolezza che l'implementazione del rinvio legale risponde evidentemente a differenti esigenze a seconda del livello nel quale esso viene trattato. Al contempo, viene confermato un modello di selezione del soggetto contrattuale basato esclusivamente sulla "maggiore rappresentatività comparata" e peraltro delle sole organizzazioni dei lavoratori; il che, se per un verso individua una soglia di sbarramento alla legittimità di accordi sindacali siglati da sindacati non rappresentativi, per altro verso nulla dice né su quale sia il livello di rappresentatività effettivamente necessario (e l'uso della preposizione semplice "da" anziché quella articolata "dalle" legittima la possibilità della contrattazione separata) né incide in alcun modo sulla rappresentatività dell'associazione datoriale.

Nelle pagine che seguono si cercherà di evidenziare, seppure sommariamente, i

13. Sia consentito il rinvio a Recchia, 2015; più in generale, sulla tecnica dei rinvii legali al contratto collettivo, cfr. Alvino, 2018, specialmente 44 ss.

più rilevanti elementi di novità della legislazione più recente, mettendo in rilievo i tratti che determinano il corto circuito tra flessibilità e precarietà.

3. «Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro», continua a recitare l'art. 1 del D.Lgs. n. 81/2015, riprendendo l'indicazione già fornita a livello europeo e recepita nel cd. precomma dell'art. 1 dell'oggi abrogato D.Lgs. n. 368/2001; quella indicazione, tuttavia, che nella precedente disciplina serviva a rimarcare la posizione di *genus* del contratto a tempo indeterminato rispetto alla *species* – e quindi regola rispetto all'eccezione – del lavoro a tempo determinato, oggi sembra attestare una generalità tendenzialmente (e forse solo esclusivamente) statistica, poiché il catalogo delle modalità di accesso a forme di impiego *non standard* non conosce né un decremento né la previsione di veri "svantaggi" compensativi per le imprese[14].

Quanto al *part–time*, lo schema contrattuale, originariamente introdotto come strumento di inserimento occupazionale per categorie di lavoratori (principalmente giovani e donne), il cui impegno lavorativo avrebbe dovuto conciliarsi con altre esigenze (di vita, di studio, ecc.), è diventato progressivamente duttile mezzo di risposta a specifiche esigenze organizzative. In tal modo, il ridotto impiego orario contiene l'evidente rischio di una precarietà, non solo economica, nella possibilità che i *part–timers* per un verso non raggiungano una retribuzione "sufficiente" ai sensi dell'art. 36 Cost., ma altresì vedano le proprie esigenze di vita o l'affiancamento di ulteriori prestazioni lavorative entrare in conflitto con una "forzosa" disponibilità ad ulteriori forme di flessibilità pretese dall'impresa.

Si tratta di un rischio oggi esponenzialmente incrementato alla luce delle novità contenute negli artt. 4–12, D.Lgs. n. 81/2015. In primo luogo, è stata inserita la previsione per cui, quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, la "puntuale indicazione" della collocazione oraria della prestazione può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati articolati su fasce orarie prestabilite, con la possibilità, di fatto, di una considerevole imprevedibilità degli stessi[15]. Al

14. Cfr. Carinci, 2016; Cester, 2016; Menghini, 2018. Al contrario, le agevolazioni contributive introdotte con il cd. contratto a tutele crescenti hanno solo temporaneamente invertito il rapporto tra le assunzioni a tempo indeterminato e quelle a tempo determinato; se è vero che tra la fine del 2017 e l'inizio del 2018 si è tornati ad un livello di occupati analogo a quello del primo semestre 2008 (prima cioè della crisi economica mondiale), l'analisi della composizione della forza lavoro indica una progressiva riduzione del numero dei lavoratori a tempo indeterminato, ormai in rapporto di 3 a 1 rispetto ai lavoratori a tempo determinato (dati Inps).

15. Leccese, 2015, 44 ss., sottolinea come una lettura troppo estensiva di tale previsione, peraltro già largamente utilizzata nella pratica aziendale, rischia di essere in contrasto con i principi già affermati nella pronuncia della Corte costituzionale n. 210/1992, secondo cui al lavoratore impiegato part–time deve essere assicurata dalla legge la possibilità sia di conciliare due lavori ad orario ridotto (in modo da

contempo, la scomparsa riferimento alle diverse tipologie di riduzione dell'orario (orizzontale, verticale, misto) che nella disciplina legale precedente – ed in quella contrattuale che oggi sopravvive – serviva a "dosare" l'ulteriore flessibilità richiesta al dipendente, consente oggi una vasta gamma di soluzioni organizzative nella gestione del rapporto di lavoro (lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole di elasticità per la variazione della collocazione temporale ma anche della quantità della prestazione). Proprio in tema di flessibilità dei tempi di lavoro si segnala la novità più singolare, rappresentata dal superamento del sistema della "doppia autorizzazione" (del contratto collettivo prima e dell'autonomia individuale poi), con la previsione di una disciplina legale valevole nel caso in cui manchi quella collettiva[16].

Si tratta di regole che, pur non trovando immediata ricaduta laddove gli istituti di riferimento siano stati regolamentati dalla contrattazione collettiva, non mancano di avere ripercussioni sulle negoziazioni dei rinnovi, laddove l'eventuale disdetta funge da lasciapassare alla novella normativa, che in ogni caso segna un punto di riferimento più basso di quello sinora definito dalle parti sociali.

Resta invece sostanzialmente inalterato il quadro regolativo del *lavoro intermittente* (artt. 13–18, D.Lgs. n. 81/2015), utilizzabile ancora per ragioni soggettive (lavoratori con più di 55 anni di età o con meno di 24 anni di età) o oggettive (secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento a periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, o in mancanza, secondo le ipotesi previste per decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali), entro il limite di quattrocento giornate di lavoro effettivo nell'arco di tre anni[17]. E tuttavia, la permanenza di quel quadro regolativo conferma tutti gli elementi di precarietà insiti nel contratto a chiamata: in primo luogo, nessun elemento caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato può essere qui considerato, direttamente o indirettamente, certo; in secondo luogo, si trasferisce in capo al lavoratore il rischio della impossibilità della prestazione, come nel caso della malattia o di altro evento che renda impossibile la risposta alla chiamata[18]; da ultimo, anche sotto il profilo previdenziale, l'indennità di disponibilità, quando dovuta, è assoggettata a contribuzione previdenziale solo per il suo effettivo ammontare, in deroga alla normativa in materia di minimale contributivo.

ottenere, nell'insieme, una retribuzione sufficiente e precostituire un'adeguata posizione pensionistica: artt. 36 e 38 Cost.), sia di conciliare il lavoro con la dimensione esistenziale extra–lavorativa («la concreta collocazione del lavoratore nei diversi turni è del tutto aleatoria e variabile e, in prospettiva, è la stessa articolazione dei turni a poter subire modifiche, anche molto rilevanti»).

16. Art. 6, co. 2 e 6, D.Lgs. n. 81/2015.

17. Cfr. Voza, 2015.

18. Art. 16, co. 4, D.Lgs. n. 81/2015.

Il *contratto a termine* aveva già nei primi mesi del 2014 conosciuto una radicale liberalizzazione, di fatto confermata negli artt. 19–29, D.Lgs. n. 81/2015[19]. Al di là dell'obbligo formale di determinazione scritta della durata del rapporto, esso si fonda, nel suo momento costitutivo, su soli due vincoli che ne mantengono la condizione di specialità: uno di tipo temporale (non solo il tetto massimo derivante da più contratti e oggi inclusivi anche degli invii in missione per somministrazione, ma anche i limiti temporali specifici relativi alle proroghe, alla prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza del termine, nonché agli obbligatori periodi di attesa tra un contratto e l'altro) ed uno di tipo quantitativo, attraverso la previsione di un contingentamento legale del 20% sul numero dei dipendenti a tempo indeterminato, applicabile laddove non sia prevista una percentuale diversa dalla contrattazione collettiva[20]. A questi, si aggiunge oggi, con l'intervento del D.L. n. 87/2018[21], il "recupero" di una giustificazione causale nel caso di contratti a termine di durata complessiva superiore a dodici mesi, nonché in ogni caso di rinnovo, benché le ipotesi esplicitamente individuate dal legislatore («esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori» ovvero «esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria») si siano da subito presentate di difficile utilizzabilità[22].

Su tali vincoli, comunque, pesa non solo un'ampia sequenza di eccezioni già contenute nel testo di legge e di facoltà derogatorie attribuite alla contrattazione collettiva di qualunque livello (anche, e non solo, quella di prossimità), ma ancor di più la scarsa efficacia dell'apparato sanzionatorio. Ed invero, la trasformazione del rapporto è data come conseguenza solo nel caso della violazione dei vincoli causali e temporali, e principalmente del tetto massimo complessivo, sempre che si tratti di «rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale», con l'effetto che inquadramenti in livelli diversi consentono di moltiplicare i "contatori" legali della durata massima del rapporto. Al contrario, la tradizionale sanzione della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto è oggi espressamente esclusa nell'ipotesi di superamento della percentuale di contingentamento, sostituita invece da una sanzione amministrativa[23], che sembra sancire l'implicito principio

19. Cfr. Alessi, 2015.
20. Cfr. Preteroti, 2016, 53 ss.
21. Intervenuto a modificare l'art. 19, co. 1 e 4, D.Lgs. n. 81/2015.
22. Cfr. Passalacqua 2018, 9 ss.
23. Art. 23, co. 4, D.Lgs. n. 81/2015.

secondo cui l'impresa con maggiori disponibilità economiche possa "comprare" tassi maggiori di flessibilità. Questo arretramento, così come il superamento della legittimità dell'utilizzo del contratto legata alla ragione giustificatrice, perlomeno nei primi dodici mesi o sino al rinnovo del contratto, e quindi alla verificabilità dell'esigenza aziendale, introducono ulteriori difficoltà non solo sul piano della tutela individuale – laddove il diritto di precedenza conosce appesantimenti burocratici e forti limitazioni temporali[24] – ma anche di quella collettiva, oggi rimessa ad una generica facoltà di regolamentazione della formazione da garantire ai lavoratori ai lavoratori a tempo determinato e delle informazioni da rendere rispettivamente alle rappresentanze aziendali circa l'utilizzo della tipologia contrattuale e ai dipendenti circa i posti vacanti che si rendano liberi.

Tanto è ancora più evidente per la fattispecie del *lavoro somministrato* (artt. 30–40, D.Lgs. n. 81/2015), che ha seguito prima le sorti del contratto a termine per quanto riguarda l'affrancamento dalla ragione giustificatrice, e poi il pieno assoggettamento, operato dal D.L. n. 87/2018, dell'assunzione a tempo determinato per somministrazione alla generale disciplina del lavoro a termine[25]. Resta, per questo tipo di contratto il limite percentuale di utilizzo, ma che trova solo per lo *staff leasing* un riferimento legale del 20%, salva diversa previsione dell'autonomia collettiva[26], mentre per la somministrazione a tempo determinato conosce un rinvio in bianco ai contratti collettivi (di qualunque livello) applicati dall'utilizzatore, solo in parte limitato nel 2018 dalla introduzione di un limite quantitativo complessivo del 30%, come sommatoria di contratti a termine e contratti di somministrazione a tempo determinato[27].

Se a questo dato si aggiunge che solo nel caso della somministrazione a tempo indeterminato vi è un obbligo di impiego di lavoratori assunti a tempo indeterminato dal somministratore[28], si comprende come l'apparato normativo contribuisca alla sua "impermeabilità" rispetto ad un inserimento stabile presso l'azienda che beneficia della prestazione lavorativa: il mercato del lavoro costruito dalle agenzie di somministrazione resta parallelo e raramente comunicante con il bacino da cui le imprese utilizzatrici attingono per le assunzioni dirette, lasciando i lavoratori somministrati in una sorta di tendenziale limbo, costretti di fatto a periodi di prova senza limiti[29].

24. Art. 24, D.Lgs. n. 81/2015.

25. Attraverso la modifica dell'art. 34, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015; cfr. Filì, 2018.

26. Cfr. Filì, Riccardi, 2015, 323 ss.; Calcaterra, 2016.

27. Art. 31, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015, come sostituito dall'art. 2, co. 02, D.L. n. 87/2018, che prescrive il nuovo tetto di contingentamento «fermo restando il limite disposto dall'art. 23».

28. Art. 31, co. 1, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015.

29. È pur vero che l'art. 31, co. 3 prevede che i lavoratori somministrati sono informati dall'utilizza-

Va da ultimo sottolineato come l'incremento della flessibilità in entrata è riscontrabile anche al fuori dell'area, comunque ancora maggiormente tutelata, del lavoro subordinato, laddove le *collaborazioni coordinate e continuative*, che pertengono a lavoratori, se non giuridicamente, assai spesso economicamente dipendenti, impiegati in forme di alternanza/sostituzione con modalità di impiego subordinato ma altrettanto flessibile, e che trovano oggi limitate protezioni – fuori dall'ipotesi delle collaborazioni etero–organizzate di cui all'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 –nella L. n. 81/2017 sul lavoro autonomo non imprenditoriale, e ancor più limitate coperture di tipo previdenziale[30]. Manca naturalmente nell'ottica della regolazione normativa delle collaborazioni la prospettiva collettiva, evocata invece per impedire, attraverso la predisposizione di discipline di carattere nazionale specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, la riconduzione all'alveo della subordinazione[31].

4. Un ragionamento dello stesso tenore può essere condotto anche con riferimento all'alleggerimento del costo normativo del recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La novella dell'art. 18 St. lav. prima e l'introduzione delle tutele crescenti ad opera del D.Lgs. n. 23/2015 poi sono state certamente accomunate nel segno della fine della "omogeneità" di tutele contro il licenziamento illegittimo (la macro–distinzione tradizionale tra tutela obbligatoria e tutela reale in relazione alla dimensione aziendale di riferimento): entrambe declinano l'intensità della protezione solo *ex post*, in base alla dichiarazione giudiziale di illegittimità[32].

In più, la disciplina applicabile ai neoassunti a partire dal 7 marzo 2015 – così

tore dei posti vacanti, anche mediante un avviso generale affisso all'interno dei locali dell'utilizzatore e che l'art. 35, co. 8 continua a prevedere la nullità della clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione (salvo corresponsione di adeguata indennità), ma si tratta di previsioni di scarsa efficacia pratica.

30. Basti confrontare la durata del trattamento di NASpI per la disoccupazione dei lavoratori subordinati con quello della DIS–COLL per i collaboratori coordinati e continuativi

31. Cfr. Imberti, 2016.

32. Come è noto, sino alla L. n. 92/2012, la particolare forma di garanzia contro il licenziamento illegittimo consistente nella reintegrazione è stata applicabile, ai sensi dell'art. 18 St. lav. a tutti i casi di licenziamento illegittimo riguardanti lavoratori assunti presso datori di lavoro, imprenditori o non imprenditori, in unità produttiva con più di 15 lavoratori (o più di 5 in caso di imprenditore agricolo), o comunque con più di 60 dipendenti in totale. Nella versione riformata del 2012, l'art. 18 prevede invece quattro differenti regimi di tutela, che si applicano gradatamente a seconda della gravità dei vizi che inficiano il licenziamento, e solo in due dei quattro casi è prevista la reintegrazione. Il Jobs Act (L. n. 183/2014) ha poi delegato il Governo ad introdurre un nuovo regime sanzionatorio per le ipotesi di licenziamento illegittimo, mantenendo la graduazione dell'art. 18, ma limitando ulteriormente le ipotesi reintegratorie, in favore invece del pagamento di una indennità quale sanzione principale; il decreto

come a coloro che hanno visto trasformare a tempo indeterminato un rapporto di lavoro già in essere – ha definitivamente confinato la tutela in forma specifica, ovvero la restituzione del posto di lavoro, a poche ipotesi, risultando del tutto esclusa nel caso di licenziamento per ragioni economiche[33], così da determinare, nell'eventualità di un licenziamento collettivo, disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti di fronte allo stesso evento. La determinazione certa, e addirittura preventivabile, dell'indennizzo, benché "crescente" in base all'anzianità di servizio, finisce così per sanzionare il vizio del licenziamento in maniera assai poco dissuasiva, azzera il ruolo del giudice ed anzi finisce per incoraggiare soluzioni preventive ed alternative allo stesso giudizio, attraverso l'"esca", più tempestiva ed economicamente vantaggiosa, dell'offerta conciliativa[34].

Almeno su quest'ultimo aspetto, il recentissimo intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 194/2018) che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, co. 1, D.Lgs. n. 23/2015, nella parte in cui la norma (pre)determina l'indennizzo dovuto in caso di licenziamento illegittimo esclusivamente in ragione della anzianità di servizio ha certamente ricondotto il sistema rimediale del contratto a tutele crescenti a criteri accettabili dal punto di vista della proporzionalità della sanzione economica[35]; e tuttavia non ha risolto la questione principale, quella di una evidente differenza di trattamento, che relega ad un "ristoro" monetario la perdita del posto di lavoro, nonché, in una lettura più ampia di tutto il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, di una formidabile incoerenza delle diverse discipline ad oggi vigenti[36].

5. Da tale quadro, possono ricavarsi almeno due considerazioni.

In primo luogo, la moltiplicazione degli schemi contrattuali ed il depotenziamento delle tutele nel rapporto di lavoro produce una frammentazione dei livelli

attuativo (n. 23/2015) interessa pertanto tutti i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo (7 marzo 2015).

33. Con l'introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, la reintegrazione è prevista nei soli casi di licenziamento discriminatorio, nullo, orale, per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore e nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa rispetto al quale sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

34. Art. 6, D.Lgs. n. 23/2015.

35. Cfr. Giubboni, 2018, 4: «La Corte scardina in tal modo – ritenendolo radicalmente incompatibile con gli evocati parametri costituzionali – il rozzo meccanismo di quantificazione automatica dell'indennità risarcitoria che nell'impianto del Jobs Act, non corretto su tale cruciale profilo dal «decreto dignità», pretendeva di ridurre il giudice, in una singolare miscela di legolatria neo–illuministica e di pedagogia da *law & economics* a prezzi di ribasso, ad un contabile, più che alla *bouche de la loi* di montesquieuana memoria».

36. Cfr. Carinci, 2018, 25 ss.

di protezione non facilmente governabile. Poiché, peraltro, si tratta di una diversificazione ottenuta sottraendo tutele e marginalizzando quindi una parte consistente della forza lavoro, alla classica distinzione (e alla ritenuta competizione) tra *insider/outsider* si affianca quella tra gli stessi insiders, su molti dei quali pesa il cd. effetto disciplina, prodotto dallo schema contrattuale prescelto o dalla regolamentazione del rapporto, ovvero quel «timore del lavoratore di essere penalizzato o addirittura licenziato»[37] che rende assai impari la relazione con il potere datoriale.

Questo "stare dentro con la paura del fuori" determina peraltro una ridotta capacità rivendicativa – quasi una rinunzia preventiva – dei diritti che sarebbero comunque spettanti ed una ulteriore divaricazione nelle potenzialità di crescita e nell'accesso a percorsi di sviluppo professionale interni; l'effetto disciplina determina in ultima analisi l'isolamento di questi lavoratori rispetto alla determinazione dell'interesse collettivo, e quindi alla costruzione di una loro rappresentanza attiva: se il sindacato fatica a rappresentarli, nonostante gli sforzi organizzativi compiuti dalla fine degli anni '90 in poi, è anche perché gli stessi tendono a tenersene a debita distanza[38].

Ciononostante, di fronte a questa debolezza, vero sintomo della precarietà del lavoro nel momento stesso in cui si sviluppa, i ragionamenti di politica del diritto sul tema sembrano rincorrersi in solchi già percorsi ma con crescente povertà di soluzioni, anche quando proposte come segnale di controtendenza, come nel caso del recente e già richiamato D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (cd. Decreto Dignità)[39]. Se è vero che il provvedimento incide tanto sulla flessibilità in entrata quanto su quella in uscita con previsioni che intervengono sulla durata massima del contratto a termine e del lavoro somministrato (portato da 36 mesi a 24) e che reintroducono la causale ogni volta che il contratto a tempo determinato (o somministrato) superi i 12 mesi o venga rinnovato, o ancora che elevano l'importo dell'indennità del licenziamento ingiustificato *ex* D.Lgs. n. 23/2015 nel suo valore minimo (da 4 a 6 mensilità) come in quello massimo (da 24 a 36 mensilità), è altrettanto vero che esse confermano l'impianto su cui si innestano, riportando al massimo indietro di qualche anno i livelli di protezione specifici[40], ma in un contesto del tutto innovato, incapace quindi di essere reindirizzato rispetto alle pur ammirevoli intenzioni[41].

37. Così Zoppoli, 2014, 20 s.: «l'"effetto disciplina" funziona meravigliosamente nell'enfatizzare il potere contrattuale della parte più forte, cioè del datore di lavoro».

38. Cfr. Ferrario, 2009.

39. Cfr. Zoppoli, 2018, 11 ss.

40. La parziale a–causalità apparteneva ad esempio alla disciplina del contratto a termine disegnata con la cd. riforma Fornero (L. n. 92/2012).

41. Il D.L. n. 87/2018 parla, nelle premesse, di «straordinaria necessità e urgenza di attivare con

Non potendo in questa sede entrare in ciascuna delle previsioni menzionate, si offrono solo due interrogativi: la minore durata del contratto a termine rafforzerà le prospettive del lavoratore di accedere ad un contratto a tempo indeterminato o aprirà le porte ad altri, e meno protetti, schemi contrattuali? La assimilazione della somministrazione alle regole del contratto a termine darà una stretta sull'impiego dello strumento o condurrà le agenzie di somministrazioni ad aumentare il numero dei lavoratori occupati per una minor durata, nella certezza di una mera sanzione pecuniaria nel caso della violazione dei limiti percentuali?

È una legislazione "bidimensionale", che nel 2015 come nel 2018 pensa di poter creare il lavoro per decreto, dimenticando che non è mai stato dimostrato un legame tra flessibilità (o rigidità) del lavoro e occupazione, a meno di non volersi fermare ad un dato statistico che, però, non corrisponde ad una realtà fatta di sottoccupazione e, precariato, e, nella prospettiva datoriale, di incapacità di progettazione. È il caso di tornare a domandarsi quale flessibilità vogliamo.

immediatezza misure a tutela della dignità dei lavoratori e delle imprese, introducendo disposizioni per contrastare fenomeni di crescente precarizzazione in ambito lavorativo, mediante interventi sulle tipologie contrattuali [...]».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Accornero A. (1980). *Il lavoro come ideologia*. Bologna: Il Mulino

Accornero A. (1994). Lavoro che liberazione! In: Ufficio studi di relazioni industriali SIP, a cura di, *Da Detroit a Napoli*. Roma, p. 133 ss.

Alessi A. (2015). Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità. *Dir. lav. rel. ind.*, p. 597 ss.

Alvino I. (2018). *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*. Napoli: Jovene

Calcaterra L. (2016). Lo "staff leasing" dall'ostracismo alla liberalizzazione. *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 579 ss.

Carinci M.T. (2016). "Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"? Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato "versus" contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio. *Riv. giur. lav.*, I, p. 316 ss.

Carinci M.T. (2018). La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* , n. 378.

Caruso B. (2005). La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi. In: *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. Padova: Cedam, p. 501 ss.

Cester C. (2016). Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità. *Labor*, n. 5-6, p. 327 ss.

Corti M. (2018). *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*. Torino: Giappichelli.

Ferrante V. (2016). Le politiche attive del lavoro fra decentramento e accentramento: un dolce girotondo? *Lav. dir.*, p. 267 ss.

Ferrario S. (2009). Rappresentanza organizzazione e azione sindacale di tutela del lavoro autonomo caratterizzato da debolezza economica. *Riv. giur. lav.*, I, p. 47 ss.

Filì V. (2016). L'organizzazione e la gestione dei servizi per l'impiego nel D.Lgs. n. 150/2015 alla luce della riforma costituzionale del 2016. *Riv. giur. lav.*, I, p. 513 ss.

Filì V. (2018). Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori. *Lav. Giur.*, n. 10, p. 869 ss.

Filì V., Riccardi A. (2015). La somministrazione di lavoro. In: Ghera E., Garofalo D., a cura di, *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita–lavoro nel* Jobs Act *2*. Bari: Cacucci, p. 293 ss.

Garofalo D. (2016). Il modello di politica attiva del lavoro nella riforma Renzi: occupabilità vs. attivazione. In Ghera E., Garofalo D., a cura di, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*. Bari: Cacucci, p. 325 ss.

Garofalo D. (2018). Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative. In: *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*. Milano: Giuffrè, p. 17 ss.

Garofalo M.G. (2013). Polisemia dell'espressione "flessibilità del lavoro" e modelli di sviluppo. In Barbieri M., Voza R., a cura di, *Gianni Garofalo. Il pane del sapere*. Roma: Ediesse, p. 287 ss.

Giubboni S. (2018). Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* , n. 379.

Imberti L. (2016). L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina

delle collaborazioni organizzate dal committente. *Dir rel. ind.*, p. 393 ss.

Leccese V. (2015). Il lavoro a tempo parziale. In Fiorillo L., Perulli A., a cura di, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81*. Torino: Giappichelli, p. 41 ss.

Mariucci L. (2005). Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* , n. 27.

Menghini L. (2018). Contratto di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato: attualità di una alternativa. *Labor*, n. 3, p. 253 ss.

Passalacqua P. (2018). Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* , n. 380.

Preteroti A. (2016). *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il Jobs Act*. Torino: Giappichelli

Recchia G.A. (2015). Il ruolo dell'autonomia collettiva. In: Ghera E., Garofalo D., a cura di, *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita–lavoro nel* Jobs Act *2*. Bari: Cacucci, p. 117 ss.

Reyneri E. (2003). Flessibilità: molti significati, alcune contraddizioni. *Soc. lav.*, p. 21 ss.

Ricci M. (2017). I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre. *Arg. dir. lav.*, I, p. 326 ss.

Speziale V. (2014). Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 233.

Voza R. (2015). Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente. In: Ghera E., Garofalo D., a cura di, *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita–lavoro nel* Jobs Act *2*. Bari: Cacucci, p. 233 ss.

Zoppoli L. (2014). Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 213.

Zoppoli L. (2015). Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 284.

Zoppoli L. (2018). Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 377.

ANGELICA RICCARDI

DALLE "DISPOSIZIONI URGENTI" ALLA "DISCIPLINA ORGANICA" E RITORNO: LE CONTINUE RIFORME DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO*

ABSTRACT

Il saggio analizza le modifiche alla disciplina della somministrazione di lavoro apportate dal *Jobs Act*, che in una prima fase (D.L. n. 34/2014) – nell'ambito di una decretazione d'urgenza – ha introdotto varie innovazioni a carattere sostanziale, e nella fase successiva (D.Lgs. n. 81/2015), – che avrebbe dovuto essere volta a stabilire una "disciplina organica" dei contratti di lavoro – si è limitato alla mera riproposizione di contenuti pregressi; e da ultimo dal Decreto Dignità (D.L. n. 87/2018), che ancora una volta è adottato con una decretazione d'urgenza.

Si evidenzia come entrambi gli interventi del legislatore lascino aperti una serie di problemi nella ricostruzione dei rapporti tra somministratore, utilizzatore e lavoratore, in massima parte a causa delle interferenze tra la disciplina del contratto a tempo determinato e la disciplina della somministrazione a termine.

The essay analyzes the changes on agency work regulation provided for by the so called Jobs Act, which initially (Decree Law no. 34/2014) – as an urgent measure – introduced various innovations of a substantial nature, and later (Legislative Decree no. 81/2015) – when an "organic discipline" of employment contracts should have been established – did little more than merely repeating its previous contents; and lastly by the Decree Dignity (Decree Law no. 87/2018), which is once again adopted as an urgent measure

The A. points out how both legislative interventions do not solve a series of problems in setting up the relationship between the agency, the undertaking and the worker, mostly due to the interference between the discipline of fixed–term contracts and the discipline of agency work.

PAROLE CHIAVE

Jobs Act / Decreto Dignità / Somministrazione di lavoro / Flessibilità

Jobs Act / Decreto Dignità / Agency work / Flexibility

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Decreto legge n. 34/2014: le "disposizioni urgenti". – 2.1. Le abrogazioni. – 2.2 Le integrazioni. – 2.3. Le commistioni. – 3. Il Decreto legislativo n. 81/2015: la "disciplina organica". – 3.1. Le nuove norme. – 3.2. I problemi irrisolti. – 4. Il Decreto legge n. 87/2018: (ancora una volta) le "disposizioni urgenti". 4.1. – Nuovi e vecchi problemi.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Il continuo esercizio di scrittura e riscrittura delle norme in materia di somministrazione non ha giovato alla "perizia" del legislatore nel disciplinare questo schema contrattuale: da una riforma all'altra continuano a trascinarsi una serie di problemi interpretativi e, in alcuni casi, ad aggiungersene di nuovi.

Il Decreto–legge 20 marzo 2014, n. 34[1], e il Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, sembrerebbero segnare le tappe di una evoluzione molto marcata del disegno riformatore perseguito dall'ultimo legislatore, tanto sul piano della tecnica – che va dalla decretazione d'urgenza alle plurime "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro"[2] –, quanto sul piano della logica e del "respiro" dell'intervento, che sono, come si legge nell'intitolazione dei provvedimenti, per il primo "Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione [...]", per l'altro "Disciplina organica dei contratti di lavoro".

In relazione alla somministrazione a tempo determinato, tuttavia, la distanza è più apparente che reale, poiché il legislatore del 2015 si è sostanzialmente limitato a riscrivere contenuti già scritti da quello precedente.

Di fatto, le più rilevanti modifiche alla disciplina della somministrazione a termine (nonché del contratto a termine a cui questa è collegata) sono state poste nelle poche righe di una norma del Decreto n. 34 – rubricata (con rimarchevole *understatement*) "Semplificazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine" – che non solo elimina definitivamente il requisito della causalità per il contratto a termine[3], ma opera questa eliminazione anche per la diversa tipologia contrattuale della somministrazione a termine; e non nel complesso e sistematico articolato del D.Lgs. n. 81/2015, che pure pone la "Disciplina organica dei contratti di lavoro" in attuazione di una delega finalizzata a «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo»[4].

Cambiata la tecnica normativa, che passa da un *patchwork* poco comprensibile di abrogazioni e integrazioni a una lineare posizione di norme, i contenuti della disciplina in materia di somministrazione a tempo determinato rimangono infatti essenzialmente invariati.

1. Convertito con modificazioni dalla L. 16 maggio 2014, n. 78.

2. Legge 10 dicembre 2014, n. 183.

3. Il legislatore, come osserva Carinci F., 2015, 7 ss.: «sotto la copertura della parola "semplificazione", contrabbandava una liberalizzazione spinta della disciplina del contratto a termine».

4. Art. 1, co. 7, L. n. 183/2014.

Sembrano rimanere essenzialmente invariate altresì le questioni che erano state lasciate aperte dal D.L. 34/2014 (e, in alcuni casi, dalla precedente L. n. 92/2012), il che è perlomeno discutibile considerando le finalità di riordino, semplificazione e razionalizzazione che il Decreto legislativo n. 81 ambiziosamente dichiara di realizzare.

Né la situazione migliora di molto con la "controriforma" della materia da ultimo operata con il D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96, che pure segna un'inversione di rotta rispetto alla pregressa legislazione sulla flessibilizzazione[5].

Il legislatore procede, anche in questa occasione, a una disciplina congiunta di lavoro a tempo determinato e lavoro in somministrazione – da una parte ampliando la regolazione del primo modello che trova applicazione al secondo, dall'altra ponendo nuove norme comuni per entrambi –, con un aggrovigliamento di regole che rende poco perspicua la lettura dell'assetto complessivo.

Il nuovo quadro normativo, pur profondamente mutato (soprattutto per la reintroduzione di requisiti causali per l'accesso agli schemi contrattuali in esame), continua a riproporre commistioni nella regolazione di contratto di lavoro a tempo determinato e contratto di somministrazione a termine, e, conseguentemente, a riproporre una serie di questioni interpretative che si erano registrate già nella legislazione precedente.

2. Il parallelismo che ha segnato l'evoluzione della disciplina di contratto a termine e somministrazione a tempo determinato nelle varie legislature[6] – preordinato alla realizzazione di un assetto del mercato del lavoro che, condivisibile o meno, era comunque chiaramente prefigurato e adeguatamente strutturato sul piano della tecnica normativa – scade nel D.L. n. 34 del 20 marzo 2014 in una indistinzione che non solo rende poco leggibili gli obiettivi perseguiti (al di là delle generiche dichiarazioni d'intenti che hanno accompagnato questa riforma[7]), ma denota un uso improprio, se non imperito, delle stesse categorie concettuali di riferimento.

5. Diverse sono le valutazioni sul cambio di rotta realizzato dal legislatore: di «impianto radicalmente mutato rispetto ai principi ispiratori delle riforme del mercato del lavoro succedutesi nell'ultimo decennio» parla D'Ascenzo, 2018, 66; mentre secondo Zoppoli, 2018, 10 ss., si tratta di «interventi più di cosmesi, magari non del tutto riusciti, ma comunque volti a porre un blando freno, non si sa quanto effettivo», alla pregressa precarizzazione.

6. Vedi su questa evoluzione, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Carinci M.T., 2008; Ghera, 2014; Mazzotta, 2009.

7. Si veda, tra gli altri, il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014 in *www.governo.it*.

Sulla effettiva portata di questo intervento legislativo, e segnatamente sulle sue conseguenze sul piano della destrutturazione del mercato del lavoro, Zoppoli, 2014; Mariucci, 2014; Speziale, 2014.

Un'evidente simmetria aveva marcato la delineazione dell'area di accesso alle due figure contrattuali nei precedenti interventi del legislatore[8], declinata nella sussistenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» stabilita nel 2001 in riferimento al contratto a termine (art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368) e riprodotta nel 2003 in relazione alla somministrazione a tempo determinato (art. 20, co. 4, D.Lgs. n. 276); nella precisazione che queste ragioni possono essere anche «riferibili alla ordinaria attività», originariamente posta solo per la somministrazione e successivamente inserita anche nella disciplina del contratto a termine dalla Legge n. 138/2008; nell'introduzione delle stesse ipotesi acausali di accesso per entrambi gli istituti ad opera la Legge n. 92/2012.

Tale simmetria continua nel D.L. n. 34/2014 con una semplicistica quanto grossolana[9] eliminazione del riferimento alle causali per entrambe le fattispecie, senza (pare) un'adeguata consapevolezza della diversa strutturazione e funzione, nonché della differente disciplina, di contratto a termine e contratto di somministrazione[10].

In modo altrettanto semplicistico e grossolano il nuovo decreto include i periodi di lavoro in somministrazione nel limite massimo di durata del rapporto di lavoro a termine che un soggetto può intrattenere con un determinato lavoratore.

La scadente fattura delle norme, insieme alla loro incerta combinazione (*recte* commistione)[11], determina un assetto normativo difficilmente comprensibile e che si presta a letture molto diverse.

8. Spattini, Tiraboschi, 2014, 63, l'appiattimento delle agenzie del lavoro sulla mera fornitura di lavoro temporaneo è alla base di questa progressiva assimilazione – o, per gli Autori, «indebita equiparazione tipologica e funzionale» – tra contratto a termine e somministrazione a tempo determinato, che ha portato il legislatore a considerare quest'ultimo istituto «una semplice variante della tipologia del lavoro a termine». A questa assimilazione a livello legislativo tra i due istituti si è accompagnata la tendenza di parte significativa della giurisprudenza a «interpretare le ragioni richieste dall'articolo 20, comma 4, sulla base dei medesimi criteri ermeneutici nel frattempo elaborati con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato»: Chiarelli, Pietra, Rosolen, 2012, 755 ss., a cui si rinvia anche per un'analisi delle pronunce (*ex multis*, T. Milano 28.5.2007, T. Roma 17.6.2010, T. Roma 25.11.2010, A. Torino 12.2011) ascrivibili a tale orientamento.

9. Al di là delle velleità che hanno portato a rubricare l'art. 1 del Decreto–legge "Semplificazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine".

10. Già con riferimento alla versione originaria del D.L. n. 34 era stata segnalata l'incertezza e la «confusione interpretativa nell'utenza e nei tecnici della materia, non sempre e non tutti ancora ben consapevoli della peculiarità della struttura normativa dell'istituto e delle necessarie ricadute in termini applicativi che la trilateralità del rapporto, la combinazione del doppio contratto (di lavoro e commerciale) e gli originali strumenti di *welfare* bilaterale generano» (così de Luca Tamajo, Paternò, 2014, 16).

Le modifiche che al testo del decreto sono state apportate in sede di conversione con la L. n. 78/2014, oltre a non aver chiarito le incertezze segnalate, ne hanno aggiunte di nuove (*infra* par. 2.3).

11. Sottolineano che il *focus* della riforma è rappresentato dal contratto a termine, mentre la som-

2.1. Il riferimento a ragioni di «carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività» che consentono (*ex* art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001) «l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato» e (*ex* art. 20, co. 4, D.Lgs. n. 276/2003) il ricorso alla «somministrazione di lavoro a tempo determinato» viene dal legislatore del 2014 eliminato in entrambe le norme[12].

Il risultato di questo intervento è tuttavia molto diverso per i due istituti.

Nel caso del contratto a termine, a tale soppressione consegue l'individuazione dell'area di accesso con esclusivo riferimento ad un determinato limite temporale (fissato nel novellato art. 1, co. 1, del D.Lgs. n. 368/2001, in trentasei mesi), innovazione che di fatto serve semplicemente a rendere questo contratto acausale[13], dato che il tetto di trentasei mesi era già sussistente nella precedente normativa sia quale limite complessivo per la durata di un rapporto a termine (art. 5, co. 4 *bis*) – che viene conservato dal D.L. n. 34/2014 con alcune precisazioni su cui si tornerà a breve –; sia quale limite alla proroga (art. 4, co. 1) – che ugualmente è ripreso nell'ultimo decreto in una formulazione che innova la precedente quanto al numero di proroghe ammesse e all'espressa inclusione dei rinnovi nel tetto di durata massima del rapporto –.

Ben tre norme quindi parlano di un limite di trentasei mesi in relazione al rapporto di lavoro a termine, limite che peraltro il malaccorto legislatore riferisce ogni volta a una diversa fattispecie: il riferimento è nell'art. 1, co. 1, allo «svolgimento di qualunque tipo di mansione»; nell'art. 5, co. 4 *bis*, allo «svolgimento di mansioni equivalenti»; nell'art. 4, co. 1, alla «stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato»[14] (*infra* par. 2.3).

Questa "coazione a ripetere" del legislatore del 2014, apparentemente senza effetti in quanto la prima di queste norme è per così dire "assorbente" rispetto alle

ministrazione è «investita in modo incidentale e con scarsa consapevolezza delle sue peculiarità», de Luca Tamajo, Paternò, 2014,15.

12. Con l'art. 1, co. 1, lett. a, n. 1, per il contratto a termine; con l'art. 1, co. 2, per la somministrazione a tempo determinato.

13. Anche in relazione al contratto a termine, peraltro, come rileva Magnani, 2014, 3, «non è così facile, con una semplice incisione chirurgica, come vorrebbe fare il Decreto n. 34, sostituire al principio della causalità del contratto a termine quello opposto della acausalità in un impianto normativo che sulla causalità è conformato».

Risultato del nuovo assetto è che «il contratto a termine non si prospetta più come un'eccezione, per quanto larga, a quello a tempo indeterminato, ma come una vera e propria alternativa, rimessa alla piena ed incondizionata discrezionalità della controparte datoriale»: così Carinci F., 2014, 10; analoghe osservazioni in Mariucci, 2014, 25; Speziale, 2014, 31.

14. Per un tentativo di chiarimento vedi la circolare n. 18/2014 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

altre (per la sua più generale portata), potrebbe però avere delle conseguenze nel momento in cui lo sguardo si sposti sul contratto di somministrazione.

In relazione alla somministrazione a tempo determinato, infatti, la speculare eliminazione del riferimento alle causali di accesso nella *sedes materiae*[15], insieme ai richiami di vario genere all'istituto (riferiti ora al contratto di somministrazione, ora ai periodi di missione) che vengono posti nel Decreto 368 del 2001, apre una serie di problemi nella stessa "ricostruzione" della fattispecie presa in considerazione dal legislatore che non è facile risolvere (*infra* par. 2.3).

2.2. La malintesa esigenza di simmetria che ha guidato il legislatore del 2014 nella parte *destruens* del suo intervento si accentua nel momento di posizione della nuova disciplina della somministrazione, che – in linea con la tecnica normativa utilizzata dalla L. n. 92/2012 – viene collocata nel *corpus* del D.Lgs. n. 368/2001 (con una riformulazione degli articoli 1, co. 1, e 5, co. 4 *ter*).

La normativa in esame, al pari di quella precedente, interviene nella regolazione "congiunta" di contratto a termine e somministrazione a tempo determinato già nella disposizione di apertura del Decreto n. 368, volta a regolare l'apposizione del termine. Tuttavia, mentre la Legge n. 92/2012 aveva riservato l'esonero dalla giustificazione causale a una ipotesi "speciale"[16], puntualmente individuata e delimitata attraverso specifici limiti, a carattere derogatorio rispetto al modello generale in ragione della sua acausalità ed espressamente (anche se "malamente") riferita al rapporto tra utilizzatore e lavoratore[17], il D.L. n. 34 del 2014 interviene con una norma di portata tanto generale quanto generica.

15. Il D.L. n. 34/2014, all'art. 1, co. 2, stabilisce: «All'articolo 20, comma 4, del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, i primi due periodi sono soppressi».

A tale acausalità "oggettiva" disposta sul piano generale consegue lo "svuotamento" delle particolari ipotesi di conclusione acausale del contratto di somministrazione previste dalla normativa precedente (de Luca Tamajo, Paternò, 2014, 18).

16. L'art. 1, co. 9, lett. b, L. n. 92/2012, aveva aggiunto all'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 un comma 1 *bis* che eliminava il requisito causale nell'ipotesi di «primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, [...] sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato» e nelle ipotesi previste da «contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative [...] nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'art. 5, co. 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva».

17. L'art. 1, co. 9, lett. b, L. n. 92/2012, faceva riferimento al «primo rapporto a tempo determinato [...] *concluso* fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore», con un improprio «collegamento tra due fattispecie tra di loro accomunate solo dal tempo determinato, ma così diverse che, in un caso, ci si riferisce ad un contratto di lavoro subordinato e nell'altro ad una mera utilizzazione di prestazioni sulla base di un contratto commerciale» (de Luca Tamajo, Paternò, 2014, 14).

Il nuovo articolo 1, comma 1, del Decreto legislativo n. 368 stabilisce infatti: «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

Dalla L. n. 92/2012, il D.L. n. 34 del 2014 riprende altresì l'inclusione nel limite massimo di trentasei mesi dei periodi di missione derivanti da somministrazione di lavoro a tempo determinato (art. 1, co. 1, lett. b *quater*, del D.L. n. 34/2014, convertito con modificazioni), con una disposizione di portata più generale (*infra* par. 2.3).

2.3. Dalle norme sopra esaminate deriva un assetto poco perspicuo che non solo si presta a letture diverse dei limiti che sono posti ai rapporti tra i soggetti coinvolti (nella triangolazione somministratore – utilizzatore – lavoratore) nel lavoro somministrato[18], ma anche a letture di questi limiti variamente sovrapponibili.

A) Il contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore. – Prima questione, ascrivibile a rilievi di ordine sistematico, riguarda gli effetti della nuova definizione legislativa dei limiti di durata del contratto a termine sul contratto tra somministratore e lavoratore.

Il richiamo alla disciplina del D.Lgs. n. 368/2001 per la disciplina del «rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro» in caso di somministrazione a tempo determinato posto dall'art. 22, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003, potrebbe portare a ritenere che a seguito del D.L. n. 34/2014 il somministratore possa stipulare con il lavoratore un contratto a termine di durata non superiore a trentasei mesi.

Il vincolo di durata stabilito all'art. 1, co. 1, del D.Lgs. n. 368/2001, che è la norma di delineazione della fattispecie "contratto a termine", rappresenterebbe infatti un limite di portata generale, valevole per ogni contratto di lavoro a termine, ivi incluso quello stipulato da un'agenzia di somministrazione.

Questa nuova individuazione dei limiti di accesso del somministratore a contratti a termine si "scontrerebbe" tuttavia con la specificazione, contenuta nella stessa norma del D.Lgs. n. 276/2003 (art. 22, co. 2), dell'assoggettamento di tali

18. La cui ricostruzione dogmatica, peraltro, è già *ex se* discussa, vedi ad esempio il fondamento dell'attribuzione al soggetto utilizzatore delle prerogative tradizionalmente proprie del datore di lavoro, da alcuni ricondotto a un collegamento negoziale tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro (Perulli, 1999, 246 ss.; Ferraro, 2004, 157 ss.; Speziale, 2004, 313 ss.), da altri a una sovrapposizione tra i piani obbligatori di questi contratti o a una implicita "delega" del somministratore (Lunardon, 1998, 1242 ss.; Carinci M.T., 2008, 125 ss.; Bonardi, 2001, 244).

rapporti alla normativa sul contratto a termine «per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e seguenti»[19], norma che non è stata modificata dal D.L. n. 34/2014.

La previsione in esame – propria di un assetto normativo che aveva impostato le conseguenze della violazione dei limiti temporali (precedentemente fissati solo nelle norme sulla successione di contratti di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001) in modo diverso per i datori di lavoro / somministratori e gli altri datori di lavoro – parrebbe opporsi a una limitazione di durata o, quanto meno, svuotarla di effetti sul piano sanzionatorio in caso di sua violazione.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, l'inciso «nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato» posto nella nuova formulazione dell'art. 1, co. 1, del D.Lgs. n. 368/2001, sarebbe diretto espressamente ad affermare l'applicabilità del limite di trentasei mesi ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dall'agenzia con i lavoratori da inviare in missione, anche sulla scorta dalla perdurante operatività del principio secondo cui il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato è la forma comune di lavoro, e di conseguenza «superato detto limite, non è più possibile instaurare un nuovo contratto a termine tra l'agenzia e lo stesso lavoratore interinale anche se fosse inviato presso altri utilizzatori per complessivi periodi di missione per singolo utilizzatore inferiori ai 36 mesi, superando, per questo specifico punto, quanto dispone l'articolo 22, comma 2, del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276»[20].

B) Il contratto di somministrazione tra somministratore e utilizzatore. – Ugualmente incerte sono le conseguenze del nuovo intervento del legislatore sul contratto commerciale di somministrazione.

Una lettura volta a valorizzare il parallelismo tra contratto a termine e somministrazione a tempo determinato potrebbe portare a sostenere che la "sostituzione" con il limite di trentasei mesi delle «ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo» per la determinazione dell'area d'accesso alla prima tipologia contrattuale sia operante anche per l'altra. Costituendo le causali eliminate le "condizioni di liceità" (così la rubricazione dell'art. 20, D.Lgs. n. 276/2003) per la stipula del contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato, potrebbe infatti inferirsene che, analogamente a quanto stabilito in tema di contratto a termine, anche in relazione al contratto di somministrazione il requisito causale venga sostituito da un requisito temporale.

19. La norma specifica poi: «Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore».

20. Spattini, Tiraboschi, 2014, 69, 70.

Questa tesi si pone in continuità con l'orientamento giurisprudenziale[21] – sostenuto da una parte della dottrina[22] – che aveva nel precedente assetto normativo limitato l'accesso al lavoro somministrato attraverso il meta–criterio della temporaneità delle causali d'accesso, anche sulla scorta di una considerazione congiunta di queste causali per la somministrazione a tempo determinato e il contratto a termine[23].

A conclusioni differenti porta invece una lettura delle norme che muova dalla distinzione funzionale e regolatoria di queste fattispecie, anche alla stregua delle indicazioni comunitarie in tal senso.

La Corte giustizia UE, nella sentenza C–290/2012, *Della Rocca*, dell'11 aprile 2013, aveva affermato l'inapplicabilità della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato ai rapporti di lavoro in somministrazione, ponendo in evidenza come «nessuna fonte europea, diversamente che per il contratto a termine (v. la Dir. 1999/70/CE), richieda quale condizione di liceità dell'utilizzazione del lavoro interinale limiti specifici e come, al contrario, la Direttiva del 2008 (2008/104/

21. *Ex multis* Cass. sez. lav. 20.10.2013 n. 19251, Riv. it. dir. lav., 2014, 3, II, 537: «L'assenza di un esplicito divieto di reiterazione dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo conclusi con lo stesso lavoratore inviato presso la medesima impresa utilizzatrice non esclude che in tali ipotesi possa parlarsi di contratti in frode alla legge, se la reiterazione diventa il mezzo per eludere la regola della temporaneità delle esigenze giustificative»; Cass. sez. lav. 23.11.2010 n. 23684, Mass. Giust. civ., 2010, 11, 1497: «La temporaneità dell'occasione di lavoro che caratterizza il contratto di fornitura di lavoro temporaneo ai sensi della L. n. 196/97 presuppone che parimenti temporanee siano le esigenze produttive a cui, con il ricorso a tale forma negoziale, il datore di lavoro intenda far fronte, in logica alternativa all'ordinaria stipulazione di contratti di lavoro a tempo indeterminato per il soddisfacimento delle continuative necessità della produzione».

Per la giurisprudenza di merito, si veda T. Milano 28.11.2011, Riv. crit. dir. lav., 2011, 4, 861: «È illegittimo il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato per fare fronte a esigenze produttive stabili dell'impresa utilizzatrice»; T. Bergamo 10.3.2011, Riv. crit. dir. lav., 2011, 4, 855: «Il ricorso alla somministrazione a tempo determinato deve essere dettato da motivi eccezionali e transitori, posto che la finalità dell'istituto è quella di creare occupazione aggiuntiva, a nulla rilevando, in senso contrario, l'espressione utilizzata dal legislatore relativa all'"ordinaria attività dell'utilizzatore"»; T. Padova 4.2.2011, F. Pad., 2012, 1, I, 115: «Se non si vuole rendere pleonastiche le disposizioni di cui agli artt. 20, co. 4, 21, lett. c, e 27, D.Lgs. n. 276/2003, la temporaneità delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che hanno reso necessario il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato costituisce requisito essenziale del contratto, la cui mancanza determina la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore sin dalla data di inizio della somministrazione».

22. Sulla temporaneità delle esigenze alla base della somministrazione di lavoro, Del Punta, 2004, 182 ss.; Speziale, 2004, 275 ss.; Riccardi, 2009, 59 ss.

23. Espressamente in questo senso T. Monza 27.10.2009, Riv. crit. dir. lav., 2009, 984: «Poiché sia il contratto a termine, sia il contratto di somministrazione a tempo determinato realizzano la medesima funzione pratica di utilizzare prestazioni di lavoro per un tempo limitato, il sistema di legge deve essere tale che gli oneri formali gravanti su colui che beneficia delle prestazioni devono essere i medesimi in entrambi i tipi di assunzione».

CE) inviti gli Stati membri a rimuovere eventuali ostacoli normativi all'utilizzo dell'istituto»; orientamento poi confermato nella sentenza C–362/13, C–363/13 e C–407/13, *Fiamingo*, del 3 luglio 2014, che aveva ribadito che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro non trovano applicazione in materia di lavoro interinale[24].

Alla disciplina comunitaria – e segnatamente alle specifiche e differenti regolazioni poste per contratto a termine e somministrazione – si erano altresì richiamate alcune pronunce della giurisprudenza tanto di legittimità[25] quanto di merito[26], che avevano ribadito la distinzione tra questi modelli contrattuali e la conseguente inapplicabilità al lavoro in somministrazione della disciplina del D.Lgs. n. 368/2001.

Il più significativo portato di questo orientamento giurisprudenziale era stata l'esclusione di un carattere di «temporaneità o [...] eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine»[27], che recide alla base il parallelismo tra questo istituto e il contratto a tempo determinato[28].

Nel senso spiegato si era posta altresì la circolare n. 18/2012 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali[29], e «la logica e la direzione interpretativa» da questa assunta in relazione alla pregressa normativa hanno portato a sostenere che, anche in relazione alle norme da ultimo introdotte con il D.L. n. 34/2014, «per la somministrazione valga un principio di acausalità assoluta (senza limiti temporali)»[30].

C) Il rapporto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore. – Da ultimo, come anticipato, il riferimento al termine di trentasei mesi ritorna nell'art. 1, co. 1, lett. b *quater*, del D.L. n. 34/2014, che include ai fini del «computo del periodo massimo di durata del contratto a tempo determinato, pari a trentasei mesi» i «periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai

24. In tema Ales, 2015, 301 ss.

25. Cass. 29.5.2013, n. 13404, Foro it., 2013, I, 2127.

26. T. Vicenza 18.2.2001; T. Treviso 16.9.2010; T. Bassano del Grappa 22.3.2011, GLav., 2011, 35.

27. Cass. 15.7.2011, n. 15610, Mass. Giust. civ, 2011, 1072, che afferma che l'art. 20, co. 4, del D.Lgs. n. 276/2003 «introduce una causale ampia, non legata a specifiche situazioni tipizzate dal legislatore o dal contratto collettivo, per cui si impone più che mai la necessità di una verifica diretta ad accertare non la temporaneità o la eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine [...], quanto, piuttosto, la effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente».

28. Vedi T. Roma 9.1.2014, che ribadisce come «la legge non prevede, ai fini della legittimità del contratto di fornitura, la sussistenza della temporaneità delle ragioni tecniche, organizzative, produttive, non essendo invocabile, sotto tale profilo, l'applicazione analogica delle norme di cui al D.Lgs. n. 368/2001 in materia di contratto di lavoro subordinato a tempo determinato. [...] Ne consegue la legittimità della somministrazione a fronte di qualsiasi motivazione, anche di natura non temporanea, riferibile all'attività di impresa».

29. Vedi nota 31.

30. de Luca Tamajo, Paternò, 2014, 17.

sensi dell'articolo 20 del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato» (art. 5, co. 4 *bis*, D.Lgs. n. 368/2001).

La nuova norma riprende l'analoga previsione della Legge n. 92/2012 con una disposizione di portata più generale, in quanto mentre questa faceva riferimento solo ai periodi di missione "acausali" di cui al precedente art. 1, co. 1 *bis*, del D.Lgs. n. 368 (attualmente abrogato)[31], il Decreto n. 34 fa riferimento genericamente a "periodi di missione".

Si ripropongono in relazione a questa norma – amplificati dalla maggiore latitudine del richiamo ai periodi di utilizzazione di lavoro somministrato – tutti i problemi interpretativi che avevano riguardato l'analoga previsione della Legge del 2012, problemi ancora una volta causati dalla congiunta disciplina delle due tipologie negoziali.

In relazione a quest'ultima disposizione, erano stati infatti discussi gli effetti dell'inclusione dei periodi di lavoro somministrato nel limite di durata di rapporti a termine sul piano dell'accesso al contratto di somministrazione.

Parte della dottrina aveva sostenuto che il limite in esame riguardasse il contratto di lavoro a termine e non fosse direttamente applicabile alla somministrazione[32]; altri che la norma avesse stabilito un'equiparazione tra contratto a termine e utilizzo di lavoro attraverso il contratto di somministrazione fissando un limite massimo comune per entrambi, allo scopo di limitare l'accesso al lavoro non stabile indipendentemente dalla tipologia contrattuale che il soggetto che fruisce della prestazione di lavoro impiega per procurarsela[33].

Un ulteriore elemento di complicazione in questo quadro già *ex se* controverso era rappresentato dal fatto che, come accennato, mentre l'art. 1, co. 1, del D.Lgs.

31. In tema sia consentito il rinvio a Riccardi, 2013, 770 ss.

32. Per l'inapplicabilità del limite di trentasei mesi alla somministrazione a tempo determinato vedi Vallebona, 2012, 23; Tosi, 2012, 7, richiamando altresì la normativa comunitaria (Direttive n. 1999/70/CE e n. 2008/104/CE).

Questa tesi era stata accolta nella circolare n. 18/2012 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (che, nell'interpretazione dell'art. 1, co. 9, lett. i, L. n. 92/2012, aveva escluso che il limite di trentasei mesi si applicasse al rapporto tra un utilizzatore e un lavoratore determinati).

Nello stesso senso della circolare in questione si è posto l'ordine del giorno n. 5 – G/1464/18/11 ("Sulla possibilità del lavoro in somministrazione fra le stesse parti anche dopo i 36 mesi di contratto a termine") in relazione alla norma da ultimo introdotta con il D.L. n. 34/2014, che «impegna il Governo a valutare la possibilità di adottare le iniziative necessarie affinché la disposizione di cui all'art. 5, co. 4 *bis*, secondo periodo, D.Lgs. n. 368/2001, si interpreti nel senso che al termine del periodo massimo di durata del contratto a termine pari a trentasei mesi, al cui raggiungimento concorrono anche i periodi di somministrazione a tempo determinato, sia comunque consentito il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato tra il medesimo utilizzatore e lavoratore».

33. Riccardi, 2013, 769 ss.

368/2001, riferisce il limite di trentasei mesi a «lo svolgimento di qualunque tipo di mansione», l'art. 5, co. 4 *bis*, del decreto prevede l'inclusione nel limite complessivo di durata del rapporto a termine dei «periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti», discrasia che potrebbe costituire un altro argomento per sostenere l'inapplicabilità del generale limite di durata posto dalla prima norma per il contratto a termine al lavoro in somministrazione.

3. Diametralmente opposto sul piano tecnico è il Decreto legislativo n. 81/2015, che, in attuazione dei criteri di delega versati nella Legge n. 183/2014 – «individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali» (art. 1, comma 7, lettera a), e «abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative» (art. 1, comma 7, lettera i) – pone "la" disciplina in materia di lavoro, presentandosi, se non dichiaratamente come testo unico, come il "testo semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro" di cui alla delega.

In questa opera di riordino generale viene stabilita una nuova regolamentazione anche in materia di somministrazione di lavoro, sebbene nella legge delega non si rinvenga alcun accenno al contratto di somministrazione, né, più in generale, a meccanismi di esternalizzazione.

La riconduzione dell'intervento del legislatore delegato alla generale finalità enunciata dalla L. n. 183/2014 di «riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» (art. 1, co. 7), che trova specificazione nei criteri posti *sub* lettere a ed i avanti riportati, non sembra per altro verso del tutto raggiunta: sebbene il D.Lgs. n. 81/2015 abbia, per quello che concerne l'istituto qui analizzato, abrogato con l'art. 55 l'intero Capo I, Titolo III, del D.Lgs. n. 276/2003 (intitolato "Somministrazione di lavoro"), per l'individuazione di una delle parti di tale contratto – l'agenzia di somministrazione – continua a farsi riferimento al regime autorizzatorio posto da questa normativa (al Capo I, Titolo II), che inoltre è in alcuni punti non adeguato alla nuova disciplina stabilita dal Decreto n. 81[34].

34. Sulla necessità di adattare alle nuove disposizioni del D.Lgs. n. 81/2015 la parte del D.Lgs. n. 276/2003 ancora in vigore – vedi in particolare la distinzione posta dall'art. 4, co. 1, lett. a e b, tra «agenzie di somministrazione di lavoro abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20» e «agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere esclusiva-

3.1. Sul piano dei contenuti, come si è accennato, mentre il D.L. n. 34/2014 introduceva importantissime novità sostanziali nella disciplina della somministrazione a tempo determinato in una norma nella cui rubricazione questa tipologia contrattuale non era nemmeno menzionata, il D.Lgs. n. 81/2015 pone una regolamentazione dettagliata e organica della somministrazione pur non apportando a questa innovazioni di rilievo (differente è invece il caso della somministrazione a tempo indeterminato, su cui vedi *infra* par. 3.2).

Il capo specificamente intitolato a questa forma negoziale del Decreto 81 (Capo IV – "Somministrazione di lavoro"), si apre con una norma dedicata alla "Definizione" (così la rubricazione dell'art. 30) della fattispecie.

L'art. 30 stabilisce: «Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del Decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

Con il decreto in commento viene per la prima volta normativamente posta una definizione di questo schema contrattuale[35], la cui nozione in precedenza era ricostruita attraverso l'"impianto" su un istituto proprio della pratica commerciale della regolamentazione posta dal D.Lgs. n. 276/2003 per i rapporti tra le parti (nella specie l'art. 20, co. 2, che prevedeva: «Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore»).

Che il legislatore abbia ormai abbandonato le precedenti remore e cautele (anche se meramente formalistiche), si evince anche dalle nuove rubricazioni delle norme: l'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003, che disciplinava questo contratto, era rubricato "Condizioni di liceità", e viene soppiantato dalla nuova disposizione che reca la secca dizione "Definizione"[36].

Nella risistemazione delle forme contrattuali il D.Lgs. n. 81/2015 elimina alcune

mente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da a) a h)» – si rinvia a Filì, 2015, 205.

35. Una definizione vera e propria era stata data in precedenza solo dalla L. n. 196/1997 per il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, che ha rappresentato l'antecedente dell'attuale contratto di somministrazione (art. 1: «Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo è il contratto mediante il quale un'impresa di fornitura di lavoro temporaneo, di seguito denominata "impresa fornitrice", iscritta all'albo previsto dall'art. 2, comma 1, pone uno o più lavoratori, di seguito denominati "prestatori di lavoro temporaneo", da essa assunti con il contratto previsto dall'art. 3, a disposizione di un'impresa che ne utilizzi la prestazione lavorativa, di seguito denominata "impresa utilizzatrice", per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo individuate ai sensi del comma 2».

36. Coerente è l'impianto regolativo stabilito: il nuovo decreto riprende l'assetto ultimo di una

delle interferenze tra contratto a tempo determinato e somministrazione a termine che erano state originate dalla pregressa formazione stratificata e alluvionale della disciplina, ma non tutte.

Alcuni dei problemi interpretativi che si ponevano nel precedente impianto legislativo si ripropongono infatti in quello attuale.

Ancora una volta, è nella regolazione del contratto a tempo determinato – collocata attualmente nel Capo III del Decreto 81 – che si annidano commistioni tra questa figura negoziale e quella della somministrazione a termine.

Si è visto *supra* (par. 2) come a seguito del D.L. n. 34 queste due tipologie contrattuali avessero trovato una congiunta (o, almeno, interferente) considerazione nell'art. 1, co. 1, e nell'art. 5, co. 4 *bis*, del D.Lgs. n. 368/2001, norme che, nella individuazione dell'area di accesso al contratto a termine e nella disciplina della successione dei contratti, ponevano un limite massimo di durata di trentasei mesi e includevano nel computo di questo i periodi di lavoro in somministrazione.

Il Decreto n. 81/2015 disciplina entrambi questi profili nell'art. 19, che, se da una parte semplifica la determinazione dell'area di accesso al contratto a termine nel comma 1, sancendo: «al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi», dall'altra ripropone i contenuti incerti della pregressa regolazione nel comma successivo, stabilendo che «la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, non può superare i trentasei mesi. Ai fini del computo di tale periodo si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato».

La nuova e più lineare individuazione dell'area di accesso al contratto a termine nell'art. 19, co. 1, congiuntamente alla chiara previsione dell'art. 34, co. 2, sulla disciplina applicabile alla somministrazione a termine[37], vale a superare una serie di incertezze che erano emerse in precedenza sull'applicabilità della norma al contratto di lavoro a termine stipulato tra somministratore e lavoratore (viene chiarito che il limite di trentasei mesi non trova applicazione per questo contratto).

evoluzione che aveva portato alla totale acausalità del contratto di somministrazione, e che pone limiti al ricorso a questa tipologia contrattuale solo sul piano quantitativo.

37. Che stabilisce: «In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III per quanto compatibile, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore».

3.2. Permangono invece, quanto al comma 2 dell'art. 19, i dubbi relativi al rapporto tra utilizzatore e lavoratore.

Il nuovo legislatore riprende qui una previsione che era stata posta prima dalla L. n. 92/2012, che faceva riferimento ai periodi di missione "acausali" di cui al precedente art. 1, co. 1 *bis*, del D.Lgs. n. 368/2001; poi dal D.L. n. 34/2014, che con l'art. 1, co. 1, lett. b *quater*, includeva ai fini del computo del periodo massimo di durata del contratto a tempo determinato i «periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai sensi dell'articolo 20 del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato».

Al di là della diversità nell'ambito di riferimento – che era nella L. n. 92/2012 e nel D.L. n. 34/2014 a «mansioni equivalenti», nel D.Lgs. n. 81/2015 a «mansioni di pari livello e categoria legale» – analoghi sono i problemi che queste normative pongono.

L'incidenza del computo dei periodi di lavoro somministrato nel tetto di durata stabilito per rapporti a termine sul piano delle relazioni tra lavoratore e utilizzatore e tra quest'ultimo e agenzia di somministrazione è discussa.

La sollecitazione a un intervento di chiarimento sulla possibilità di superamento del limite attraverso contratti di somministrazione di cui all'ordine del giorno n. 5 – G/1464/18/11[38] non è stata colta dal legislatore: l'art. 19, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015, riproduce con minime (e irrilevanti sulla questione in esame) modifiche le norme pregresse.

Permangono dunque i dubbi sulla riferibilità del tetto di trentasei mesi al complesso dei rapporti tra questi soggetti indipendentemente dallo schema contrattuale utilizzato.

Tali dubbi sono ulteriormente accentuati dalle nuove previsioni del D.Lgs. n. 81/2015 in materia di somministrazione a tempo indeterminato.

La normativa in esame, infatti, abolisce le causali d'accesso per il contratto di somministrazione a tempo indeterminato[39] e introduce l'obbligo per l'agenzia

38. Vedi nota 31.

39. Introducendo quale limite al ricorso esclusivamente un limite quantitativo: «Salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può eccedere il 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipula del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato» (art. 31, co. 1).

Questa normativa così «porta a compimento la mutazione della natura delle condizioni che consentono la legittima stipulazione delle citate tipologie contrattuali e cioè il passaggio dalle causali giu-

che stipuli un contratto di questo tipo a farvi fronte esclusivamente con lavoratori assunti a tempo indeterminato[40].

Queste innovative previsioni potrebbero portare a una lettura della somministrazione a tempo determinato che ne ancori il ricorso ad esigenze a carattere temporaneo. Tale connotazione della ragione di accesso varrebbe sia a distinguere tale tipologia di somministrazione da quella a tempo indeterminato – atteso che lo sganciamento di entrambe le tipologie da requisiti causali potrebbe portare a tracciarne la distinzione per questo profilo[41] –, sia ad assicurare l'effettività del nuovo nesso tra fornitura a tempo indeterminato e rapporti di lavoro a tempo indeterminato introdotto dall'art. 31, co. 1 – che sarebbe agevolmente aggirato qualora dovesse ritenersi legittimo un contratto di somministrazione a temine per un periodo eccessivamente prolungato.

4. Una linea di politica del diritto differente è quella alla base della disciplina posta *in subiecta materia* dal Decreto Legge n. 87 del 2018 (c.d. Decreto Dignità), volta – come si legge nella Relazione illustrativa – a «limitare l'utilizzo di tipologie contrattuali che nel corso degli ultimi anni hanno condotto a una eccessiva e allarmante precarizzazione, causata da un abuso di forme contrattuali che dovrebbero rappresentare l'eccezione e non la regola»[42].

Questa dichiarazione d'intenti ritorna nell'intitolazione ("Misure per il contrasto al precariato") del capo[43] che modifica la disciplina di contratto a tempo

stificative alla quantificazione temporale e/o percentuale; in altre parole, dalla necessaria sussistenza di limiti qualitativi a quella del rispetto di limiti quantitativi» (Filì, Riccardi, 2015, 299).

40. Art. 31, co. 2: «Possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato». Con questa norma – come osserva Filì, 2015, 211 – la *ratio* di «questo regime restrittivo imposto alle agenzie è quella della creazione di un canale di sbocco verso il lavoro a tempo indeterminato, che, non va dimenticato, ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. n. 81/2015 "costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"». Più ampiamente sul "nuovo corso" della legislazione in materia vedi Calcaterra, 2016, 579 ss.

41. In tema Filì, Riccardi, 2015, 310: «l'abolizione delle causali d'accesso per il contratto di somministrazione a tempo indeterminato operata dal D.Lgs. n. 81/2015 sembra aprire nuovi spazi al criterio della temporaneità delle esigenze sottese alla somministrazione a tempo determinato: tale canone diventa, nell'attuale contesto normativo, l'unico criterio possibile di distinzione tra somministrazione a tempo determinato e a tempo indeterminato, che sono ugualmente svincolate sul piano causale. In caso contrario, si avrebbe un corto circuito tra le due fattispecie, atteso che la somministrazione a tempo determinato si "caratterizzerebbe" per la previsione di un termine, quale che sia e senza alcun limite temporale». In senso analogo, Malandrini, 2015, 147.

42. Sull'adeguatezza delle misure disposte a raggiungere questo obiettivo si è dubitato da più parti, in considerazione dei probabili effetti distorti (instaurazione di contratti a breve scadenza e *turn over* di lavoratori a termine) che saranno originati dai nuovi vincoli. Sulla possibilità di questo tipo di conseguenze cfr Di Noia, 2018, 10; Scarpelli, 2018, 10.

43. Oltre che disposizioni di modifica alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato

determinato e contratto di somministrazione, introducendo una serie di vincoli al loro impiego (con il discutibile "privilegio" del lavoro pubblico[44]) che rimettono in gioco i diversi piani su cui ha svolgimento il contratto di somministrazione e i limiti che sono posti ai rapporti tra i soggetti coinvolti.

Ancora una volta l'intervento del legislatore si svolge nelle forme della decretazione d'urgenza (e nella specie sulla base di una prepostulata «straordinaria necessità e urgenza di attivare con immediatezza misure a tutela della dignità dei lavoratori e delle imprese»), della cui giustificazione si può dubitare non solo in considerazione della complessità (e dei tempi) dei processi di mutamento negli assetti del mercato del lavoro[45], ma anche perché, data la quantità e qualità delle modifiche apportate al testo normativo in sede di conversione dalla Legge n. 96/2018[46], l'intervento in materia avrebbe richiesto ben altra ponderazione.

Riprendendo schemi regolativi consueti nella materia, il nuovo legislatore mutua una consistente parte della disciplina in materia di somministrazione a termine dalle norme poste per il contratto a tempo determinato.

L'art. 34, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015 – a seguito delle modifiche apportate dall'art. 2, co. 1, del Decreto Dignità – dispone infatti che «In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2, 23 e 24», estendendo al rapporto *de quo* un'ulteriore parte della disciplina del contratto a tempo determinato, e, nella specie, le disposizioni che per questa tipologia contrattuale sono poste in materia di apposizione del termine e durata massima e (parzialmente) di proroghe e rinnovi[47].

e della somministrazione di lavoro, nel capo I sono versate norme in tema di esonero contributivo per favorire l'occupazione giovanile (art. 1*bis*), di tutela del lavoratore nell'ambito delle prestazioni occasionali (art. 2 *bis*), di indennità di licenziamento ingiustificato (art. 3), di destinazione di quote delle facoltà assunzionali delle regioni all'operatività dei centri per l'impiego (art. 3 *bis*).

44. La nuova disciplina non trova applicazione «ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni (...) ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto», *ex* art. 1, co. 3, D.L. n. 87/2018.

È stato osservato al riguardo che «lo Stato, se, nelle vesti di legislatore, si prodiga per imporre una svolta razionalizzatrice (se non proprio moralizzatrice) in materia di lavoro temporaneo, in quelle di datore di lavoro, si guarda bene dal condividerne i costi» (Di Noia, 2018, 10).

45. La sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza *ex* art. 77 Cost. è stata revocata pesantemente in dubbio dalla quasi totalità dei Commentatori (tra gli altri, Bacchini, 2018, 1 ss.; Filì, 2018, 2; Di Noia, 2018, 3).

46. A questi emendamenti, per altro verso, sono collegati una serie di problemi di efficacia temporale che rendono molto complessa l'individuazione della disciplina applicabile (in tema Bollani, 2018, 10 ss.; Filì, 2018, 3 ss.).

47. Queste disposizioni erano escluse dall'applicazione alla somministrazione nell'impianto normativo previgente.

Deve rilevarsi che scompare nella nuova formulazione della norma l'inciso che subordinava l'applicazione della disciplina del capo III alla compatibilità con il modello della somministrazione[48]: la regolazione posta per il contratto a tempo determinato è quindi applicabile *tout court*. Questa applicazione "secca" non vale però a superare alcuni dei problemi che già si erano registrati nella normativa pregressa, primo tra tutti quello dell'individuazione del piano (rapporto tra agenzia e utilizzatore/ rapporto tra agenzia e lavoratore/ rapporto tra utilizzatore e lavoratore) su cui le norme del contratto a tempo determinato trovano applicazione.

La materia della somministrazione di lavoro viene poi direttamente disciplinata da altre disposizioni del Decreto Dignità che apportano una serie di modifiche tanto su profili sostanziali quanto sul regime sanzionatorio relativo.

Una nuova regolazione è posta in materia di limiti all'impiego di lavoratori in somministrazione dall'art. 31, co. 2[49], che – a differenza dell'assetto previgente che lasciava alla contrattazione collettiva l'individuazione di soglie quantitative – pone una clausola legale di contingentamento che rappresenta un limite cumulativo tanto per il contratto a tempo determinato quanto per la somministrazione a termine, sulla scorta della loro considerazione «quali *species* dello stesso *genus*»[50].

Il Decreto n. 87, da ultimo, reintroduce[51] il reato di somministrazione fraudolenta all'art. 38*bis*[52] del D.Lgs. n. 81/2015; e incrementa la contribuzione per

48. Nella versione originaria del D.Lgs. n. 81/2015 si disponeva l'assoggettamento del rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore a questa disciplina «per quanto compatibile».

49. La norma, introdotta in sede di conversione, recita: «Salva diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore e fermo restando il limite disposto dall'articolo 23, il numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato non può eccedere complessivamente il 30 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti, con arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro. È in ogni caso esente da limiti quantitativi la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'articolo 8, comma 2, della Legge 23 luglio 1991, n. 223, di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali». Per ulteriori precisazioni in tema vedi la Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 17/2018.

50. Così Filì, 2018, 7.

51. La reintroduzione dell'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 – che era stato abrogato dal D.Lgs. n. 81/2015 – è stata definita da Asnaghi, 2018, 20, un'operazione di "archeologia normativa" che «rischia di essere poco efficace e di non centrare la questione reale».

52. Anche questa norma è stata introdotta in sede di conversione, e stabilisce: «Ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18 del Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quando la somminis-

contratto a tempo determinato e somministrazione a termine, ancora una volta intervenendo su entrambe le tipologie contrattuali[53].

Oltre che da queste previsioni *ad hoc*, la disciplina del lavoro in somministrazione viene modificata dalle nuove norme che il D.L. n. 87/2018 pone in materia di contratto a tempo determinato (reintroduzione di requisiti causali, limitazione della durata, modifica del regime delle proroghe e dei rinnovi in senso restrittivo)[54], innovazioni queste che incidono immediatamente sulla disciplina in esame[55] stante il loro richiamo nell'art. 34, co. 2.

4.1. Ai problemi derivanti dalla commistione di discipline tra contratto a tempo determinato e somministrazione a termine nel previgente assetto normativo se ne aggiungono di nuovi ed inediti nell'attuale, in conseguenza tanto dell'estensione della regolazione applicabile disposta dall'art. 34, co. 2, quanto della riscrittura delle norme di riferimento.

Esempio emblematico della complessità del quadro normativo risultante dal Decreto Dignità è la disciplina in tema di apposizione del termine al contratto tra somministratore e lavoratore. In questo caso si ha la riscrittura della norma posta per il contratto a tempo determinato (art. 19. co. 1, D.Lgs. n. 81/2015); l'applicazione della stessa al contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore (art. 34, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015), che era invece esclusa nella precedente legislazione; il particolare regime di "imputazione" stabilito in relazione alla somministrazione (art. 2, co. 1*ter*, D.L. n. 87/2018).

Il primo comma dell'art. 19, D.Lgs. n. 81/2015 – a seguito delle modifiche introdotte dal decreto n. 87[56] – mantiene la possibilità di libera (*scilicet* acausale) apposizione del termine al contratto di lavoro nel limite di dodici mesi, mentre per contratti di «durata superiore, ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi»

strazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione». Per l'analisi della norma si rinvia a Rausei, 2018, 93 ss.

53. Art. 3, co. 2, D.L. n. 87/2018: «All'articolo 2, comma 28, della Legge 28 giugno 2012, n. 92, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «Il contributo addizionale è aumentato di 0,5 punti percentuali in occasione di ciascun rinnovo del contratto a tempo determinato, anche in regime di somministrazione».

54. Al dichiarato fine di «limitare con maggiore efficacia l'utilizzo indiscriminato dei contratti a termine, oggi sempre più diffusi e spesso non corrispondenti a una reale necessità da parte del datore di lavoro» (così la Relazione illustrativa).

55. Si segnala, per inciso, che dall'applicazione della disciplina del contratto a termine sono invece del tutto esclusi i rapporti «instaurati per la fornitura di lavoro portuale temporaneo di cui all'articolo 17 della Legge 28 gennaio 1994, n. 84», *ex* art. 2, co. 01, D.L. n. 87/2018.

56. Art. 1, co. 1, lett. a, pt. 1, del D.L. n. 87/2018, conv. con mod. dalla L. n. 96/2018.

è prescritta la «presenza di almeno una delle seguenti condizioni: a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria»[57].

Il recente intervento del legislatore reintroduce così un requisito causale per la stipula di contratti a tempo determinato eccedenti i dodici mesi, con una decisa (anche se non totale) inversione di tendenza rispetto alla pregressa regolazione della materia, che si era mossa nel senso di una progressiva eliminazione dei vincoli causali per l'accesso a questo tipo di contratti.

Del tutto nuova è invece la previsione di applicazione di questa norma al lavoro in somministrazione: mentre il D.Lgs. n. 81/2015 escludeva espressamente per questo modello contrattuale l'assoggettamento alla disciplina di cui all'art. 19 in materia di apposizione del termine e durata massima, i nuovi requisiti causali e limiti temporali introdotti dal Decreto n. 87 per il contratto a tempo determinato vengono estesi anche al rapporto tra somministratore e prestatore di lavoro.

La diversità strutturale tra i due schemi negoziali rende tuttavia inevitabile un adattamento delle norme nel trapianto a quest'ultima fattispecie, che viene realizzato con una norma piuttosto anomala.

Il comma 1*ter* dell'art. 2, D.L. n. 87/2018 – disposizione aggiunta in sede di conversione e che, come accennato, non è stata riversata nel *corpus* del Decreto Legislativo n. 81 – stabilisce che «Le condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera a, del presente decreto, nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro, si applicano esclusivamente all'utilizzatore».

Attraverso tale "metanorma" il soggetto utilizzatore "entra" formalmente, sebbene in un modo non del tutto perspicuo, nella stessa delineazione delle condizioni di accesso al lavoro a tempo determinato.

Dei limiti derivanti da questo coacervo di norme ai diversi piani che vengono in rilievo nella somministrazione (rapporto tra agenzia e lavoratore/ rapporto tra agenzia e utilizzatore/ rapporto tra utilizzatore e lavoratore) sono state date letture differenti.

Parte della dottrina riferisce il regime delle causali direttamente (ed esclusivamente) al primo di questi piani: il somministratore nella stipula del contratto di lavoro a tempo determinato deve osservare le causali prescritte *ex lege* "tenendo conto" delle esigenze organizzative che sul lato dell'utilizzatore richiedono l'invio in missione del lavoratore, ma «tali esigenze rimangono condizioni di legittimità, quando richieste, solo nel contesto del CTD; il contratto di somministrazione ne è

57. Sui nuovi vincoli causali vedi Bollani, 2018; Marazza, 2018.

il terreno di fatto, e rimarrà affidata al rapporto tra agenzia e utilizzatore la gestione dei necessari flussi di informazione e la ripartizione delle relative responsabilità»[58].

Altri Autori riferiscono invece il regime vincolistico non al piano del rapporto tra somministratore e lavoratore, ma a quello del rapporto tra somministratore e utilizzatore: «la novella implica che le condizioni e i limiti previsti per il contratto a termine debbano valere anche per il contratto di somministrazione a termine», atteso che « l'intento non è quello di limitare la stipulazione di contratti a termine tra l'agenzia di somministrazione e i lavoratori, ma di mettere degli steccati all'uso senza controllo (né pudori) della somministrazione a termine (...), per arginare la spinta verso la precarizzazione e l'esternalizzazione del lavoro»[59].

58. Scarpelli, 2018, 17, 18. Analogamente Passalacqua, 2018, 42: le causali di accesso vanno «a incidere sul contratto di lavoro a termine stipulato dall'agenzia di somministrazione con il lavoratore, anche se devono essere espresse in questo caso dall'utilizzatore. Si tratta di ragioni che inducono l'utilizzatore a richiedere un lavoratore in somministrazione, ma incidono sulla legittimità del contratto di lavoro a termine stipulato a tal fine dall'agenzia di somministrazione».

59. Filì, 2018, 6, 7, che ricorda come «già il D.Lgs. n. 276/2003, all'art. 20, comma 4, richiedeva la sussistenza di ragioni giustificatrici in capo all'utilizzatore per l'utilizzo della somministrazione a termine».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ales E. (2015). La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? una risposta (nel complesso) positiva. *Riv. it. dir. lav.*, p. 301 ss.

Asnaghi A. (2018). La somministrazione fraudolenta nel Decreto Dignità: cronaca di una fattispecie inefficace. *Lav. dir. eur.*, p. 20 ss.

Bacchini F. (2018). Decreto Dignità e mercato del lavoro: "ritorno al futuro" o al passato?. *ipsoa.it*, p. 1 ss.

Bollani A. (2018). Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018. *Dir. prat. lav.*, p. 10 ss.

Bonardi O. (2001). *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*. Milano: Franco Angeli.

Calcaterra L. (2016). Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione. *Riv. it. dir. lav.*, p. 579 ss.

Carinci F. (2014). Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico). *Arg. dir. lav*, p. 655 ss.

Carinci F. (2015). Le riforme del mercato del lavoro: dalla legge Fornero al Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro. *Dir. rel. ind.*, p. 5 ss.

Carinci M.T. (2008). *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*. Torino: Giappichelli.

Chiarelli S., Pietra V., Rosolen G. (2012). La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro. *Dir. rel. ind.*, p. 755 ss.

D'Ascenzo A. (2018). La somministrazione di lavoro dopo la legge di conversione del decreto dignità. in Menegotto M., Rausei P., Tomassetti P., a cura di, *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, *Adapt e–Book, n. 76/2018*, p. 66 ss.

De Luca Tamajo R., Paternò F. (2014). La somministrazione di lavoro, Il decreto lavoro. Opinioni a confronto. *L&W*, p. 15 ss.

Del Punta R. (2004). La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro. in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*. Milano: Ipsoa, p. 161 ss.

Di Noia F. (2018). "Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018. *CSDLE, It, n. 381/2018*.

Ferraro G. (2004). *Tipologie di lavoro flessibile*. Torino: Giappichelli.

Filì V. (2015). Prime note sulla somministrazione di lavoro. in Carinci F., cur. *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*. Modena: University press, p. 197 ss.

Filì V. (2018). Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori. *LG*, p. 2 ss.

Filì V., Riccardi A. (2015). La somministrazione di lavoro. in Ghera E., Garofalo D., cur. *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita–lavoro nel Jobs Act 2.* Bari: Cacucci, p. 293 ss.

Ghera E. (2014). La flessibilità tra riforma e "destrutturazione" del diritto del lavoro. in *Diritto del lavoro e mercato globale. Atti del convegno in onore di Paolo Tosi*. Napoli: ESI, p. 165 ss.

Lunardon F. (1998). Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice. in Napoli M., cur. *Il «pacchetto Treu». Commentario sistematico*, Padova: Cedam, p. 1235 ss.

Magnani M. (2014). La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche. *CSDLE, It, n. 212/2014*.

Malandrini S. (2015). Il ruolo del contratto di somministrazione di lavoro a termine

all'esito del processo di implementazione del Jobs Act. *Riv. it. dir. lav.*, p. 145 ss.

Marazza M. (2018). Decreto dignità: prime considerazioni sulle novità in materia di contratto di lavoro a termine e somministrazione di lavoro. *Giust. civ. com.*, p. 1 ss.

Mariucci L. (2014). Un decreto da cambiare, che contraddice il Jobs Act annunciato da Renzi, Il decreto lavoro. Opinioni a confronto. *L&W*, p. 25 ss.

Mazzotta O. (2009). La dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione. in Vallebona A., cur. *I contratti di lavoro.* Torino: Utet, p. 913 ss.

Passalacqua P. (2018). Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità. *CSDLE, It, n. 380/2018*.

Perulli A. (1999). Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo. *Riv. giur. lav.*, I, p. 237 ss.

Rausei P. (2018). La reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta. in Menegotto M., Rausei P., Tomassetti P., a cura di, *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, *Adapt e–Book, n. 76/2018*, p. 93 ss.

Riccardi A. (2009). La somministrazione: quale flessibilità?. in Garofalo M.G., Leone G., cur. *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*. Bari: Cacucci, p. 59 ss.

Riccardi A. (2013). La ridefinizione dei limiti di accesso alla somministrazione a tempo determinato. *Riv. giur. lav.*, I, p. 759 ss.

Scarpelli F. (2018). Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi. *Giust. civ. com.*, p. 4 ss.

Spattini S., Tiraboschi M. (2014). La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?, in Tiraboschi M., cur. *Jobs Act. Il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, p. 61 ss.

Speziale V. (2004). Art. 20. Commento. in Gragnoli E., Perulli A., a cura di. *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Padova: Cedam, p. 277 ss.

Speziale V. (2014). Totale liberalizzazione del contratto a termine, Il decreto lavoro. Opinioni a confronto. *L&W*, p. 30 ss.

Tosi P. (2012). Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012. *CSDLE, It, n. 154/2012*.

Vallebona A. (2012). *La riforma del lavoro 2012*. Torino: Giappichelli.

Zoppoli L. (2014). Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale. *CSDLE, It, n. 213/2014*.

Zoppoli L. (2018). Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva. *CSDLE, It, n. 377/2018*.

PAOLA ROMITO

L'AUTOTUTELA DECISORIA: QUALCHE RIFLESSIONE SUI POTERI DELLA STAZIONE APPALTANTE A SEGUITO DELL'AGGIUDICAZIONE*

ABSTRACT

Il lavoro si propone di indagare in merito all'autotutela decisoria, ricostruendone il fondamento giuridico e ripercorrendo l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che la relativa disciplina ha subito nel tempo, sino alle recenti modifiche legislative che hanno interessato gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio. Prendendo le mosse da tali riflessioni, si analizzerà l'operatività dell'autotutela negli appalti pubblici e ci si interrogherà sulla possibilità di riconoscere tale potere anche successivamente all'aggiudicazione.

The work aims to investigate the self–defense decision–making, reconstructing its legal basis and retracing the legal and jurisprudential evolution that this discipline has undergone over time, until the recent legislative changes that have affected the institutions of revocation and cancellation of office. Starting from these reflections, we will analyze the operation of self–defense in public tenders and we will ask ourselves about the possibility of recognizing this power even after the awarding.

PAROLE CHIAVE

Autotutela / appalti / aggiudicazione

Decision making / public procurement / contract

SOMMARIO: 1. Il potere di autotutela nell'ordinamento: cenni. – 2. L'autotutela decisoria e le sue origini. – 3. Autotutela e appalti pubblici. – 4. L'Adunanza Plenaria n. 14/2014. – 5. Annullamento d'ufficio e revoca: conseguenze. – 6. L'autotutela nel nuovo codice degli appalti.

1. Nell'ordinamento italiano il potere di autotutela assume una diversa fisionomia a seconda del contesto di riferimento.

Nella logica paritaria ed egualitaria che caratterizza il diritto dei privati[1] tale strumento mal si concilia con le esigenze di equità e di giustizia ad esso ontologica-

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Carnelutti, 1951, 151.

mente riferibili. Sono, pertanto, isolate ed eccezionali le ipotesi in cui il legislatore ammette che, in tale contesto, possano trovare spazio forme di autotutela: si pensi alla possibilità di inserire nel contratto la previsione di una clausola penale *ex* art. 1382 cod.civ., di una caparra *ex* artt. 1385 a 1386 cod.civ. o di una cauzione. Diversamente, laddove il legislatore non lo preveda, non è possibile far ricorso a strumenti di autotutela, essendo rimessa esclusivamente all'autorità giurisdizionale la tutela delle posizioni soggettive *latu sensu* intese[2].

La valenza imperativa che connota in linea generale il divieto di autotutela privata trova, del resto, un espresso riferimento normativo negli artt. 392 e 393 cod. pen. volti a sanzionare penalmente l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Diametralmente opposta è, invece, la genesi e la *ratio* del potere di autotutela previsto in capo ai soggetti pubblici, generalmente inteso come «potere di farsi giustizia da sé, risolvendo conflitti attuali o potenziali di interessi e a prescindere dal ricorso all'autorità giurisdizionale», secondo l'insegnamento del Benvenuti[3].

Il riconoscimento di un potere di autotutela, prima solo implicito ed oggi espressamente sancito in via normativa – come si avrà modo di specificare nei prossimi paragrafi – muove da un triplice ordine di considerazioni. Si pongono in risalto, cioè, la rilevanza peculiare che assume l'interesse pubblico cui è proteso l'esercizio del potere della p.a.; l'imparzialità che caratterizza la stessa essenza del soggetto pubblico, posto in posizione di preminenza rispetto a quello privato, e l'esigenza di continuità e doverosità che permea l'intera attività pubblicistica.

Tra le varie manifestazioni che può assumere il potere di autotutela della p.a. si distingue l'autotutela esecutoria, consistente nell'esecuzione coattiva dei provvedi– menti quando manchi la collaborazione del destinatario (la c.d esecutorietà, che la legge può attribuire agli ordini, o provvedimenti ablatòri che dir si voglia)[4], dall'autotutela decisoria, che si realizza mediante il riesame di un proprio provvedimento – o, secondo la nota distinzione gianniniana, la "revisione" dei suoi effetti – e la conseguente adozione di un nuovo provvedimento, all'esito di un procedi-

2. È questa, ad esempio, la *ratio* sottesa all'inammissibilità nel nostro ordinamento del patto commissorio finalizzato alla costituzione di alienazioni a scopo di garanzia, vietato ai sensi dell'art. 2744 cod.civ. In tali casi, infatti, solo la previsione di un patto marciano che preveda un'attenuazione del rigore di tale divieto, consente di far salve le pattuizioni insorte tra i paciscenti e di garantire una forma di autotutela del creditore, ipotesi precipuamente introdotta dal legislatore con riferimento a talune specifiche fattispecie e, da ultimo, alla nuova disciplina del pegno non possessorio ex art. 1 D.L. 59/2016.

3. Benvenuti, 1959, 537.

4. Secondo una prima ricostruzione teorica, l'autotutela veniva intesa solo come possibilità di dare diretta esecuzione alle pretese derivanti dal provvedimento della p.a., in virtù della presunzione di legittimità che si attribuiva all'agire pubblico: cfr. Giannini, 1993, 830.

mento di secondo grado[5]. Una parte della dottrina[6] individua, altresì, un'ulteriore sottocategoria nell'autotutela giustiziale o contenziosa, consistente nel potere esercitato dalla p.a. sul ricorso sull'atto[7].

L'ipotesi qui considerata di autotutela, di recente sottoposta a sensibili modifiche, è quella cd. decisoria.

A seconda della sussistenza o meno di una discrezionalità legata all'esercizio del potere di autotutela, una parte della dottrina distingue ulteriormente l'autotutela decisoria in spontanea o doverosa[8]. Si avrebbe, in sostanza, autotutela spontanea ogni qualvolta la pubblica amministrazione autonomamente o previa sollecitazione da parte degli interessati, sia titolare di un potere discrezionale in ordine alla rivalutazione di situazioni di fatto o di diritto poste alla base di un determinato provvedimento. Per converso, l'autotutela doverosa[9] sarebbe quella compresa nell'esercizio vincolato di particolari funzioni, come ad esempio quella di controllo[10].

2. Come anticipato, originariamente il potere di autotutela si scontrava con l'assenza di una base normativa che ne legittimasse espressamente l'esercizio.

Per giustificarne il riconoscimento, dottrina e giurisprudenza facevano, quindi, ricorso alla teoria dei poteri impliciti[11] o al principio del cd. *contrarius actus*, espressione alternativa di ogni potere di amministrazione attiva.

5. Più precisamente, il potere di riesame può comportare un effetto demolitorio, attraverso la revoca e l'annullamento d'ufficio, ma anche conservativo ovvero confermativo mediante la convalida, la ratifica, la sanatoria in senso ampio, la rettifica, la conferma.

6. Cerulli Irelli, 2006, 488.

7. Per un'analisi della funzione giustiziale tra autotutela e autodichia si veda Caputi Jambrenghi, 2017, 340.

8. Sul tema Francario, 2015b, 4; Tuccillo, 2016, 4.

9. Ipotesi di autotutela doverosa erano quelle introdotte dall'art. 211 co. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici (norma abrogata dal correttivo al codice ex D.Lgs. n. 56/2017), in tema di potere di raccomandazione vincolante dell'Anac, nonché dall'originaria previsione dell'art.176 (modificata dal correttivo) che prevedeva delle ipotesi in cui l'amministrazione doveva necessariamente annullare la concessione.

10. Cfr. Sandulli, 1989, 710; Villata, Ramajoli, 2017, 621, individuano delle ipotesi di annullamento doveroso in presenza di una sentenza passata in giudicato che dichiari l'invalidità di un provvedimento, o di annullamento giurisdizionale o amministrativo di atti presupposti, nonché nelle ipotesi di invalidità rilevata mediante un procedimento di controllo cd. successivo.

11. La locuzione si riferisce a poteri non espressamente previsti dalla legge, ma ricavabili implicitamente dall'attribuzione di altri poteri che senza di essi non potrebbero conseguire il loro fine. Sul tema Ubaldi, 2013, 4. La teoria, pur essendo in evidente frizione col principio di legalità, è diffusamente utilizzata con riguardo, ad esempio, ad alcune attività delle autorità amministrative indipendenti, peraltro temperate da un rafforzamento della legalità procedurale e da adeguate forme di pubblicità.

La Legge 11 febbraio 2005 n. 15[12] ha inteso colmare tale lacuna normativa con l'introduzione del capo IV *bis* della L. 7 agosto 1990, n. 241.

La suddetta previsione, sebbene abbia risolto il problema relativo all'assenza *tout court* di un fondamento legislativo del potere di riesame (o revisione), non ha tuttavia dissipato i contrasti in ordine alla natura giuridica di quest'ultimo[13].

Secondo una tradizionale impostazione[14], il potere di riesame–revisione e di eventuale conseguente ritiro o modifica del provvedimento consisterebbe in un nuovo esercizio dell'originario potere di amministrazione attiva esercitato all'atto dell'adozione del provvedimento di primo grado, potere che non esaurirebbe la propria forza con esso ma permarrebbe al fine di garantirne la rispondenza all'interesse pubblico[15].

In base a una diversa e meno risalente impostazione, quello di autotutela sarebbe un potere autonomo[16], distinto dal potere di provvedere, che consentirebbe alla pubblica amministrazione di risolvere da sé le controversie di cui è parte, senza ricorrere all'autorità giurisdizionale.

La codificazione da parte del legislatore del potere di annullamento d'ufficio al– l'art. 21 *nonies* della L. 241/90 e della revoca all'art. 21 *quinquies*, nella versione originaria, risultava compatibile con entrambe le accennate ricostruzioni. La L. 7 agosto 2015 n. 124, modificando sensibilmente l'impianto normativo originario, mediante la previsione di un esplicito limite temporale[17] *ex* art. 21 *nonies*, sembrerebbe, invece, oggi meglio adattarsi alla ricostruzione del potere di riesame come autonoma potestà di autotutela[18].

È opportuno precisare che il potere in questione non produce automaticamente il ritiro del provvedimento mediante l'annullamento d'ufficio o la revoca, ben

12. Recante modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241/1990, concernenti norme generali sull'azione amministrativa.

13. Oltre alle impostazioni qui considerate, vi sono delle teorie minoritarie che riconducono il suddetto potere ad una funzione di controllo, ovvero a una sorta di auto–impugnazione.

14. Cfr. *ex multis* Alessi, 1960, 389; Alì, 1966, 152; Merusi, 2001, 142; Bellomo, 2013, 948.

15. Conti, 2016, 8, evidenzia come tale teoria si fondi sulla concezione di identità dei poteri esercitati dalla p.a. nell'adozione del provvedimento originario e in quello di autotutela, poiché gli interessi perseguiti dalla p.a. nei due procedimenti non sono confliggenti e sottendono un unico interesse originario, differenziandosi solo sotto un profilo temporale.

16. Cfr., tra tanti, Codacci–Pisanelli, 1939, 108; Cannada–Bartoli, 1958, 484; Cerulli Irelli, 2006, 488.

17. Manfredi, 2016, 5.

18. Come evidenzia Francario, 2015b, 5, l'introduzione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere di autotutela decisoria mette fortemente in discussione la possibilità di poter continuare a considerare l'autotutela decisoria come un potere generale della pubblica amministrazione, non necessitante di una espressa attribuzione normativa e inesauribile, dovendo senz'altro ritenersi oggi come potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente.

potendo comportarne la mera sospensione dell'efficacia *ex* art. 21 *quater*, oltre che, ovviamente, condurre ad esiti confermativi o emendativi (v. *supra*, nota 5).

3. L'esercizio dei poteri di autotutela nei termini suddetti gioca un ruolo fondamentale nelle procedure ad evidenza pubblica, attraverso le quali le stazioni appaltanti scelgono le amministrazioni e gli enti aggiudicatari cui affidare i contratti di appalto e concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere.

La procedimentalizzazione dell'evidenza pubblica, disciplinata a seguito del rece– pimento delle direttive eurounitarie e del codice dei contratti pubblici nel 2006, oggi sostituito col D.Lgs. n. 50/2016, costituisce il primo segmento di una struttura bifasica in cui ad una fase pubblicistica segue una privatistica.

Sulla base di questa premessa si procederà ad affrontare *funditus* il problema relativo alla possibilità di ravvisare un potere di autotutela delle stazioni appaltanti nell'ambito della procedura di gara e, più specificatamente, nel segmento procedimentale dell'aggiudicazione.

In proposito non può dubitarsi che fino a quando perduri la fase pubblicistica non vi siano ostacoli all'esercizio di un potere amministrativo qual è quello di autotutela.

Ciò del resto è confermato dallo stesso legislatore all'art. 32 co. 8 del codice dei contratti[19], che espressamente autorizza l'esercizio dell'autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti. I dubbi investono, invece, l'eventuale permanenza del potere in parola durante la pendenza della fase privatistica che, secondo la tesi più accreditata dalla giurisprudenza, ha inizio con la stipulazione del contratto[20].

Ci si chiede, in sostanza, se a seguito della stipulazione si verifichi una consumazione del potere amministrativo con conseguente inammissibilità di qualsivoglia autotutela o se, per converso, tale potere permanga e consenta di rimuovere in autotutela il provvedimento di aggiudicazione anche dopo la stipulazione.

La questione, oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale culminato con la pronuncia 20 giugno 2014 n. 14 resa in Adunanza plenaria dal Consiglio di Stato e, oggi, parzialmente risolta dagli artt. 108 e 109 del nuovo codice, merita preliminarmente un approfondimento.

Per poter adeguatamente comprendere i termini del dibattito è, infatti, oppor-

19. E, nella precedente vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, dall'art. 11.

20. Secondo la giurisprudenza prevalente (cfr. C.Cost., 18.02.2011, n. 53, Foro it., 2012, I, 2605) la fase conclusa con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente, secondo le attese della p.a. e nel– la tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche.

tuno precisare che l'ambito di applicazione del potere cui si fa riferimento, è quello del– l'annullamento d'ufficio *ex* art. 21 *nonies* e, più marcatamente, della revoca *ex* art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990.

L'annullamento d'ufficio[21] può essere disposto dalla p.a. qualora il provvedimento presenti vizi originari di legittimità di cui all'art. 21 *octies* co. 1, previa comparazione degli interessi coinvolti e sulla base di un interesse pubblico attuale e concreto, distinto dal mero ripristino della legalità. Il limite all'esercizio di tale potere è inscindibilmente connesso all'affidamento che il destinatario abbia riposto sulla validità del provvedimento: più tempo passa dall'adozione del provvedimento, più si consolida l'affidamento del soggetto cui è rivolto. Per tale motivo il legislatore aveva già confinato in generale l'annullabilità d'ufficio entro un "termine ragionevole" [22], dettando una regola *ad hoc* per i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati: in tali casi il termine non poteva superare i tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, come prevedeva l'art. 1 co. 136 della Legge Finanziaria 2005[23].

All'esito della riforma intervenuta con la L. 7 agosto 2015 n.124 l'art. 21 *nonies* prevede, invece oggi, anche nella disciplina generale un termine più ridotto, individuato in 18 mesi dal momento dell'adozione, per quanto concerne i provvedimenti attributivi di vantaggi economici e di autorizzazione. Tale modifica, accompagnata dal– l'abrogazione della norma prevista dalla Finanziaria 2005 in precedenza richiamata, risponde a un'idea di "civiltà giuridica", introducendo un certo bilanciamento rispetto agli stretti termini di decadenza cui sono sottoposti i privati per le impugnazioni[24].

Per tale ragione essa è stata generalmente ben accolta dalle varie interpretazio-

21. Per una considerazione più approfondita dell'istituto e della sua evoluzione si veda, tra i tanti, Manfredi, 2007, 1433; Gualdani, 2018, 9.

22. Per la cui analisi si rimanda a D'Ancona, 2008, 1521.

23. La norma così disponeva: «Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni all'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante».

24. Santise, 2017, 330, evidenzia come la nuova disciplina costituisca una perfetta espressione del nuovo contesto generale improntato ai principi di leale collaborazione e buona fede tra amministrazione e privati. Non può tuttavia sottacersi che ora, mentre il giudice amministrativo annulla il provvedimento illegittimo nell'esclusivo interesse del privato che lo abbia tempestivamente impugnato, senza incontrare alcun limite di tempo e senza poter considerare alcun contrapposto interesse pubblico, la p.a. vede fortemente restringersi il suo potere di rimuovere il proprio provvedimento illegittimo a tutela dell'interesse pubblico di cui è portatrice.

ni dottrinali, sebbene siano state sin dal principio messe in luce delle ambiguità e dei difetti di coordinamento con ulteriori fattispecie, per la cui risoluzione si dovrà attende– re il responso della giurisprudenza. Ciò che preme segnalare è la permanenza di un doppio regime, del termine elastico e di quello rigido, per quanto concerne i provvedimenti favorevoli, residuando per gli altri l'applicazione del solo termine elastico. Un ulteriore profilo controverso è quello delle conseguenze derivanti dall'esercizio del potere di annullamento d'ufficio oltre il termine dei 18 mesi che, secondo una parte della dottrina produce una consumazione del potere, con conseguente difetto assoluto di attribuzione e giurisdizione ordinaria; secondo un'altra tesi, invece, si traduce in un'ipotesi di mera illegittimità, sindacabile dinanzi al giudice amministrativo.

Al provvedimento di annullamento d'ufficio si riconosce generalmente efficacia *ex tunc* salvo la possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza più recente, di graduarne gli effetti nel tempo[25].

La revoca[26] disciplinata dall'art. 21 *quinquies*[27] della L. 241/90 è, invece, disposta per vizi di merito – solo sopravvenuti, se trattasi di provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici – previa valutazione discrezionale e con efficacia *ex nunc*, quindi con salvezza dei rapporti esauriti. La norma prevede, poi, in relazione all'affidamento riposto dai soggetti direttamente interessati, un obbligo di indennizzo che, qualora incida su rapporti negoziali, è espressamente circoscritto al solo danno emergente e tiene conto della eventuale conoscenza o conoscibilità della contrarietà all'interesse pubblico dell'atto revocato o della erronea valutazione, in concorso con altri contraenti o soggetti, circa la compatibilità dell'atto in questione con l'interesse pubblico.

4. Sulla base di tali premesse è possibile indagare se, dopo la stipulazione del contratto d'appalto, sia possibile per la stazione appaltante rimuovere in autotutela l'aggiudicazione.

25. C. Stato, sez. VI, 10.05.2011, n. 2755, Urb. App., 2011, 927, con commento di Travi.

26. Per un'adeguata ricostruzione dell'istituto, Alessi, 1956, 11; Lupo, 2013, 11 ss.; La Rosa, 2013, 59 ss., ecc.

27. La L. 164/2014, di conversione del c.d. D.L. Sblocca–Italia n. 133/2014, ha modificato l'art. 21–*quinquies*, la cui attuale formulazione prevede che la revoca può essere disposta per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Secondo La Rosa, 2015, 2, le modifiche legislative sono finalizzate alla riduzione della generale possibilità di ripensamento della pubblica amministrazione, introducendo i limiti della imprevedibilità del mutamento della situazione di fatto e della impossibilità di revocare per rivalutazione dell'interesse originario i provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici.

È opportuno precisare che si suole distinguere nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica l'autotutela c.d. interna al contratto da quella "esterna". Con la prima locuzione ci si riferisce al potere della pubblica amministrazione di incidere unilateralmente, finanche con effetto risolutivo, sul rapporto contrattuale già perfezionato. Al contrario, l'autotutela esterna viene esercitata sul provvedimento amministrativo di aggiudicazione, presupposto del contratto[28].

In merito alla c.d. autotutela esterna, ci si chiede se una volta esaurita la fase pubblicistica la stazione appaltante possa annullare[29] l'aggiudicazione o altri atti della gara in caso di vizio di legittimità, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge sul procedi– mento amministrativo, ovvero revocarli *ex* art. 21 *quinquies*, non per *ius poenitendi*, ma per sopravvenute ragioni di interesse pubblico.

Con riguardo al potere di annullamento d'ufficio, per vero, già la citata pronuncia dell'Adunanza plenaria[30] lo ha ritenuto, seppure indirettamente, configurabile, implicitamente condividendo l'impostazione della giurisprudenza prevalente per la quale, stante la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto, l'annullamento d'ufficio della prima produce la caducazione automatica degli effetti negoziali.

Con riferimento al potere di revoca[31], invece, si erano venuti a creare maggiori contrasti. Si registravano infatti due differenti orientamenti: secondo la prima tesi[32], l'intervenuta stipulazione comportava il passaggio alla fase *stricto sensu* privatistica da cui l'impossibilità di invocare l'autotutela e l'esclusiva operatività del rimedio privatistico individuato dal legislatore, ossia il recesso *ex* art. 134 D.Lgs. n. 163/2006. Per converso i sostenitori dell'opposta teoria[33] non ravvisavano ostacoli al potere di autotutela dopo la stipulazione, riconoscendo una sorta di equivalenza tra il rimedio pubblicistico e quello privatistico e rimettendone la scelta alla p.a. procedente.

A dirimere il contrasto è intervenuta la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria[34] che ha accolto la prima impostazione con un apprezzabile supporto motivazionale.

28. Chieppa, Giovagnoli, 2017, 788.

29. Gallone, 2016, 117 ss.

30. Nella stessa prospettiva C. Stato, sez. V, 14.01.2011, n. 11, App. contr., 2011, 10.

31. Mangani, 2014, 19; Musolino, 2016, 517.

32. Cass. S.U., 17.12. 2008 n. 29425, Giur. it, 2008.

33. *Ex multis* C.Stato, sez.IV, 17.03.2010 n. 1554, Foro Amm –Cds, 2010, 863.

34. Ci si riferisce a C.Stato, a.p.,20.06.2014, n. 14, Foro Amm., II, 6, 1671, che dopo aver escluso l'ammissibilità della revoca, ha ribadito che resta, invece, impregiudicata «la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto». Cfr. i commenti di Longo, Canzonieri, 2014, 1195; Piperata, 2015, 77.

La pronuncia ha riconosciuto l'esperibilità dell'autotutela anche a seguito della stipulazione purché non vi siano strumenti speciali previsti normativamente, come il recesso – *ex* art. 134 del vecchio codice – che impedisce l'esercizio del potere di revoca, poiché ne condivide finalità e presupposti.

Secondo la Plenaria, infatti:

> Se nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale); richiamato anche che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca "per motivi di pubblico interesse" a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici (o la gestione di servizi pubblici; art. 158 del codice). In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata [...].

Si pone in evidenzia, quindi, come tanto la revoca quanto il recesso siano strumenti legati ad una diversa valutazione dell'interesse pubblico, dovuta a sopravvenienze, ed entrambi giungano a un risultato analogo, ovverosia la cessazione del rapporto negoziale *ex nunc*, per cui la previsione di una norma speciale, quale quella disposta dall'art. 134, deporrebbe a favore della *voluntas legis* di consentire solo questo rimedio. Ciò sarebbe del resto supportato dall'evidenza logica per la quale rimettendo alla p.a. la facoltà di scelta del rimedio pubblicistico o privatistico da esperire, si finirebbe per privare l'art. 134 di qualsiasi utilità stante la maggiore onerosità del recesso rispetto alla revoca che, come evidenziato, prevede la corresponsione di un mero indennizzo parametrato al solo danno emergente.

5. L'annullamento e le revoca dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante producono differenze significative anche in punto di tutela risarcitoria. Come si è già visto, infatti, solo la revoca comporta l'obbligo per la p.a. di un indennizzo, sebbene nei limiti del danno emergente. Ciò non esclude, però, che qualora la revoca sia illegittima debba corrispondersi il risarcimento integrale, comprensivo del danno emergente e del lucro cessante, previa verifica della sussistenza di tutti

i requisiti di cui all'art. 2043 cod.civ[35]. Analogamente, sarà foriero di integrale risarcimento l'annullamento d'ufficio illegittimo.

Peraltro, in ogni caso, l'impresa aggiudicataria potrà invocare il risarcimento per responsabilità precontrattuale[36]. Più precisamente è ravvisabile la cd. *culpa in contrahendo* "spuria", *ex* art. 2043 cod.civ., ogni qualvolta la stazione appaltante violi regole di legittimità, ledendo l'interesse legittimo pretensivo dell'impresa aggiudicatrice alla stipulazione del contratto. Sussiste, invece, la responsabilità precontrattuale "pura", *ex* artt. 1337 e 1338 cod.civ., qualora la stazione appaltante violi le regole comportamentali di buona fede in senso oggettivo[37]. In quest'ultimo caso il risarcimento sarà parametrato al cd. interesse negativo, relativo alle spese sostenute e alle occasioni perse, intese quali *chances* di aggiudicazione.

La rimozione in autotutela dell'aggiudicazione comporta la caducazione del con– tratto. Sulla vicenda è oramai prevalente la tesi che riconosce la giurisdizione esclusiva, di cui all'art. 133 co. 1 lett. *c*) cod.proc.amm., in virtù dei principi di effettività e di concentrazione della tutela *ex* artt. 24 e 111 Cost.

Si afferma, infatti, che la giurisdizione è del giudice ordinario solo rispetto a vizi propri del contratto, mentre spetta al giudice amministrativo quando si tratti di effetti scaturenti dal provvedimento presupposto o dalla rimozione di esso.

A tal proposito si segnala, inoltre, come mentre nei casi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione spetti al giudice stabilire quale conseguenza far derivare in ordine al contratto – mediante una specie di "giurisdizione di merito", cui consegue la dichiarazione di inefficacia o la previsione di altre sanzioni alternative, sulla base di una valutazione comparativa degli interessi – nella diversa ipotesi di annullamento d'ufficio la valutazione relativa alle sorti del contratto sia già implicita nella scelta di rimuovere l'aggiudicazione, per cui, ove si consentisse al giudice di decidere per la stabilità del contratto, si produrrebbe un'ingiustificata ingerenza del giudice su poteri discrezionali della p.a. e una disapplicazione di fatto del provvedimento di autotutela, divenuto inoppugnabile per decorso dei termini.

6. Sulla base dell'analisi svolta occorre ora comprendere in quali termini si collochi, rispetto ad essa, il mutato quadro normativo derivante dall'introduzione del nuovo codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 50/2016 che ha, come noto, abrogato

35. C. Stato, sez. V, 05.05.2016 n. 1797, in Italiappalti.it.

36. Sul punto si veda la recente pronuncia C. Stato, a. p., 04.05.2018 n. 5, in giustizia–amministrativa.it, che riconosce definitivamente la responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione.

37. Cfr. sul punto Caputi Jambrenghi, 2007, 147; Caputi Jambrenghi, 2012, 159.

l'art. 134 del previgente D.Lgs. n. 163/2006 e introdotto due nuove norme in tema di risoluzione e recesso, agli articoli 108 e 109.

Il problema si pone perché, fatta salva l'espressa previsione del potere di autotutela prima della stipula (autotutela c.d. esterna al contratto), il legislatore non si esprime per la fase successiva ad essa, quando sono esercitabili i poteri privatistici di recesso e di risoluzione (c.d. autotutela interna).

Offrendo solo qualche spunto per più ampi e approfonditi dibattiti, necessari per una più esaustiva definizione del tema, preme segnalare come la nuova disciplina presenti effettivamente delle incertezze riguardo all'ipotesi di risoluzione prevista dal– l'art. 108[38]. Ci si interroga se si tratti di uno strumento privatistico che precluda ogni spazio per l'autotutela pubblicistica, o se, invece, costituisca un potere apparentemente privatistico ma pubblicistico nella sostanza, con possibilità di agire in autotutela[39] quantomeno con riferimento ai vizi più gravi.

Sebbene dalla lettura della norma si potrebbero astrattamente considerare valide entrambe le impostazioni, sembra più persuasiva la qualificazione privatistica, per la quale a seguito della stipulazione del contratto si ripristina un principio di parità tra le parti e si conferisce al rapporto una qualificazione in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici[40], poiché maggiormente in linea con il generale contesto di riforma.

La nuova disciplina conferma, poi, la sussistenza di un potere di recesso[41] all'art. 109[42], escludendo implicitamente l'esercizio dell'autotutela nella forma della revoca e avvalorando le motivazioni espresse dalla Plenaria del 2014.

Nessuna novità significativa si registra, invece, con riferimento alle ipotesi di concessione[43] per le quali il nuovo art. 176 espressamente prevede un potere di annullamento d'ufficio svincolato dal termine *ex* art. 21 *nonies*.

38. Si specifica che la norma in commento prevede due differenti ipotesi di risoluzione: una facoltativa, delineata dal co.1 che espressamente stabilisce che le stazioni appaltanti «possono risolvere un contratto pubblico» e una obbligatoria, prevedendo al 2 co. dei casi in cui le stazioni appaltanti «devono risolvere un contratto pubblico». In entrambi i casi il legislatore non utilizza una norma con carattere generale, ma delinea specifiche ipotesi in cui è esperibile il suddetto potere.

39. Secondo una parte della dottrina questo potere di risoluzione in realtà celerebbe, infatti, almeno nelle ipotesi più gravi, un potere di annullamento d'ufficio.

40. Caringella, 2016, 1720.

41.Da cui consegue che, in caso di sopravvenuti motivi di inopportunità alla realizzazione del programma negoziale, si dovrà ricorrere all'esercizio del potere contrattuale di recesso previsto dalla normativa sugli appalti pubblici e dagli art. 1373 e 1671 cod.civ. (in tal senso Cass. S.U. 17.12.2008 n. 29425, cit.).

42. Norma che, peraltro, estende la sua operatività anche agli appalti di servizi e forniture, in precedenza esclusi dal vecchio art. 134 che si riferiva esclusivamente agli appalti di lavori.

43. In ragione della diversa rilevanza economica delle concessioni e dei relativi interessi che necessitano di un potere di rivisitazione più prettamente pubblicistico.

Volendo azzardare una breve considerazione conclusiva in merito alla configurabilità dei poteri di autotutela della stazione appaltante e all'interpretazione delle nuove norme sui contratti pubblici, è possibile rilevare come, sebbene quei poteri rappresentino il tradizionale strumento pubblicistico alternativo al rimedio giurisdizionale per rimediare a eventuali errori commessi, l'impostazione del legislatore eurounitario è, per converso, orientata al «congelamento della procedura di gara, accelerando la decisione in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione»[44]. Da una lettura delle recenti riforme, del resto, emerge che anche il legislatore interno sembrerebbe muoversi nella stessa direzione, introducendo significativi limiti all'esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione e privilegiando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, specie ove legati a forti interessi economici[45].

Del resto, a ben vedere, in termini più generali tale impostazione non è altro che il riflesso del progressivo espandersi del riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione della facoltà di avvalersi di strumenti privati ogniqualvolta essa cessi di agire come autorità e assuma le vesti di un semplice contraente.

44. Saitta, 2015, 2748.
45. Francario, 2015a, 1.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Alessi R. (1956). *La revoca degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè.

Alessi R. (1960). *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè.

Alì M. (1966). Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali. *Foro amm*., p. 152 ss.

Bellomo F. (2013). *Nuovo sistema del diritto Amministrativo,* II. Bari: Diritto e scienza srl.

Benvenuti F. (1959). Autotutela (dir.amm.). *Enc. Dir*., IV. Milano: Giuffrè, p. 537 ss.

Cannada–Bartoli E. (1958). Annullabilità e annullamento (dir. amm.). *Enc. dir*. II. Milano: Giuffrè. p. 484 ss.

Caputi Jambrenghi M.T.P. (2007). Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. *Foro amm*., 1, p.147 ss.

Caputi Jambrenghi M.T.P. (2012). Il principio del legittimo affidamento. In Saitta F., Renna M., a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo.* Milano: Giuffrè. p. 159 ss.

Caputi Jambrenghi M.T.P. (2017). *La funzione amministrativa neutrale*. Bari: Cacucci.

Caringella F. (2016). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Roma: Dike giuridica.

Carnelutti F. (1951). Teoria generale del diritto. *Soc. Foro it*., p.151 ss.

Cerulli Irelli V. (2006). *Lineamenti di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli.

Chieppa R., Giovagnoli R. (2017). *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè.

Codacci–Pisanelli G. (1939). *L'annullamento degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè.

Conti L. (2016). L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies. *Giust. Amm*., 5, p. 8 ss.

D'Ancona S. (2008). Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela. *Foro amm.–TAR*., p. 1521 ss.

Francario F. (2015a). Certezza del diritto ed operatori economici: note a margine di recenti riforme (Intervento al Convegno su: "Le fonti nel diritto amministrativo" – Padova, 9–10 ottobre 2015). *www.diritto–amministrativo.org*., 1 ss.

Francario F. (2015b). Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124). *Federalismi.it*., 20, p.5 ss.

Gallone G. (2016). *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*. Bari: Cacucci.

Giannini M.S. (1993). *Diritto amministrativo,* II. Milano: Giuffrè.

Gualdani A. (2018). La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio. *Federalismi.it*., 2, p. 9 ss.

La Rosa G. (2013). *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*. Milano: Giuffrè.

La Rosa G. (2015). Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione? *Giust. amm*., 5, p. 2 ss.

Longo A., Canzonieri E. (2014). Dopo la stipula del contratto di appalto la p.a. può esercitare solo il recesso. *Urb. App,* 11, p. 1195 ss.

Lupo A. (2013). *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè.

Manfredi G. (2007). Annullamento d'ufficio, tutela dell'affidamento, indennità. *Urb. e app.,* p. 1433 ss.

Manfredi G. (2016). Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia. *Urb. App.*, 1, p.5 ss.

Mangani R. (2014). Il contratto di appalto tra potere di revoca e diritto di recesso. *Riv. trim. app.*, 1, p.19 ss.

Merusi F. (2001). *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*. Milano: Giuffrè.

Musolino G. (2017). Il recesso nell'appalto. Dalla disciplina generale nel codice civile alla disciplina speciale del riformato codice degli appalti pubblici. *Riv. trim. app.,* 3, p. 517 ss.

Piperata G. (2015). L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici. *Giorn. Amm.*, 1, p. 77 ss.

Saitta F. (2015). L'autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante. *Giur. It.*, 12. p. 2748 ss.

Sandulli A.M. (1989). *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Jovene.

Santise M. (2017). *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli.

Tuccillo S. (2016). Autotutela: potere doveroso? *Federalismi.it.*, 16, p.4 ss.

Ubaldi A. (2013). Poteri impliciti della p.a.: tra legalità e forma. *Lexitalia.it.*, 4.

Villata R., Ramajoli M. (2017). *Il provvedimento amministrativo*. Torino: Giappichelli.

MARIO SANTORO

EVOLUZIONI ERMENEUTICHE SUL REGIME IMPUGNATORIO DELLE ORDINANZE IN TEMA DI MESSA ALLA PROVA*

«Qui noluerit servire caritati, necesse est ut serviat iniquitati»
Sant'Agostino d'Ippona, *Enarr. ps.18,15*

ABSTRACT

La messa alla prova consente uno scambio fra pretesa punitiva e abdicazione alla reità, qui il successo del percorso di probazione del reo costituisce l'equivalente richiesto dallo Stato per la declaratoria di estinzione del reato e per il non prosieguo di qualsiasi attività processuale.

La *probation* italiana sembra camuffare un nuovo mezzo di applicazione su richiesta di una sanzione sostitutiva a un soggetto riconosciuto preventivamente colpevole.

L'istituto pare così assumere una "duplice" dimensione sostanziale e processuale, sia quale causa di estinzione del reato sia quale rito di definizione alternativa della vicenda processuale.

Lo studio analizza natura, finalità e presupposti generali dell'istituto della <<messa alla prova>>, con particolare esamina del regime impugnatorio alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali di legittimità e costituzionali.

The probation is an exchange between punitive pretension and abdication to the offence, where the success of the probation's trial constitutes the equivalent required by the State to declare as extinct the crime, so the not prosecution of any trial activity.

The Italian probation seems to disguise a new means of voluntary and substitute application of a sanction to a liable previously recognized as guilty.

The institute appears to assume a "double" substantial and proceedings dimension, both as a extinctive cause of the offence and as a alternative rite to the definition of the trial.

The study analyses the nature, aims and general assumptions of probation regime, which has been revisited by he most recent jurisprudential orientations of legitimacy and constitutional.

PAROLE CHIAVE

Procedimento penale / messa alla prova

Criminal proceedings / Probation

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulla *probation* italiana. – 2. Il problematico inquadramento del regime normativo relativo ai rimedi impugnatori. – 3. Il sistema impugnatorio delle ordinanze dispositive e di reietto. Evoluzioni ermeneutiche a confronto. – 4. Lo scioglimento del nodo gordiano e la definitiva legittimità costituzionale della messa alla prova degli adulti.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. La legge 28 aprile 2014, n. 67, entrata in vigore il 17 maggio 2014 e recante «*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*»[1], ha introdotto la sospensione del procedimento mediante l'applicazione agli adulti della c.d. "*messa alla prova*"[2], ispirandosi indirettamente ai postulati di sussidiarietà e di autosufficienza della sanzione penale.

Il legislatore ha predisposto l'inserimento nel codice penale degli artt. 168–bis, 168–ter e 168–quater a cui si sommano disposizioni processuali ricomprese nel nuovo Titolo V–bis del codice di rito e previste agli artt. 464–bis, 464–ter, 464–quater, 464–quinquies, 464–sexies, 464–septies, 464–octies e 464–novies[3].

La novità non consta nella trasposizione a soggetti maggiorenni della *probation* del rito minorile bensì nella normazione della *messa alla prova* per soggetti maggiorenni già al momento del *tempus commissi delicti*[4]. La giurisprudenza diversamente reputava in passato applicabili gli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 488/1988 ai soggetti divenuti maggiorenni solo alla data del provvedimento di sospensione[5].

L'istituto trae la propria ispirazione direttamente dalla *probation* del diritto anglosassone, là dove la rinuncia statuale alla potestà punitiva è condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita; tuttavia se ne discosta, perché interviene nel corso del processo e non già in una fase ad esso successiva[6]. Più esat-

1. La messa alla prova dell'imputato adulto, modellata sull'archetipo della messa alla prova minorile, è stata oggetto di una prima proposta legislativa nel d.d.l. Mastella n. 2664 del 2007 del Governo Prodi II. L'istituto è stato poi oggetto di una nuova proposta da parte del Governo Berlusconi IV con il d.d.l. n. 3291 del 2010, dal Governo Monti, con il d.d.l. n. 5019 del 2012 e dal Governo Letta con il d.d.l. 5019–bis del 2013 in cui la messa alla prova è stata oggetto di una delega parlamentare al governo, da attuarsi in base all'art. 3 limitatamente al codice di procedura penale nel rispetto degli otto principi e criteri direttivi. È stata, altresì, prevista nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia con una portata applicativa estesa per i reati puniti con pena diversa dalla detentiva o con pena detentiva non superiore a tre anni. Sull'iter legislativo che ha portato all'introduzione dell'istituto anche per gli adulti, v. Triggiani, 2014, 45 ss.

2. Sul tema v., tra gli altri, Amato, 2014, 67 ss.; Bartoli, 2015, 1755 ss.; Bartoli, 2014, 661 ss.; Bertolini, 2014, 47 ss.; Bisanti, 2015, 133 ss.; Cesari, 2015, 2122 ss.; Chiavario, 2014, 626 ss.; De Vito, 2013, 9 ss.; Diddi, 2014, 109 ss.; Fanuli, 2014, 427 ss.; Felicioni, 2014, 415 ss.; Fiorentin, 2014, 68 ss.; Galati–Randazzo, 2015, 1 ss.; Giunchedi, 2014, 1 ss.; Leopizzi, 2014, 606 ss.; Lozzi, 2014, 529 ss.; Marandola, 2014, 674 ss.; Martini, 2014, 486 ss.; Montagna, 2015, 793 ss.; Morselli, 2014, 641 ss.; Murro, 2014, 1264 ss.; Muzzica, 2015, 158 ss.; Nevoli, 2014, 145 ss.; Orlandi, 2014, 744 ss.; Ansini, 2015; Pavich, 2015, 505 ss.; Piccirillo, 2014, 1 ss.; Pulito, 2015, 97 ss.; Id., 2015, 77 ss.; Riverditi, 2014, 982 ss.; Sanna, 2015, 1262 ss.; Scalfati, 2015, 1 ss.; Spangher, 2014, 602 ss.; Tabasco, 2015, 1 ss.; Tonini, 2018, 844 ss.; Triggiani, 2014, 13 ss.; Ubertis, 2015, 1 ss.; Valer, 2015, 1 ss.; Zaccaro, 2014, 29.

3. Bartoli, 2014, 661; Piccirillo–Silvestri, 2014, 2; Marandola, 2014, 674.

4. Piccirillo–Silvestri, 2014, 3 ss.

5. Cass. 4.04.2003 n. 23864, CED Cass. 225587; Cass. 20.01.1994 n. 323, ivi, 198710.

6. Tabasco, 2015, 1 ss.

tamente, la novella legislativa appare una *probation* giudiziale in fase istruttoria, che precede la pronuncia di una sentenza di condanna e, per l'effetto sospensivo del processo *ex ante* pena, rende la messa alla prova avulsa da qualsivoglia dinamica propria della esecuzione penale[7] e penitenziaria[8].

In considerazione di similari precedenti applicativi nel processo penale minorile e nei procedimenti innanzi al giudice di pace, l'istituto in commento è emblema di una nuova premessa culturale, fondata sui principi di residualità della sanzione penale e di minor sacrificio possibile della libertà personale, che protende non solo alla rieducazione, ma all'umanizzazione della pena, derivate costituzionali dall'art. 27 Cost.

In distinta prospettiva, con riguardo ai diversi approdi europei[9], altra parte della dottrina accentua il preminente aspetto "deflattivo", ispirato a un decongestionamento dell'organizzazione detentivo–penitenziaria, attuato mediante una meticolosa ed equilibrata opera di decarcerizzazione.

Sembra preferibile operare una lettura unitaria di tali considerazioni, talché entrambe sollecitano *de facto* il superamento della predominante politica criminale retributiva della pena, che nel tempo ha minato il principio di certezza sociale dell'effettività della sanzione[10]. In altri termini, il legislatore ha avviato un processo di adesione del sistema penale al paradigma "*dialogico*"[11] di giustizia riparativa, improntata su una lettura relazionale del reato come condotta intrinsecamente dannosa e offensiva dei diritti individuali delle vittime, diretta conseguenza della sua primaria dimensione antigiuridica di nocumento ad aspettative sociali tutelate[12].

7. Fiorentin, 2014, 21 ss.

8. Il reo non potrà giovarsi della liberazione anticipata, disciplinata dalla legge di ordinamento penitenziario e dall'art. 4 d.l., 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modif., in l. 21 febbraio 2014, n. 10, giacché tale beneficio per legge trova applicazione esclusivamente al soggetto "condannato" in esecuzione di pena.

9. Si considerino *in primis*, le sentenze della Corte di Strasburgo che hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, per non aver garantito ai detenuti uno spazio minimo «*considerato accettabile dal Comitato per la prevenzione della tortura*»; si veda ancora la direttiva 2012/29/UE; la raccomandazione 99/19; la risoluzione 99/26. In dottrina v. Tufo, 1999, 889 ss.; Ceretti–C. Mazzucato, 2001, 773 ss.

10. De Vito, 2013, 10 ss.

11. Cfr. Mannozzi–Lodigiani, 2014, 133 ss. È "*riparativo*" ogni procedimento in cui «la vittima, il reo e/o altri soggetti o membri della comunità lesi da un reato partecipano attivamente insieme alla risoluzione della questione emersa dall'illecito, spesso con l'aiuto di un terzo equo e imparziale».

12. Sul punto Marandola, 2014, 676, a parere della quale la messa alla prova dell'imputato adulto va inserita nel solco della giustizia riparativa, «ossia di quel modello di giustizia più mite e meno repressivo, alternativo al processo e basato su un paradigma riabilitativo e conciliativo, conferendo al processo e alla pena un ruolo di estrema *ratio*, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova».

Si attua una *diversion*[13] del processo penale, che preliminarmente sperimenta un percorso di responsabilizzazione e risocializzazione del reo in contesti ambientali privi di rischi criminogeni[14] per favorire una ricomposizione positiva dell'ordine sociale, la soluzione di conflitti interindividuali derivanti dal reato e una riconciliazione con la vittima attraverso i tipici istituti di *restorative justice*.

I tentativi di attuazione della giustizia riparativa nell'ordinamento italiano sembrano funzionali a una concezione gradualista della pena, che ad oggi comunque escludono reati a forte impatto sociale da qualsiasi dinamica di *diversion*. Visto il carattere di sussidiarietà dell'intervento penale, ogni strumento giudiziario e penitenziario afflittivo "rivivrà" per tutti quei crimini di minore allarme sociale solo in seguito al fallimento di istituti riparativi.

Allo stesso modo, la giurisprudenza ha così rimarcato come la messa alla prova «si configura come una peculiare forma di definizione alternativa del procedimento, attraverso la previsione di un ulteriore rito speciale, che sicuramente persegue un obiettivo di deflazione ma che trova la sua *ratio* nell'esigenza di configurare anche un sistema che vuole porsi come mezzo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, più che come astratto ed indefettibile meccanismo retributivo conseguente alla commissione del reato»[15].

Per parte della dottrina l'ordinamento sembra positivizzare una «*criptocondanna multiforme*»[16], palesata in aspetti sia tipicamente afflittivi che premiali, atteso il buon esito riabilitativo del reo che condurrà a una pronuncia estintiva del reato. L'istituto in riferimento si erge come rito alternativo alla trattazione degli affari penali[17] e articola il sistema processuale in un doppio binario. Al rito ordinario resteranno riservate fattispecie meritevoli di accertamento dibattimentale, le altre saranno protese in *prima facie* verso percorsi di prevenzione speciale alternativi a quelli strettamente processuali. La *probation* degli adulti rappresenta, dunque, una

13. Il termine appare la prima volta in Lemert, Washington, 1971; v. anche Burgstaller, 1995, 141 ove si sostiene che «*Strafverfahren und formelle Sanktionierung einer neuerlichen Deliktsbegehung* (...) *Sogar eher fördern*»; ancora cfr. Miklau–Schroll, 1999, 32; Mannozzi, 2013, 20.

14. Le tendenze di origine genetica o ambientale possono indurre una persona o un gruppo di persone a compiere atti o comportamenti antisociali a seconda dell'intensità con cui si presentano in ogni individuo. Secondo tale approccio, non tutti gli individui con tendenze violente, irritabili, aggressive o eccitabili compiono un delitto, ma solo coloro che non hanno la capacità di trattenere gli impulsi. In questa cornice di idee, la personalità gioca un ruolo fondamentale. In base ai risultati delle ultime ricerche nel campo della criminogenesi in relazione all'ambiente, gli elementi di analisi comprendono: predisposizione (*soma*), carattere (*psiche*) e ambiente (*physis*). La criminogenesi trae così origine dal principio del "sillogismo fisionomico" di Aristotele per paragonare gli esseri umani agli animali. Cfr. Pannain, 1981, 4, 37, 60, 184.

15. Cass. 16.01.2015 n. 182, ivi, 230225.

16. Cfr. Caprioli, 2013, 47.

17. Fiorentin, 2014, 21 ss.

modalità alternativa non alla pena, ma preminentemente alla rigida definizione processuale.

Più chiaramente, la messa alla prova consente uno scambio fra pretesa punitiva e abdicazione alla reità[18], qui il successo del percorso di probazione del reo costituisce l'equivalente richiesto dallo Stato per la declaratoria di estinzione del reato e per il non prosieguo di qualsiasi attività processuale.

D'altronde, con la richiesta di messa alla prova il reo rinuncia alla propria *plena cognitio* difensiva, a un accertamento pieno della propria responsabilità e tanto più a una eventuale pronuncia di proscioglimento[19].

La *probation* italiana sembra così camuffare un nuovo mezzo di applicazione su richiesta di una sanzione sostitutiva a un soggetto riconosciuto preventivamente colpevole, «giacché presupposto sotteso dell'ordinanza di messa alla prova sembra essere l'accertamento della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato [e] l'emanazione dell'ordinanza di sospensione con messa alla prova si struttura seguendo le medesime cadenze della sentenza di applicazione della pena concordata»[20]. L'istituto pare così assumere parimenti una "duplice" dimensione sostanziale e processuale, sia quale causa di estinzione del reato sia quale rito di definizione alternativa della vicenda processuale.

Sorge dunque nell'ordinamento giuridico italiano uno strumento alternativo al processo ordinario, ispirato alla necessità di un sistema penale più umano e mite. Orbene, la messa alla prova, corridoio preferenziale a duplice effetto deflattivo e premiale, pone il ruolo del difensore e del giudice in un rinnovato ed esclusivo confronto dialettico con altri operatori. La predetta metamorfosi della politica criminale è dovuta anche alla constatazione che l'enfasi spesso parossistica, posta sull'esigenza di sicurezza, sulla revisione continua delle cornici edittali di pene e sulla necessità del "pugno di ferro" nei confronti dei recidivi, ha prodotto solo effetti squilibrati e negativi sul sistema penitenziario.

Se in via astratta il nuovo istituto sembra *in toto* apprezzabile, diverse criticità si annidano con riguardo agli aspetti più tecnici e pratici.

18. Fassone, 1986, 784; Tabasco, 2014, 1 ss.

19. In tali termini Bartoli, 2014a, 664, secondo cui la messa alla prova per gli adulti si ispira a un modello "*premiale*" ad effetto deflattivo. L'applicazione avviene su richiesta di parte e il giudice dovrà concederla automaticamente senza alcun esercizio di potere discrezionale, non richiedendosi neanche un accertamento pieno della responsabilità; cfr. anche Marandola, 2014, 676, a parere della quale la sospensione della pronuncia di condanna e la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato costituiscono l'incentivo che induce l'imputato a rinunciare al processo in virtù di una libera scelta, «che si pone quale garanzia ad un trattamento sostanziale e processuale lontano dall'archetipo ordinario, che ne giustifica la collocazione all'interno della disciplina dei riti speciali».

20. Pulito, 2015, 100.

2. La novella legislativa del 2014 pare introdurre nel nostro ordinamento uno strumento di perenzione degli effetti penali a schema procedimentale speciale alternativo.

La prestazione di un lavoro di pubblica utilità è il cardine della messa alla prova degli adulti, la cui determinazione richiede un preliminare "patteggiamento", in cui rileva l'aspetto volontaristico e devolutivo della messa alla prova perfino in relazione al procedimento di cui agli artt. 444 ss. cod. proc. pen.

L'elemento genetico è centrato sul volontario assoggettamento dell'imputato; tuttavia, rispetto al regime dualistico del procedimento di applicazione della pena su richiesta, la messa la prova si contraddistingue per l'iniziativa monistica dell'imputato, anche se posta in essere contrariamente al parere del pubblico ministero.

Diversamente da quanto accade nell'ambito della messa alla prova minorile [21], nella disciplina degli adulti il termine finale della richiesta è individuato espressamente, ma con differenziazioni rispetto agli stati procedurali, come avviene nei procedimenti speciali tipici della c.d. "alternativa inquisitoria" (il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti).

Secondo il regime del nuovo istituto, la presentazione dell'istanza può essere proposta nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 cod. proc. pen. Nei casi di procedimento di citazione diretta a giudizio e di giudizio direttissimo la presentazione può avvenire fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, termine quest'ultimo entro cui nel solo caso di precedente rigetto l'imputato può rinnovare la richiesta.

L'art. 464–quater, co. 1, cod. proc. pen. prevede che il giudicante sentite le parti, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., decide con ordinanza nel corso della stessa udienza ovvero in apposita udienza camerale. Il co. 7 stabilisce che «contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per Cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa e che l'impugnazione non sospende il procedimento»; infine, il co. 9 prevede che «in caso di reiezione dell'istanza, questa può essere riproposta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento».

21. Qui la Corte di Cassazione ha sancito più volte l'inammissibilità dell'istanza presentata per la prima volta nel giudizio di appello, nel quale potrebbe essere esercitato soltanto il controllo del rigetto ingiustificato adottato dal giudice di primo grado, per esempio, in contravvenzione all'art. 9 del d.p.r. n. 448/1988. Ancora, cfr. Cass. 21.05.2009 n. 35937, CED Cass. 245592; Cass. 9.05.2006 n. 21181, ivi, 234206; Cass. 28.05.1991 n. 8472, ivi, 188064.

La legittimazione all'impugnazione spetta espressamente all'imputato, al pubblico ministero e alla persona offesa.

Coerenti con il sistema normativo sono i poteri impugnatori del pubblico ministero, che si esplicano nella possibilità di fare eccepire eventuali nullità e carenze dei richiesti presupposti di ammissibilità alla misura, oltre ad eventuali vizi di motivazione propri dell'ordinanza.

Diversamente dal processo penale minorile, l'imputato è anche legittimato al ricorso per cassazione affinché possa rilevare vizi nella richiesta della sospensione e nella formazione del consenso espresso nel programma di trattamento, oltre che per difetto di motivazione circa l'insussistenza di cause di proscioglimento.

La persona offesa può impugnare l'ordinanza solo per eccepire l'omessa citazione all'udienza di trattazione della richiesta di sospensione e, qualora comparsa, la sua mancata audizione all'udienza nella quale è stata decisa la messa alla prova. Può, inoltre, sollecitare il pubblico ministero ad impugnare l'ordinanza, sulla base del modello di cui all'art. 572 cod. proc. pen.

In deroga dalla disciplina ordinaria, il co. 7 dell'art. 464–quater cod. proc. pen. precisa che l'impugnazione non sospende il procedimento. La deroga all'art. 588 cod. proc. pen. costituisce così una tutela ulteriore dell'imputato a garanzia che la sua messa alla prova si concluda nel più breve tempo possibile[22].

In relazione all'ordinanza reiettiva appare logicamente meno problematica, tra l'altro, la legittimazione del soggetto imputato, che per ovvi motivi avrà un congenito interesse ad impugnarla.

L'art. 464–quater, co. 7, cod. proc. pen. dispone che il pubblico ministero e l'imputato possono ricorrere contro l'ordinanza che decide sulla richiesta, ma non puntualizza se con ciò intenda legittimare o meno l'autonoma impugnazione dell'ordinanza.

L'impianto normativo descritto si presenta lacunoso e di problematica lettura. A parere di chi scrive, infatti, le disposizioni non definiscono in maniera chiara i rapporti tra la prevista facoltà d'impugnazione e la reiterazione dell'istanza di messa alla prova specie in caso di rigetto. È stato affidato, dunque, all'interprete il compito di recidere il nodo gordiano rispetto alla natura alternativa o cumulabile dei due rimedi qui controversi, registrando al riguardo posizioni non unitarie. D'altronde è necessario verificare in ordine alle ordinanze dibattimentali in quali

22. Diddi, 2014, 109. Secondo cui è difficile ipotizzare un interesse dell'imputato ad impugnare l'ordinanza che lo ha ammesso al programma. Un'eventuale impugnazione potrebbe essere proposta dal pubblico ministero o dalla persona offesa proprio al fine di impedire che il tempo necessario per lo svolgimento del giudizio di impugnazione possa pregiudicare l'interesse dell'imputato ad una rapida definizione della messa alla prova. È stato previsto che il ricorso per cassazione non esplichi effetti sospensivi, in deroga a quanto stabilito dall' art. 588 cod. proc. pen.

termini la facoltà di impugnazione di cui all'art. 464–quater, co. 7, cod. proc. pen. possa armonizzarsi con l'impugnabilità delle ordinanze rese in dibattimento solo unitamente alla sentenza di cui all'art. 586 cod. proc. pen.

La normativa sembra accordare *ictu oculi* il ricorso immediato avverso il provvedimento di accoglimento poiché alle parti non sarebbe altrimenti consentito alcun rimedio avverso la decisione assunta: il dubbio permane specie in caso di provvedimento di rigetto[23].

Identica questione si propose già per l'analogo istituto "minorile": sebbene con molta incertezza, qui prevalse il consolidato orientamento che riteneva impugnabile l'ordinanza reiettiva dell'istanza di messa alla prova soltanto congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio[24].

Ai fini del presente studio, quindi, è necessario ripercorrere più nel dettaglio le possibili opzioni ermeneutiche.

3. Un primo indirizzo interpretativo concepisce come autonomamente impugnabile per cassazione qualsiasi ordinanza riguardante la messa alla prova[25], in quanto il co. 7 dell'art. 464–quater cod. proc. pen. include letteralmente nella disciplina della ricorribilità qualunque provvedimento decisorio, a prescindere dal contenuto dispositivo o reiettivo, in deroga alla previsione dell'art. 586 cod. proc. pen.

Questa posizione è corroborata dalla considerazione secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova presume lo svolgimento di un *iter* procedimentale "alternativo alla celebrazione del giudizio"[26].

Altro orientamento sostiene l'impugnabilità autonoma delle sole ordinanze ammissive della misura mentre ritiene necessaria quella cumulativa dei provvedimenti reiettivi con la sentenza che definisce il giudizio, per effetto del principio di cui all'art. 586 cod. proc. pen.[27]. La giurisprudenza più risalente ritiene così non

23. *Ex multis*, Cass. 3.06.2015 n. 25566, CED Cass. 264061.

24. Cass. 18.06.2002 n. 34169, CED Cass. 225953; Cass. 22.03.1995 n. 1467, ivi, 201137; Cass. 30.06.1992 n. 3107, ivi, 192165; *contra* Cass. 20.11.1992 n. 1768, ivi, 193517; Cass. 9.11.1992 n. 11650, ivi, 192579.

25. Cass. 20.11.1992 n. 1768, CED Cass. 193517; Cass. 9.11.1992, n. 11650, ivi, 192579.

26. Per Cass. 31.07.2014, n. 35717, CED Cass. 259935; Cass. 09.09.2014 n. 42318, CED Cass. 261096, è l'autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto a salvaguardare l'alternatività della *probation*. Tra gli argomenti "letterali" a sostegno di questa prima opzione ermeneutica si evidenzia anche l'inciso dell'art. 464–quater, co. 7, ultima parte, cod. proc. pen. che trova giustificazione soltanto se riferita in caso di ricorso avverso il provvedimento reiettivo, atteso che nel caso di ordinanza di accoglimento il processo sarebbe automaticamente sospeso per la messa alla prova dell'imputato.

27. Cass. 18.06.2002 n. 34169, CED Cass. 225953; Cass. 24.04.1995 n. 2429, ivi, 201298; Cass. 22.03.1995 n. 4518, ivi, 201137; Cass. 30.06.1992 n. 3107, ivi, 192165; Cass. 03.06.2015 n. 41033, ivi, 264908.

impugnabile qualsiasi ordinanza reiettiva[28]. In particolare, detta pronuncia stabilisce, fatti salvi i casi di atto abnorme, che «ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., quando non è diversamente stabilito, le ordinanze emesse nel corso del dibattimento o degli atti preliminari possono essere impugnate, a pena d'inammissibilità, solo unitamente alla sentenza, in tal caso, entrambe le impugnazioni sono valutate congiuntamente dal giudice sovraordinato».

In pronunciamenti successivi[29], ritenuta l'applicabilità dell'art. 586 cod. proc. pen. e considerata l'impugnabilità delle ordinanze reiettive solo unitamente alla sentenza, si precisa la diretta impugnazione di cui all'art. 464–quater cod. proc. pen. esclusivamente con il provvedimento dispositivo perché la norma, valutata nella sua genericità, è meritevole di un'interpretazione restrittiva alla luce dell'intera sistematica normativa e del principio di tassatività delle impugnazioni. L'assetto del co. 7, quindi, è ritenuto elemento dirimente per consentire il ricorso per cassazione nei soli casi di accoglimento dell'istanza. In tal senso, per assegnare all'art. 464–quater cod. proc. pen. una duplice valenza, si evidenzia ancora come il co. 9 regoli i casi di rigetto mentre l'accoglimento è disciplinato nei commi precedenti.

Si rimarca ancora che, nel ritenere impugnabili le sole ordinanze di accoglimento, si tutelano anche le ipotesi in cui l'imputato vanti un interesse ad impugnare un provvedimento di accoglimento impositivo di prescrizioni superflue rispetto al contenuto del programma di trattamento proposto, così come la valutazione in esso compiuta circa l'assenza delle condizioni per una pronunzia di cui all'art. 129 cod. proc. pen.

In conclusione, per tale orientamento l'impugnazione al co. 7 è diretta a riformare esclusivamente il provvedimento dispositivo della messa alla prova, analogamente alla disciplina dell'istituto minorile, che diversamente resterebbe privo di censure. D'altronde, non si è mancato altresì di rilevare in giurisprudenza il parallelismo tra la novella in questione e il c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 5 del D.Lgs. 9 giugno 2003, n. 134[30].

Scelta ermeneutica alternativa[31], condivisa anche da parte della dottrina[32], ritiene invece impugnabili per cassazione solo le ordinanze reiettive rese in dibattimento.

Preliminarmente, tale impostazione non condivide la semplice traslazione del-

28. Cass. 15.12.2014 n. 5673, *CED Cass.* 262106.

29. Cass. 17.06.2015 n. 25566, *CED Cass. 475758.*

30. Cass. 3.06.2015 n. 41033, CED Cass. 264908.

31. Cass. 4.11.2015 n. 45338, CED Cass. 265101; Cass. 02.07.2015 n. 41762, ivi, 264888; Cass. 30.06.2015 n. 36687, ivi, 264045; Cass. 06.05.2015 n. 20602, *CED Cass.* 263787; Cass. 24.04.2015 n. 27071, ivi, 263814; Cass. 23.03.2015 n. 24011, *ivi,* 263777.

32. In dottrina cfr. Cesari, 2014, 544; Diddi, 2014, 129 ss.; Fanuli, 2014, 438; Montagna, 2015, 409; Piccichè, 2016, 1 ss.; Piccirillo, 2014, 19; Tabasco, 2015, 34.

le soluzioni ermeneutiche della messa alla prova dei minori a quella degli adulti, giacché il tenore letterale della disciplina minorile induce ad attribuire a quella degli adulti portata diversa, per cui il co. 7 dell'art. 464–quater cod. proc. pen. consente la ricorribilità immediata prescindendo dalla natura dispositiva o reiettiva dell'ordinanza.

Nello specifico, siffatto orientamento ha considerato infondata qualsivoglia interpretazione analogico–sistematica. Ritenuta altresì la diversità delle disposizioni per gli adulti rispetto a quelle dei minorenni, si è anche precisato la necessità di dare al co. 7 dell'art. 464–quater cod. proc. pen. una lettura emancipata dall'istituto minorile e in deroga al principio generale espresso all'art. 586 cod. proc. pen.

Aggiuntiva e successiva considerazione ha anche diversamente argomentato "l'alternatività" della messa alla prova alla celebrazione del giudizio, quale presupposto all'impugnabilità autonoma dell'ordinanza, specie se reiettiva, giacché «nel caso della messa alla prova vi è strutturalmente una soluzione assolutamente incompatibile con alcun giudizio che si concluda con l'applicazione di una sanzione [...]. In definitiva, l'istituto della messa alla prova previa sospensione del procedimento è stato costruito dal legislatore come opportunità possibile esclusivamente in radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito, già dal primo grado»[33].

D'altra parte, quanto all'impugnabilità dei provvedimenti di rigetto predibattimentali, un recente pronunciamento ha esaminato la portata processuale del dissenso del pubblico ministero sull'istanza di messa alla prova[34].

La fattispecie processuale vedeva l'indagato dolersi della mancata fissazione dell'udienza preliminare e della grave violazione di legge dovuta all'emanazione del provvedimento di "non luogo a provvedere" da parte del *giudice per le indagini preliminari* in conformità al convincimento del pubblico ministero. In tale sede, si è precisato[35] che l'art. 464–ter cod. proc. pen. non contempla l'obbligatorietà di alcuna udienza, salvo quella prevista solo a seguito del parere favorevole del pubblico ministero.

Ne consegue che, mancando un'imputazione, il giudice per le indagini prelimi-

33. Cass. 31.07.2014 n. 35717, CED *Cass.* 259935: *"si tratta, quindi, di procedura e opportunità assolutamente incompatibile con alcun giudizio di impugnazione".*

34. Cfr. Cass. 21.10.2015 n. 4171, CED Cass. 265696.

35. Nel ricorso proposto dall'indagato nei confronti del provvedimento di non luogo a provvedere reso dal G.i.p. nella fase delle indagini preliminari all'esito del diniego del consenso del pubblico ministero in relazione all'istanza di messa alla prova si lamenta la mancata fissazione dell'udienza preliminare e si deduce l'errata applicazione della legge penale, avendo il giudice utilizzato una formula – "*non luogo a provvedere*" – non prevista dall'art. 464–ter cod. proc. pen., sul presupposto erroneo della vincolatività del consenso del pubblico ministero. Il ricorso non viene ritenuto fondato.

nari dovrà adeguarsi al parere del pubblico ministero per l'evidente carenza degli elementi di fatto su cui assumere la decisione.

In ultimo, rimarcata la possibilità per l'indagato di reiterare la richiesta al giudice del dibattimento, suddetto orientamento precisa che l'impugnazione di cui si discute appare, in ogni caso, sprovvista di copertura normativa perché il provvedimento reiettivo è privo per natura di qualsivoglia carattere di definitività.

Quanto al regime delle impugnazioni delle ordinanze reiettive rese in fase di udienza preliminare, si ritiene che all'imputato spetti la possibilità di ricorrere per cassazione o riproporre l'istanza nel giudizio prima della dichiarazione di apertura del dibattimento[36].

È emersa a tal punto la necessità di un intervento nomofilattico delle Sezioni Unite.

4. L'occasione è stata colta dalla giurisprudenza chiamata a sciogliere il nodo gordiano relativo al contrasto tra il co. 7 dell'art. 464 *quater* cod. proc. pen. e l'art. 586 cod. proc. pen. con il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568 cod. proc. pen.[37].

L'unanime consenso ha decretato, con argomentazioni convincenti, che le ordinanze di reietto devono essere appellate unitamente alla sentenza di primo grado, ritenuta la loro non autonoma impugnabilità per cassazione ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen.

I principi di diritto enunciati delineano un meccanismo fondato sulla preclusione all'impugnazione determinata dalla facoltà di reiterazione dell'istanza.

In fase di indagini e in udienza preliminare anche i provvedimenti reiettivi non possono essere impugnati direttamente in cassazione poiché l'imputato potrà reiterare l'istanza in dibattimento. L'autonoma impugnazione non è nemmeno praticabile nei confronti dell'ordinanza dibattimentale di rigetto che potrà essere impugnata solo unitamente alla sentenza, sebbene qui l'istanza non sia reiterabile.

Più nel dettaglio, si è confermato che la sola ordinanza dispositiva della messa alla prova è direttamente e autonomamente ricorribile per cassazione, giacché in tal caso alle parti non sarebbe altrimenti consentito alcun rimedio avverso la de-

36. Cass. S.U. 04.11.2015 n. 45338, CED Cass. 265101.

37. V. anche Cass. ord. 19.11.2015 n. 50278, CED Cass. 264259. Il caso di specie, prevedeva una richiesta di messa alla prova presentata, prima dell'apertura del dibattimento, da uno degli imputati, chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990. A seguito dell'inammissibilità della richiesta pronunciata dal Tribunale di Firenze, il difensore dell'imputato impugnava con ricorso per cassazione l'ordinanza di rigetto, deducendo *in primis* l'inosservanza o l' erronea applicazione di legge, e in seconda istanza, la mancanza di motivazione e l'assoluta incomprensibilità del provvedimento.

cisione assunta, mentre l'ordinanza di rigetto è impugnabile unicamente con la relativa sentenza sulla base dell'art. 586 cod. proc. pen.[38].

La tesi dell'immediata impugnabilità dei provvedimenti, sia dispositivi sia reiettivi, non è in grado di giustificare in pieno una deroga alla disciplina generale stabilita dall'art. 586, co. 1, cod. proc. pen.

Più chiaramente, si ritiene che l'art. 464–quater, co. 7, cod. proc. pen., secondo cui l'impugnazione tra l'altro non sospende il procedimento di messa alla prova[39], abbia inteso riferirsi alla sola ordinanza positiva perché nei commi precedenti si disciplinano l'oggetto e gli effetti del provvedimento di accoglimento; l'ordinanza reiettiva viene solo menzionata nel successivo co. 9, ma senza alcun riferimento all'impugnazione del provvedimento. In questo senso, chiara è la previsione della non sospensione del procedimento in caso di impugnazione del provvedimento ammissivo della richiesta mentre l'art. 588 cod. proc. pen. opererebbe solo in difetto della suddetta previsione per determinare poi la sospensione del procedimento di messa alla prova.

Rimarca ancora la citata giurisprudenza che, sia nel corso delle indagini sia nell'udienza preliminare, l'ordinanza di rigetto non è in alcun modo impugnabile perché la legge stabilisce un meccanismo di recupero della richiesta, attraverso la sua riproposizione nella fase processuale successiva. Ne consegue che, se l'istanza viene rigettata in apertura del dibattimento, l'unica via percorribile per l'imputato sarà quella della impugnazione del provvedimento negativo unitamente alla sentenza di primo grado.

Si scruta così la congruità tra l'istituto minorile e il co. 7 dell'art. 464–*quater* cod. proc. pen. alla luce di un consolidato orientamento che circoscrive l'impugnabilità in via diretta e autonoma al provvedimento ammissivo; là dove, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 cod. proc. pen., l'ordinanza di rigetto rimane impugnabile soltanto con la sentenza.

La tesi autonomistica limiterebbe ulteriormente le garanzie di difesa dell'imputato per effetto dei vincoli derivanti dall'art. 606 cod. proc. pen. Si accederebbe così a un sindacato di mera legittimità di un provvedimento, come quello di rigetto, che il giudice assume soprattutto sulla base di valutazioni che attengono al merito.

Per tali motivi, esclusivo strumento garante dei diritti dell'imputato appare l'impugnazione dell'ordinanza reiettiva predibattimentale unitamente alla sen-

38. Per altro indirizzo l'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova è autonomamente e immediatamente impugnabile per cassazione, atteso che il testo dell'art. 464–*quater,* co. 7, cod. proc. pen., prescindendo se di contenuto positivo o negativo.

39. Così inteso dalla stessa Corte.

tenza ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., stante la possibile reiterazione della richiesta fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento.

In conclusione e sul solco della giurisprudenza minorile che ammette la messa alla prova in appello, si demanda alla Corte di appello accertare e gestire le "prove" in forza del principio di conservazione degli atti e di economia processuale[40].

Non potrebbe essere diversamente. La natura dell'istituto, quale rinuncia condizionata dello Stato alla propria pretesa punitiva, non consente che il giudicante divenga un mero «applicatore amministrativistico»[41]. Tale conclusione, confortata da ragioni di ordine letterale e sistematico, sembra condivisibile. L'appello permette una accertamento globale delle valutazioni discrezionali del giudice del diniego, nei limiti dei motivi dedotti, e un *novum iudicium* sulla meritevolezza della misura. Diversamente opinando, residuerebbe soltanto il meccanismo di riproposizione della domanda sino alle soglie dell'udienza dibattimentale[42] e conseguente disparità anche nei riti speciali[43]. Per di più, la soluzione in discorso limita la retrocessione del procedimento, giacché, in caso di accoglimento dell'impugnazione, il giudicante di seconde cure ha un potere sospensivo autonomo del processo e ammissivo dell'imputato alla misura negatagli in primo grado.

In ultimo, è opportuno evidenziare come la concessione della messa alla prova nel giudizio di seconde cure induca un recupero del carattere specialpreventivo del beneficio, quindi la predisposizione di un programma di trattamento più adeguato alla personalità del soggetto e alle sue particolari esigenze di risocializzazione per la maggiore conoscenza della personalità dell'imputato in sede di appello.

Orbene, la soluzione prospettata solo apparentemente stride con la *ratio* deflattiva e alternativa alla celebrazione del processo della messa alla prova[44]. Nel riconoscere una certa frizione tra la soluzione proposta e gli scopi deflattivi dell'istituto, oggi si conferma come preminente l'interesse dell'imputato a conseguire tramite la messa alla prova l'estinzione del reato e per l'effetto garantirne l'accesso anche nel giudizio di secondo grado in parziale deroga anche al principio di eco-

40. Secondo il pronunciamento in oggetto, l'accoglimento dell'appello contro l'ordinanza che abbia respinto la richiesta di messa alla prova, proposto, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., unitamente alla sentenza di condanna di primo grado, non rientra in alcuna delle ipotesi di annullamento indicate dall'art. 604 cod. proc. pen., ipotesi tassative che vanno considerate eccezionali e non estensibili a evenienze diverse da quelle contemplate espressamente dalla legge.

41. Fiorentin, 2014, 21–74.

42. Marandola, 2014, 683.

43. Poiché nei casi di giudizio direttissimo e di procedimento per citazione diretta il termine ultimo per l'istanza è la dichiarazione di apertura del dibattimento.

44. *Ex plurimis*, Cass. 31.07.2014 n.35717, CED Cass. 259935, ove si afferma che «si tratta, quindi, di procedura e opportunità assolutamente incompatibile con alcun giudizio di impugnazione». In passato la Suprema Corte riteneva l'assoluta illegittimità dell'accesso alla *probation* in sede di appello.

nomia processuale. La messa alla prova anziché semplificare il procedimento ne costituirebbe quasi un aggravio[45].

L'impianto delineato avverso le ordinanze relative alla sospensione con messa alla prova risulta così essere strutturato:

a) ricorso per cassazione in via autonoma ed immediata dell'ordinanza di accoglimento;

b) non impugnabilità del provvedimento negativo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, in quanto è offerta all'imputato la possibilità di rinnovare la richiesta;

c) impugnabilità del provvedimento di rigetto "predibattimentale", soltanto con la sentenza di primo grado, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 cod. proc. pen.

Parte della dottrina ha individuato anche incertezze e criticità fisionomiche[46].

In particolare si è eccepita l'eventualità che il giudice di secondo cure riesamini *ex novo* l'ammissibilità al beneficio. Secondo detta opinione lo statuto impugnatorio in oggetto sottovaluta la specificità del giudizio di appello rispetto alla fase primordiale del procedimento, là dove l'ordinanza sulla messa alla prova è valutata sulla base di un accertamento provvisorio, sommario e allo stato degli atti. Il giudizio di appello, modulo processuale intermedio più maturo del procedimento, dovrà prescindere da apprezzamenti circa la colpevolezza del *reo* a pena di un «asservimento dell'istituto a logiche squisitamente sanzionatorie»[47] con conseguente mutamento delle finalità deflattive in punitive.

Del resto, sempre per detta posizione critica, l'ordinanza dispositiva alla *probation* si configurerebbe univocamente come una condanna anticipata se improntata o ispirata su una valutazione di colpevolezza dell'imputato, in palese contrasto con il supremo principio di cui all'art. 27 Cost.

Si eccepisce, per un verso, che sussiste *de facto* il pericolo che gli oneri riparativi siano percepiti dall'imputato, condannato in primo grado, quali modalità di

45. Fanuli, 2014, 438 ss.

46. Per Mazzucato, Ceretti, 2001, 779, il programma non mira a realizzare «una prestazione forzata, ma un ravvedimento unito all'impegno al rispetto degli altri (e della legge) nel futuro». Ciò permetterebbe, da un lato, alla vittima di vedersi riconosciuta la propria sofferenza, di riassorbire il fatto in una memoria "non problematica" e riacquisire il dominio sulla propria esistenza. Dall'altro offre al reo un'occasione di responsabilizzazione verso il male causato e, allo stesso tempo, di superamento, mediante la riparazione, della definizione "sfavorevole" attribuitagli dal diritto; Scardaccione, Baldry, Scali, 1998, 12; cfr. Ciavola, 2010, 40.

47. Caprioli, 2012, 9. Assimila il trattamento cui è sottoposto l'imputato messo alla prova a una sanzione penale anche da Conti, 2015, 16 e Ferrua, 2015, 183. Le parti potrebbero essere più preoccupate dell'aderenza alle "angolazioni prospettiche" del *thema decidendum* delle proprie dichiarazioni giudiziarie alla vittoria del giudizio rispetto all'attività di mediazione.

esecuzione della pena in contrasto con il principio per cui l'imputato né può essere considerato né trattato come colpevole sino a condanna definitiva; dall'altro, si obietta che la compatibilità affermata della messa alla prova con il giudizio di impugnazione potrebbe generare inconvenienti nell'ambito della mediazione penale, prevista quale contenuto possibile del programma di trattamento dall'art. 464–bis, co. 1, lett. c), cod. proc. pen.

In altri termini, si ritiene che il vaglio di accessibilità in appello della *probation* potrebbe essere contaminato da risultanze istruttorie avverse all'imputato e, stante la deroga al principio di innocenza, ciò determinerebbe una trasformazione della messa alla prova in una sanzione *ante iudicatum*, soggetta a dubbi di incostituzionalità per la carica afflittiva tipica della fase esecutiva[48].

Alla predetta e differenziata posizione, si potrebbe replicare a parere di chi scrive che la maggior conoscenza del fatto storico, pur oggetto di un accertamento dibattimentale, non ha autorità di giudicato e non è idonea a legittimare l'esecuzione di un trattamento sanzionatorio; considerato che, tra l'altro, la soluzione avversa lederebbe indubbiamente il diritto, disposto a livello internazionale, di poter accedere alle procedure riparative in ogni stato e grado del procedimento[49].

Ebbene, l'unitaria giurisprudenza di legittimità conferma tale ultimo assunto e asserisce letteralmente che «nella fase del vaglio dell'ammissibilità il giudice, sep-

48. Sulla carica afflittiva del trattamento v. Triggiani, 2014, 26 e Caprioli, 2013, 9. In particolare, il lavoro di pubblica utilità configura ai sensi dell'art. 54 d.lgs. 274/2000 una vera e propria pena principale alternativa alla permanenza domiciliare; sanzione nelle fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool o in stato di alterazione psico–fisica per uso di stupefacenti; pena sostitutiva in tema di violazione alla normativa sugli stupefacenti e, infine, contenuto eventuale della sospensione condizionale della pena *ex* art. 165, co. 1, ult. cap., cod. pen. Sulla particolare prescrizione del lavoro di pubblica utilità deve peraltro evidenziarsi che mentre l'art. 168–bis, co. 3, cod. pen. precisa la durata minima della prestazione in dieci giorni, rimane silente, al contrario, sulla sua durata massima. L'assenza di una previsione legislativa sul punto ha determinato una questione di legittimità costituzionale per ipotizzato contrasto della disciplina con l'art. 24 Cost., in quanto tale vuoto normativo impedirebbe all'imputato di conoscere con determinatezza l'effettivo trattamento sanzionatorio cui incorrerebbe ove fosse ammesso al rito; nonché con l'art. 27 Cost. giacchè lo stesso vuoto, assieme all'omessa predeterminazione dei criteri da seguire, violerebbe il finalismo rieducativo che la sanzione penale deve indefettibilmente possedere. Con recente pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondate le censure: il limite temporale massimo del lavoro di pubblica utilità, pur se non indicato espressamente nell'art. 168–bis cod. pen., risulta indirettamente sancito dall'art. 464–quater, co. 5, cod. proc. pen. dal momento che, in mancanza di diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata di sospensione del procedimento. Per determinare poi in concreto la durata della prestazione il giudice deve tenere conto dei criteri previsti dall'art. 133 cod. pen. Cfr. Corte Cost. ord. 11 gennaio 2017 n. 54.

49. *Ex plurimis*, v. Direttiva 29/2012/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

pure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "criptoprocesso" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova»[50].

Ricostruzione ermeneutica che è condizionata all'accessibilità della *probation* in appello, volta a garantire la massima tutela alle esigenze difensive e che non tradisce gli obiettivi della giustizia riparativa oltre gli altri principi che informano il nostro sistema penale, come asserito dalla precitata tesi contraria.

In ultimo, proprio per dissipare dubbi di costituzionalità[51] rispetto alle rilevate contestazioni[52], è intervenuto anche il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale ha ritenuto la non violazione da parte dell'istituto della messa alla prova degli artt. 27 e 25 Cost., sotto il profilo, rispettivamente, della presunzione di non colpevolezza e della determinatezza del trattamento sanzionatorio.

La Corte ha riconosciuto la dirompente portata innovativa dell'istituto, in quanto «anche se può assimilarsi al patteggiamento per la base consensuale del procedimento e del conseguente trattamento, presenta aspetti che da questo la differenziano, al punto da non consentire un riferimento nei termini tradizionali alle categorie costituzionali penali e processuali», segnando «un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio».

Si tratta di una caratteristica fondamentale, perché viene riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione, che può decidere di fare cessare in qualsiasi momento e fare riprendere il corso del procedimento penale.

Conferma ancora la Corte come nel procedimento con messa alla prova non sia presente nessuna forma di condanna né alcuna anticipata «attribuzione di colpevolezza dell'imputato», il quale viene sottoposto volontariamente a un trattamento alternativo alla pena applicabile, nel caso di un'eventuale condanna, ma senza alcun ulteriore aggravio afflittivo, considerato che l'istituto persegue anticipati scopi specialpreventivi.

Quanto definitivamente ritenuto di certo non era imprevedibile, giacché non erano mancate in passato decisioni analoghe come protasi dell'evoluzione ermeneutica del regime impugnatorio della messa alla prova tanto più del sistema processuale penale italiano[53].

50. Cass. S.U. 04.11.2015 n. 45338, CED Cass. 265101.

51. Corte Cost. 27.04.2018 n. 91.

52. Cass. 31.03.2016 n. 36272, CED Cass. 267238.

53. V. C. Cost. 21.07.2016 n. 201. Questioni di legittimità analoghe sono state sollevate anche con riguardo al provvedimento di giudizio immediato e con riguardo al decreto di citazione diretta a giudizio, ma con due recenti provvedimenti la Corte ha dovuto dichiararle inammissibili per gravi vizi della motivazione in punto di rilevanza (rispettivamente ord. 7.02.2018 n. 85 e ord. 18.01.2018 n. 7). La Consulta ha dichiarato inammissibile, sempre per ragioni procedurali, anche una questione

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amato G. (2014). L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità. *Guida dir*., n. 21, p. 67 ss.

Bartoli L. (2015). Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova. *Cass. pen*., p. 1755 ss.

Bartoli R. (2014a). La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento? *Dir. pen. proc*., p. 661 ss.

Bartoli R. (2014b). Una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento? *Dir. pen. proc*., p. 661.

Bertolini B. (2014). Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione. *Dir. pen. cont.* n. 4/2015, p. 47 ss.

Bisanti F. (2015). Le modifiche in tema di casellario giudiziale. In: Conz–Levita, a cura di, *La depenalizzazione. Commento organico alla legge n. 67/2014, in tema di particolare tenuità del fatto, sospensione del processo e messa alla prova.* Roma: Dike Giuridica, p. 133 ss.

Bove V. (2014). L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili. *Dir. pen. cont*., p. 1 ss.

Bove V. (2014). Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014. *Dir. pen. cont*., p. 1 ss.

Burgstaller M. (1995). Perspektiven der diversion in österreich aus der sicht der strafrechtswissenschaft. In: BMJ (HRSG), a cura di, *Perspektiven der diversion in österreich*. Innsbruck: Schriftreihe Des Bundesministeriums Für Justiz, p. 123–164.

Buttiglione E. (2014). Le modifiche al codice penale. In: Conz–Levita, a cura di, *La depenalizzazione. Commento organico alla legge n. 67/2014, in tema di particolare tenuità del fatto, sospensione del processo e messa alla prova.* Roma: Dike Giuridica, p. 133 ss.

Calabretta M. (2014). La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014, n. 67). Milano: Giuffré, p. 1 ss.

Caprioli F. (2012). Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto. *Cass. pen*., p. 7 ss.

Caprioli F. (2013). Audizione del 03.07.2012, Commissione giustizia della camera dei deputati. In: servizio studi del senato, a cura del, *raccolta di documentazione per l'esame parlamentare dell'atto senato n. 925, recante delega al governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili n. 37 della xvii legislatura*. Roma: Camera dei Deputati, p. 47 ss.

Cesari C. (2014). La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti. *Leg. pen*., p. 544.

mirata ad introdurre una condizione di incompatibilità per il giudice dibattimentale che abbia, in apertura del giudizio, rigettato una richiesta di sospensione con messa alla prova: v. C. Cost. ord. 24.01.2017 n. 19. Altro tema è quello della efficacia nel tempo delle norme concernenti la sospensione rispetto alla messa alla prova, inapplicabili ai giudizi già progrediti oltre la soglia indicata dalle relative norme procedurali. La Corte costituzionale ha dichiarato infondate le censure mosse ad un siffatto regime di *"irretroattività"*: v. C. Cost. 26.11.2015 n. 240. In seguito, nello stesso senso v. C. Cost. ord. 15.06.2016 n. 207.

Ceretti A. – Mazzucato C. (2001). Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e Onu. *Dir. pen. e processo*, p. 773 ss.

Conti C. (2015). La messa alla prova ad un anno dalla legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi. *Giur. it.,* p. 16 ss.

De Vito R. (2013). La scommessa della messa alla prova dell'adulto. *Quest. giust*., n. 6, p. 9 ss.

Del Tufo M. (1999). La tutela della vittima in una prospettiva europea. *Indice pen*., p. 889 ss.

Diddi A. (2014). La fase di ammissione della prova. In: Triggiani N., a cura di, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto.* Torino: Giappichelli, p. 109 ss.

Fanuli G.L. (2014). L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative. *Arch. n. proc. pen*., p. 438 ss.

Farina S. (2014). Le disposizioni attuative. In: Conz–Levita, a cura di, *La depenalizzazione. Commento organico alla legge n. 67/2014, in tema di particolare tenuità del fatto, sospensione del processo e messa alla prova.* Roma: Dike Giuridica, p. 130.

Fassone E. (1986). Probation e affidamento in prova. *Enc. Dir*., XXV. Milano: Giuffré, p.784.

Felicioni P. (2014). Gli epiloghi. In: Conti–Marandola–Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatori.* Padova: Cedam, p. 415 ss.

Fiorentin F. (2014). Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione. *Guida al dir*., n. 21, p. 68 ss.

Fiorentin F. (2014). Presupposti applicativi e contenuti della misura in: Triggiani N., a cura di, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto.* Torino: Giappichelli, p. 77 ss.

Galati M.L. – Randazzo L. (2015). *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*. Milano: Giuffrè, p. 1 ss.

Giunchedi F. (2014), Probation italian style: verso una giustizia riparativa. *Arch. pen*., n. 3, p. 1 ss.

Lemert E.M. (1971). Instead of court. Diversion in juvenile justice, Washington D.C.: National Institute Of Mental Health, p. 1 ss..

Leopizzi A. (2014). La sospensione del procedimento con messa alla prova. Considerazioni a caldo sul prevedibile impatto della riforma e qualche riflessione de jure condendo. *Giust. pen.,* III, p. 606 ss.

Lozzi G. (2014). *Lezioni di procedura penale*. Torino: Giappichelli, p. 529 ss.

Mancini R. (2014). Le innovazioni al codice di procedura penale. In: Conz–Levita, a cura di, *La depenalizzazione. Commento organico alla legge n. 67/2014, in tema di particolare tenuità del fatto, sospensione del processo e messa alla prova.* Roma: Dike Giuridica, p. 93 ss.

Mannozzi G. – Lodigiani G.A. (2014). Tornare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia didattica della giustizia riparativa in ambito universitario. *Riv. it. dir. proc. pen*., p. 133 ss.

Mannozzi G. (2003). *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffré.

Marandola A. (2014). La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale. *Dir. pen. proc*., p. 674 ss.

Martini A. (2014). Cronaca di un successo annunciato. *Leg. pen*., p. 486 ss.

Miedico M. (2014). Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni. *Dir. pen. cont.,* p.1 ss.

Miklau R. (1999). Der beschuldigte und die diversion, In: Miklau R. – Schroll H. V., a cura di, *Diversion – ein anderer umgang mit straftaten*. Vienna: Verlag Österreich, p. 32.

Montagna M. (2015). La sospensione del procedimento con messa alla prova. In: Gaito, a cura di, *Procedura penale*: Milano: Giuffrè, pp. 409, 793 ss.

Morselli C. (2014). I paralipomeni della sospensione del procedimento e messa alla prova: analisi dell'esoscheletro dell'apparato applicativo della l. 67/14 che fa avanzare il processo penale oltre il "giusto processo". *Giust. pen*., p. 641 ss.

Murro A. (2014). Messa alla prova per l'imputato adulto: prime riflessioni sulla legge n. 67/2014. *Stud. iur.*, p. 1264 ss.

Muzzica R. (2015). La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa? *Processo penale e giustizia*, p. 158 ss.

Nevoli F. (2014). La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova". In: Triggiani N., a cura di, *La deflazione giudiziaria*. Torino: Giappichelli, p.145 ss.

Orlandi R. (2014). Procedimenti speciali. In: AA.VV., *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, p. 744 ss.

Pannain B. (1981). *Argomenti di criminologia*. Napoli: Liguori, pp. 4, 37, 60, 184.

Pavich G. (2015). Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive. *Riv. pen*., p. 505 ss.

Pianese E. (2014), le convenzioni in materia di pubblica utilità. In: Conz–Levita, a cura di, *La depenalizzazione. Commento organico alla legge n. 67/2014, in tema di particolare tenuità del fatto, sospensione del processo e messa alla prova.* Roma: Dike Giuridica, p. 142 ss.

Picciché F. (2015). Il ricorso per cassazione dell'imputato contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di messa alla prova per gli adulti: due opinioni a confronto. *Quest. giust*., p. 26.

Piccirillo R. (2014). Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova. In: piccirillo–silvestri, a cura di, *prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili–relazione dell'ufficio del massimario della corte di cassazione n. III/07/2014. Roma: Ufficio del massimario della suprema corte di cassazione*.

Pulito L. (2015). Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale. *Processo penale e giustizia*, p. 97 ss.

Riverditi M. (2014). La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168–bis c.p.: uno sguardo d'insieme. *Studium iuris*, p. 982 ss.

Ruggieri F. (1985). Diversion, dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale. *Cass. Pen*., p.538.

Sanna A. (2015). L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie? *Cass. pen.*, p. 1262 ss.

Scalfati A. (2014). La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014. In: Triggiani N., a cura di, *La deflazione giudiziaria.* Torino: Giappichelli, p.1 ss.

Scarcella B. (2014). Sospensione del procedimento con messa alla prova. In: Conti–Marandola–Varraso, *le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatori.* Padova: Cedam, p. 339 ss.

Spangher G. (2017). I procedimenti speciali. In: AA.VV., *Procedura penale*. Torino: Giappichelli, p. 602 ss.

Tabasco G. (2015). La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti. *Arch. pen*., n. 1, p.1–34 ss.

Tonini P. (2018). *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè, p. 844 ss.

Triggiani N. (2014). Dal *probation* minorile alla messa alla prova degli imputati adulti, in Triggiani N., a cura di, *La deflazione giudiziaria*. Torino: Giappichelli, p. 26 ss.

Ubertis G. (2015). Sospensione del procedimento con messa alla prova e costituzione. *Arch. pen*., n. 3, p. 1 ss.

Valbonesi C. (2014). I profili penali della sospensione del procedimento con messa alla prova. In: Conti–Marandola–Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatori*. Padova: Cedam, p. 353 ss.

MARIA LAURA SPADA

IN TEMA DI APPELLABILITÀ DELLE SENTENZE RESE DAL GIUDICE DI PACE SECONDO EQUITÀ NECESSARIA*

ABSTRACT

Il presente contributo esamina la peculiare struttura dell'appello a critica vincolata avverso le sentenze rese dal giudice di pace secondo equità necessaria. In particolare, partendo dall'evoluzione normativa del giudizio di appello, il saggio cerca di stabilire se la tipicità dei motivi di impugnazione propria del giudizio di gravame avverso le sentenze di equità necessaria, consenta ugualmente vuoi l'applicabilità della disciplina di diritto comune, vuoi anche il prodursi dell'effetto devolutivo e sostitutivo riconosciuto all'appello ordinario

This paper examines the peculiar structure of the appeal, within its strictly defined limits, against the judgements of the Justice of the Peace hanged down in nevessary equity. In particular, by development legislation of the appeal process, this paper tries to consider whether the typical ness of the reasons to appeal such judgements allows the application of jointly agreed standards and the production of the effects connected to the appeal process.

PAROLE CHIAVE

Giudice di pace / sentenze secondo equità necessaria / appello

Justice of the Peace / sentence within equity / appeal

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa del giudizio di appello. – 2. La diversificazione dei "giudizi" di appello nel sistema del processo civile. – 3. (*Segue*): L'appellabilità delle sentenze del giudice di pace. – 4. L'errore sul fatto ed i *nova* nell'appello avverso le sentenze rese secondo equità necessaria dal giudice di pace. – 5. Segue. L'impugnazione per vizio revocatorio delle sentenze equitative. – 6. Segue. La possibile rilettura del regime di impugnazione dei provvedimenti del giudice di pace nelle cause da decidere secondo equità necessaria.

1. L'impugnazione per mezzo del giudizio di appello delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità necessaria è un tema che necessita di essere esaminato par-

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

tendo dalla costante evoluzione normativa che contraddistingue, ormai da tempo, questo fondamentale giudizio di impugnazione[1].

Sotto questo profilo, nell'attuale sistema processuale, il giudizio di appello è tratteggiato in modo decisamente diverso dal modello originario risultando ampiamente ridimensionato non solo dall'introduzione del filtro di inammissibilità, regolato dai nuovi art. 348 *bis* e *ter* del codice di procedura civile, quanto soprattutto dall'ampio divieto di nuove produzioni e in generale dei *nova*, introdotto con il più volte novellato art. 345 c.p.c e dalla riscrittura dell'art. 342 c.p.c. che consente di sottoporre alla cognizione del giudice di secondo grado le sole questioni specificatamente devolute attraverso una completa formulazione dei motivi di impugnazione[2].

Si tratta di interventi normativi che di fatto da un lato, rimarcano la funzione preminente del giudizio di primo grado come luogo eletto per la formazione della prova e per la decisione della causa e dall'altro, accentuano la funzione correttiva e selettiva dell'appello inteso, non già come *nuovo giudizio* sul rapporto controverso, ma come *revisione* della sentenza di primo grado basata sulla deduzione da parte dell'appellante di vizi specifici, formali o sostanziali, al fine di dimostrare l'ingiustizia o l'invalidità della sentenza impugnata[3].

In particolare, la restrizione della cognizione nel passaggio tra un grado e l'altro di giudizio costituisce, da tempo, una tendenza immanente al sistema. Infatti, parallelamente ai nuovi interventi normativi, anche l'elaborazione giurisprudenziale ha più volte respinto la piena efficacia devolutiva e sostitutiva dell'appello, statuen-

1. Cfr., sul punto, anche per le ultime riforme, Gambineri, 2018, 65; Cecchella, 2017, XI; Poli, 2017, 128; Tedoldi, 2016, 57; Dalfino, 2015, 107 ss.; Martino, 2014a, 460; De Cristofaro, 2012, 3ss.; Balena, 2013, 335; Costantino, 2013, 21; Bergamini, 2013, 21; Vaccarella, 2013, XXII; Balena 2009a, 106 ss.

2. L'art. 54, 1° comma lett. a), D.L. 22giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 ha introdotto nel codice di rito gli art. 348 *bis* e 348 *ter* rubricati, rispettivamente, «Inammissibilità all'appello» e «Pronuncia sull'inammissibilità dell'appello». La novella si inserisce nel più ampio contesto della riforma del giudizio di appello, che ha riguardato anche la modifica degli art. 342 e 345 c.p.c. v. Dalfino, 2015, 108 ss. In particolare, sui nuovi art. 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c. cfr. Mengali, 2017, 62; Monteleone, 2014, 675; Balena, 2013, 339; Costantino, 2013, 29; Briguglio, 2013, 573; Bove, 2013, 389; Consolo, 2012b, 1133; Impagnatiello, 2012 a, V, 299.

Sulle modifiche all'art. 345 c.p.c. cfr. Campione, 2017, 115; Consolo–Godio, 2017, 1406 in nota a Cass. civ., sez. un., 4.5.2017, n. 10790 e Cass. civ., sez. un., 12.5.2017, n. 11799; Martino, 2014d, 546; Balena, 2013, 384; Tedoldi, 2013, 145.

Sulla riscrittura dell'art. 342 c.p.c., per il quale è solo la parte soccombente che può selezionare gli errori che ritiene commessi nella sentenza impugnata e, per tale via, determinare le specifiche questioni che saranno oggetto del giudizio di appello e sulle quali si svolgerà l'attività di controllo, cfr., Balena, 2018, I, 988 in nota a Cass. civ., sez. un., 16.11.2017, n. 27199; Dalfino, 2015, 108; Pacilli, 2018, 1069; Bianchi, 2018, 861; Poli, 2017b, 1167, Caporusso, 2013, 603.

3. Cfr. Cass., sez. un., 8.2.2013, n. 3033, con nota di Poli, 2013, 1186.

do, ad esempio che la presunzione di rinuncia alle domande ed eccezioni «non accolte» e non espressamente riproposte opera non solo nei confronti dell'appellato costituitosi ma anche in danno di quello rimasto contumace[4]; ovvero ribadendo il generale divieto di sollevare per la prima volta in appello non solo le eccezioni in senso stretto, ma anche quelle che, pur rilevabili d'ufficio, si fondano su fatti non allegati in primo grado entro l'udienza *ex* art. 183 c.p.c.[5]; così come è stato ritenuto che in alcuni casi il titolo per l'esecuzione forzata non sia la sentenza di appello sopravvenuta ma la combinazione delle sentenze di primo e secondo grado[6].

2. Va sottolineato che nell'ultimo decennio, nel nostro processo, all'evoluzione del ruolo e della funzione dell'appello civile si è accompagnata, una *diversificazione* dell'istituto tanto considerevole da far dubitare che l'istituto processuale dell'appello dia luogo ad una categoria omogenea, giacché, da tempo l'espressione appello identifica, una pluralità di meccanismi di controllo dei provvedimenti giurisdizionali molto diversi tra di loro[7].

È noto, infatti, che accanto all'appello comune esperibile avverso le sentenze rese in primo grado nell'ambito di un giudizio di cognizione, il legislatore ha previsto nel processo civile varie forme di appelli speciali esperibili avverso particolari provvedimenti o nell'ambito di peculiari controversie, introducendo per ognuno di essi regole diverse in funzione del rito e del tipo di procedimento adottato in primo grado.

Il legislatore, in particolare, ha differenziato dall'appello ordinario, l'appel-

4. Cass. 17.1.2017, n. 925 in Rep. Foro it., voce *Appello civile*, n. 2017, 76; Cass.25.10.2016, n. 21540, in ibid., n. 71; Cass.6.2.2014, n. 2730. 2014, ibid., n. 61; Cass.13.5.2003, n. 7316, Foro it., 2003, I, 3330, con nota di Rascio; Bergamini, 2013,651.

5. Cfr. Oriani, 2006, I, 335 in nota a Cass. 30.1.2006 n. 2035; Gradi, 2007, 518 in nota a Cass. 7.7.2006 n. 15514.

6.Ciò quando, a seguito di parziale accoglimento dell'impugnazione, una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro è modificata solo quantitativamente, sicché il processo esecutivo intrapreso in base all'originario titolo esecutivo, può proseguire per la realizzazione del credito, nei limiti riconosciuti in sede di gravame, cfr. Cass. 8.2.2013 n. 3074 in Foro it., 2013, I, 2900 dove, tra l'altro, in motivazione si sottolinea espressamente «l'oggettivo attenuarsi di quello che rappresentava la premessa giustificativa dell'effetto sostitutivo della sentenza confermativa d'appello di merito, cioè il c.d. "carattere devolitivo" del giudizio di appello; carattere, come è noto, profondamente inciso dalla riforma di cui alla l. 353 del 1990 con le limitazioni introdotte dal regime dei *nova* di cui all'art. 345 c.p.c. ed anzi ulteriormente attenuatosi dopo la riforma di cui al D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni, in L. n. 134 del 2012».

7. Cfr., Bergamini, 2013, 676 che sottolinea come il legislatore abbia portato avanti queste modifiche al sistema «in modo non uniforme, poco meditata e spesso motivata da esigenze contingenti (...) procedendo attraverso interventi apparentemente modesti, (...) ma che tuttavia piegano l'appello a funzioni e ruoli profondamente diversi da quelli del modello di diritto comune, senza che ciò corrispondesse ad una diversificazione di istituti, denominazioni e discipline».

lo esperibile avverso le sentenze rese dal giudice di pace secondo equità ai sensi dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.[8]; ha previsto la appellabilità immediata e con decisione in camera di consiglio della sentenza non definitiva di separazione ogni qual volta, ai sensi dell'art. 709 *bis*, il processo debba proseguire dinanzi al giudice istruttore per «per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli o per le questioni economiche»[9]; ha sancito l'inapplicabilità del filtro di inammissibilità per i giudizi di appello concernenti *le cause per* le quali è previsto l'intervento del pubblico ministero e nei casi in cui l'appello sia proposto nell'ambito del procedimento sommario di cognizione[10]; fino a giungere alla previsione del reclamo come rimedio avverso talune sentenze per evitare che all'impugnazione fosse applicabile la disciplina dell'appello, pensiamo al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento[11] o al reclamo dinanzi alla corte di appello avverso la sentenza che decide dell'opposizione relativa all'impugnativa di licenziamento[12].

Di fronte alle ormai numerose *diversificazioni* del giudizio di appello appare ragionevole ritenere che il filo conduttore di questa particolare evoluzione normativa sia rappresentato dal fatto che, con il perdurare della crisi del sistema giudiziario, il legislatore ha scelto non solo di ridurre l'ambito di controllo dell'appello ordinario ma finanche di moltiplicare le deroghe alla disciplina comune per far fronte a procedimenti in cui un *diverso* controllo della decisione (più ampio o più ristretto) risponde a esigenze di opportunità e giustizia[13].

3. La costruzione di questo nuovo tracciato normativo frutto in parte, della riforma introdotta con la l. n. 353 del 1990 e in parte, delle riforme succedutesi a partire dal

8. Sul punto, v., *infra*, nel testo. In generale, sull'impugnazione delle sentenze pronunciate secondo equità dal giudice di pace e sui limiti alle censure deducibili cfr., Zulberti, 2018, 20 ss.; Martino, 2014b, 862; Balena, 2009b, 17; Verde, 2006, 745.

9. Il legislatore nel disciplinare il procedimento di separazione e divorzio, ha previsto che l'appello prevedendo regole diverse dell'appello comune sia deciso «in camera di consiglio» (art. 4, co., 15, L. 1° dicembre 1970, n. 898 e art. 709 *bis* c.p.c.) cfr., Danovi, 2017, 180; Tommaseo, 2008, 775; Spaccapelo, 2007, 269 Servetti, 2004, fasc. 4, 91.

10. Cfr., Lisella, 2017, 718; Pistone, 2013, fasc. 5, 281; Porreca, 2011, 2676; Tiscini, 2009, 230;

11. Cfr., Montanari, 2015, 332; Commandatore, 2014, 1271; Rascio, 2008, 955.

12. Cfr., Dalfino, 2012, 796; Id., 2013, 57 ss.; Id., 2016, I, 2756; De Luca, 2013, I, 847; Girelli, 2013, 1430.

13. Se l'obiettivo del legislatore di ridurre i tempi del giudizio di appello, in funzione del canone costituzionale della ragionevole durata, può apparire condivisibile lo è meno, invece, l'idea di perseguire un tale risultato attraverso interventi sulle norme processuali piuttosto che attraverso misure di carattere organizzativo, sotto questo profilo è stato osservato che proprio l'esperienza pregressa ha più volte dimostrato come tali risultati possono essere conseguiti solo attraverso un incremento degli organici e delle risorse, un'incisiva riforma delle strutture e uno snellimento ed una razionalizzazione delle competenze, cfr. Santagada, 2014, 639; Costantino, 2013, 24; Panzarola, 2013, 625.

2006 fino al 2012, è particolarmente indicativa nell'art. 339, 3° comma, c.p.c. che si occupa dell'appellabilità delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità *necessaria* ovvero le sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 113, 2° comma c.p.c., nelle controversie di valore non superiore a millecento euro[14].

Come è noto, l'art. 1 del d.lgs. n. 40 del 2006 ha modificato l'art. 339, 3° comma, c.p.c.[15], sostituendo, alla previsione dell'inappellabilità delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità necessaria, la diversa previsione dell'appellabilità delle stesse «esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia»[16].

In sostanza, il legislatore riscrivendo l'art. 339, 3° comma, all'evidente scopo di ridurre il carico di lavoro della Corte di cassazione[17], ha di fatto introdotto un mezzo di impugnazione a critica vincolata e di conseguenza, un giudizio di ap-

14. Precisamente ai sensi dell'art. 113, 2° comma, c.p.c. «il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del codice civile». Secondo la Suprema Corte, per stabilire «se una sentenza del giudice di pace sia stata pronunciata secondo equità, e sia quindi appellabile nei limiti di cui all'art. 339, 3° comma, c.p.c., occorre avere riguardo non già al contenuto della decisione ma al valore della causa da determinarsi secondo i principi di cui agli art. 10 e ss. c.p.c.», così Cass. 11.6..2012, n. 9432, Guida al dir., 2012, fasc. 28, 36 con nota di Sacchettini. Da ciò consegue che se il giudice di pace ha dichiaratamente emesso la propria pronuncia di merito secondo diritto in una causa in cui avrebbe dovuto decidere secondo equità, perché di valore non superiore a millecento euro e non riguardante un contratto di cui all'art. 1342 c.c., la sentenza resta comunque soggetta al regime di appellabilità di cui all'art. 339, 3° comma, c.p.c. Viceversa, se il giudice di pace per errore ha pronunciato una decisione di merito dichiaratamente d'equità in una controversia da decidere secondo diritto, perché di valore superiore a millecento euro o relativa ad un contratto di massa di cui all'art. 1342 c.c. la sentenza è soggetta ad appello ordinario, così Martino, 2014c, 464. A partire dal 2021, in base al combinato disposto degli art. 27 e 32 del D.Lgs. 116/2017, l'art. 113, 2° comma, c.p.c. troverà applicazione nelle cause di valore non superiore a duemilacinquecento euro, cfr. Sacchettini, 2017, fasc. 37, 19; Dalfino, 2018, V, 1.

15. La normativa, tuttavia, ha posto anche problemi di diritto transitorio. In particolare, l'art. 27 del d.lgs. 40/2006 disponendo che i «provvedimenti resi entro la data di entrata in vigore della normativa» (2 marzo 2006) fossero soggetti al previgente regime di ricorribilità in Cassazione, aveva posto il problema per l'impugnazione delle sentenze pronunciate il giorno stesso di entrata in vigore della normativa. In senso affermativo ovvero per l'applicabilità del d.lgs. 40/2006 a partire dal 3 marzo 2006, v., per tutti, Balena, 2009b, 20 e nello stesso senso in giurisprudenza, v. Cass. 24.4.2008, n. 10774, Giust. civ., 2009, I, 202. *Contra*, Auletta, 2007, 958.

16. In precedenza, la L. 30 luglio 1984, n. 399 aveva previsto l'inappellabilità delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità ai sensi dell'art. 113, 2° comma, c.p.c. (su cui, per tutti, v. Balena, 2009 b., 17). L'idea del legislatore era quella di assicurare il rapido svolgimento dei giudizi ed evitare un'eccessiva sproporzione tra il modesto valore della lite e i costi del processo, cfr. Sassani, 1996, 64. Aveva, invece, suggerito l'introduzione di un appello cassatorio davanti al tribunale per motivi di legittimità avverso le sentenze rese secondo equità necessaria, Chiarloni, 1989, V, 33.

17. Cfr., Zuliberti, 2018, 49; Balena, 2009b, 17; Martino, 2014b, 862.

pello molto diverso da quello *ordinario* contemplato al primo comma della stessa norma[18].

Di conseguenza, a partire dal 2006 le sentenze del giudice di pace rese secondo equità necessaria, possono essere censurate: a) per *la violazione di norme sul procedimento* intesa come «violazione delle disposizioni che presentano un carattere processuale» e su questa base, come chiarito dalla giurisprudenza, l'appello *ex* art. 339, 3° comma, può essere proposto anche per i motivi attinenti alla giurisdizione, alla violazione di norme sulla competenza, per radicale assenza di motivazione, per violazione del canone della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato[19]; b) per *errori di diritto* concernenti la disciplina sostanziale del rapporto ogni qualvolta risultano violati norme di rango superiori (costituzionali o comunitarie ma anche norme imperative o di ordine pubblico)[20]; c) oppure «*i principi regolatori della materia* » da assimilare, stando alla soluzione più persuasiva, con quelli deducibili dai tratti essenziali della disciplina positiva di un determinato istituto oltre che dai principi generali dell'ordinamento[21].

18. Infatti, il legislatore ha ridisciplinato l'appello avverso le sentenze equitative sotto due fondamentali profili: a) consente di far valere solo vizi tipici; b) porta, in caso di accoglimento, ad una decisione secondo diritto, ossia secondo una regola di giudizio diversa da quella applicata in primo grado.

19. Tali censure corrispondono, sostanzialmente, ai motivi che giustificavano il ricorso in cassazione avverso le sentenze prima dell'intervento del d.lgs. 40/2006, in questo senso, cfr., Bergamini, 2013, 656; Balena, 2009b, 25; Zuliberti, 2018, 61; Frasca, 2009, 13; Finocchiaro, 2001, 76. In giurisprudenza, nello stesso senso, cfr., Cass. 13.3.2013, n. 6410, in Rep. Foro it., voce *Appello civile*, 2013, n.84; Cass.17.1. 2012, n. 552, id., voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, 2012, n. 11.

20. Anche le norme di «diritto internazionale, specialmente quelle dei trattati che molti considerano di rango superiore e, comunque, prevalenti sulle norme di legge ordinaria (...)», così Martino, 2014c, 472, nota 39 ed anche Carratta, 2007, 285 per il quale anche le norme internazionali di origine consuetudinaria costituiscono un limite al giudizio equitativo.

21. Così, Balena, 2015, 404. Le sentenze equitative rese dal giudice di pace, sino alle modifiche introdotte nel 2006, erano impugnabili con il solo ricorso in cassazione, in quanto inappellabili *ex* art. 339, 3° comma, c.p.c. e quindi da considerarsi rese in unico grado, cfr. Zuliberti, 2018, 43; Frosini, 1996, I, 148. Successivamente, alla luce del novellato art. 113, 2° comma, c.p.c., dal quale era stato espunto l'obbligo del rispetto dei principi regolatori della materia, il dibattito sui limiti entro cui il ricorso per cassazione poteva essere proposto avverso le decisioni equitative "necessarie" aveva ripreso vigore. I limiti entro cui fu riconosciuto possibile censurare la decisione per *errores in procedendo* furono sostanzialmente gli stessi già riconosciuti nei confronti delle sentenze rese secondo equità necessaria del conciliatore, invece, l'impugnbilità per *errores in iudicando* venne nuovamente messa in dubbio, in ragione del fatto che il novellato art. 113, 2° comma, c.p.c. non prevedeva più per il giudizio reso con equità necessaria il limite dell'osservanza dei principi regolatori. Dichiarata l'illegittimità costituzionale (ad opera della sentenza della C. Cost. 7.7.2004, n. 206, *Foro it.,* 2007, I, 1365 con nota di Ruggieri,) dell'art. 113, 2° comma, c.p.c., per contrasto con gli art. 24, 1° comma e 101, 2° comma, Cost., nella parte in cui non prevedeva che il giudice di pace fosse soggetto all'osservanza dei principi informatori della materia e chiarito dalla medesima Corte che l'unica concezione dell'equità compatibile con la Costituzione è quella che opera alla stregua dei medesimi principi su cui si ispira la disciplina positiva, non potendo il giudizio di equità essere considerato quale giudizio extragiuridico, venne riaffermata l'idea che anche

4. L'impostazione, testé delineata, impone di considerare se, nel giudizio di appello avverso le sentenze equitative del giudice di pace, possano essere fatti valere gli errori attinenti alla valutazione delle prove e alla ricostruzione dei fatti extraprocessuali[22].

In sostanza, si tratta di determinare se, nel giudizio in esame, possano avere luogo tutte quelle attività difensive che normalmente sono concesse nel procedimento di appello ordinario; ad esempio, la possibilità di chiedere al giudice di appello una nuova e diversa valutazione del materiale probatorio assunto dal giudice di primo grado; ovvero, la possibilità di chiedere un controllo sull'esercizio dei poteri discrezionali del primo giudice che possono concernere la mancata ammissione di una consulenza tecnica o il diniego di rinnovazione dell'esame di testi già sentiti; o ancora, la possibilità di sottoporre al giudice di secondo grado delle nuove prove sull'assunto che la parte si sia trovata nell'impossibilità di dedurle in primo grado ai sensi dell'art. 345 c.p.c..

Occorre verificare, in pratica, se nell'appello configurato dall'art. 339, 3° comma, c.p.c., siano operativi e in che misura, gli effetti devolutivi e sostitutivi propri del giudizio di appello ordinario.

L'orientamento maggioritario, configura l'appello in esame quale impugnazione in senso stretto a critica vincolata, proponibile per i motivi specifici ritenuti coincidenti con quelli che prima della riforma del 2006 potevano essere fatti valere in Cassazione, e di conseguenza giunge ad affermare che l'appello *ex* 339, 3° comma, c.p.c., dovrebbe essere inquadrato tra i rimedi impugnatori che hanno come funzione immediata la rescissione della sentenza impugnata[23]. Di conseguenza non vi sarebbe alcuna possibilità per un controllo diretto sul giudizio di fatto, salva l'ipotesi, semmai, di ammettere un *sindacato sulla motivazione* della decisione

gli *errores in iudicando* potevano essere fatti valere, compresa la violazione dei principi informatori della materia in ragione della loro riconosciuta natura giuridica.

22. In particolare, si tratta di verificare se sussiste la possibilità di censurare, nell'appello ex art. 339, 3° comma, c.p.c., errori relativi all'interpretazione o applicazione di norme incidenti sulla formazione del giudizio, alla valutazione delle prove o alla ricostruzione o accertamento del fatto. Non sembra, infatti, che tali errori siano qualificabili come violazioni di norme *sul* procedimento dato che attengono a norme sostanziali incidenti sul giudizio. Sotto questo profilo la giurisprudenza, infatti, ha sottolineato che le norme sull'ammissibilità, rilevanza e onere della prova sono norme di diritto sostanziale, la cui violazione implica un *error in iudicando* e non già *un error in procedendo*, v. Cass. 3.4.2012, n. 5287, Rep. Foro it., voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, 2012, n. 14 ed *infra* nel testo.

23. Cfr., Balena, 2009b, 26; Consolo, 2012a, 167; Finocchiaro, 2006, 8, 50; Id., 2012, 335; Zuliberti, 2010, 310. *Contra*, Martino, 2014c, 480. In giurisprudenza, v. Cass. 18.11.2008, n. 27339, Rep. Foro it., voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, 2008, n. 30, secondo cui il termine «esclusivamente» introdotto nell'art. 339, 3° comma, c.p.c. ha la funzione di chiarire che con le modifiche apportate alla norma dal legislatore del 2006 si è solo attuato lo spostamento della sede del controllo dalla cassazione all'appello restando del tutto invariato dal punto di vista dei contenuti.

equitativa sotto il profilo della violazione di norme sul procedimento della medesima ampiezza accordata alla Corte Suprema dall'art. 360 c.p.c.[24].

Secondo una tesi minoritaria, invece, nell'impugnazione delle sentenze equitative sarebbe configurabile quel «controllo sul giudizio di fatto che è proprio del giudizio di appello ordinario e ciò sulla base di una interpretazione adeguatrice dell'articolo 339, 3° comma, c.p.c. alla garanzia costituzionale dell'effettività del diritto di difesa delle parti che tenga in debito conto peraltro della collocazione della norma nel capo relativo all'appello e della mancanza di una disciplina ad *hoc* con il conseguente rinvio alle disposizioni generali che disciplinano l'impugnazione di secondo grado secondo il rito ordinario»[25].

5. In questo quadro è anche intervenuta la Corte Costituzionale con la ordinanza n. 304 del 2012[26] che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 339, 3° comma, c.p.c. nella parte in cui omette di ricomprendere tra i motivi di appello l'errore di fatto revocatorio previsto dall'art. 395, 1° comma, n. 4 c.p.c., ha suggerito la necessità, in ogni caso, di sperimentare la via di una interpretazione *adeguatrice* idonea a superare i dubbi di costituzionalità e diretta a ricomprendere nell'appello anche il motivo revocatorio sottolineando nel contempo che «l'appello avverso le sentenze equitative del giudice di pace pur limitato al controllo di vizi specifici è comunque caratterizzato dalla sua essenza di mezzo a critica libera derivante dall'effetto devolutivo della materia esaminata in primo grado»[27].

24. Così Martino, 2014c, 481, dove l'Autore segnala, peraltro, due non secondari profili problematici: «da un lato, i limiti del controllo della cassazione sulla motivazione delle sentenze d'equità del giudice di pace erano tutt'altro che pacifici, in quanto secondo un certo orientamento giurisprudenziale detto controllo era limitato ai soli casi in cui la motivazione fosse assolutamente mancante oppure, essendo affetta da una radicale e insanabile contraddittorietà, dovesse considerarsi meramente apparente (...) dall'altro, il legislatore del 2012 ha modificato l'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. e, stando almeno alla lettera della disposizione, ha circoscritto l'ambito del controllo sulla motivazione al solo vizio di "omessa motivazione circa un fatto decisivo"».

25. In termini, Martino, 2014c, 480.

26. C.Cost., 19.12.2012, n. 304, Giur. costit., 2012, 4741 ed anche Giust. civ., 2013, I, 2308 con osservazioni di Finocchiaro.

27. La questione era stata sollevata dal T. Napoli 30.1.2012, Giust. civ., 2012, I, p. 1591 (con nota di Impagnatiello, 2012 b, 1594) in riferimento agli artt. 3, 1° comma, 24, 1° comma, 101, 2° comma, e 111, 1° comma, cost. In particolare, il giudice rimettente ha deliberato «che: a) in base al disposto dell'art. 395, 1° co., c.p.c., la revocazione ordinaria non è esperibile contro la sentenza equitativa del giudice di pace, in quanto essa non è né una sentenza pronunciata in grado di appello, né una sentenza pronunciata in un unico grado; b) in ragione della eccezionalità del rimedio revocatorio, non appare possibile una lettura estensiva dell'art. 395 c.p.c., diretta a consentire la proponibilità della revocazione ordinaria avverso la pronuncia in esame in concorso con l'appello; c) la limitazione dei motivi di appello di cui all'art. 339, 3° comma, c.p.c. sembra escludere che il vizio revocatorio possa essere dedotto con l'appello

Stando così le cose – ovvero dovendo escludere in partenza la proponibilità della revocazione ordinaria in concorso con l'appello limitato perché il sistema lo impone in quanto l'art. 395 c.p.c. assoggetta all'istituto della revocazione le sole sentenze pronunciate in appello e in un unico grado – appare ragionevole, oltre che necessario, sperimentare, come la Corte costituzionale ha suggerito, la strada di una interpretazione adeguatrice.

Una interpretazione, quest'ultima, che verosimilmente può essere avviata partendo da quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, salvo le ipotesi di cui agli art. 353 e 354 c.p.c., non è ammissibile, per difetto di interesse, l'appello che si fondi solamente su vizi di nullità del giudizio di primo grado senza sollecitare anche una diversa decisione sul merito della controversia in quanto il giudizio di appello è diretto non alla mera eliminazione di un atto illegittimo ma alla rinnovazione del giudizio di merito[28]. Ed è difficile dubitare che questo principio non trovi piena applicazione anche nell'appello avverso le sentenze equitative proprio in ragione della sua riconducibilità alla disciplina dell'appello ordinario.

Oltre tutto, non diversamente dall'atto di appello ordinario, anche quello avverso le sentenze equitative del giudice di pace resta regolato dall'articolo 342 c.p.c. che impone all'appellante di inserire nel relativo atto di citazione le indicazioni prescritte dall'articolo 163 c.p.c. con la conseguenza che l'appellante deve, in ogni caso, riformulare la richiesta di tutela avanzata davanti al giudice di primo grado[29].

medesimo; d) la mancata previsione tra i motivi di appello ex art. 339, 3° co., c.p.c. del vizio revocatorio si pone in contrasto con i canoni di ragionevolezza e ugualianza di cui all'art. 3 cost. in quanto priva alcuni utenti della giustizia di uno strumento residuale, concesso, invece, a coloro la cui causa sia stata decisa in diritto, senza che ciò possa dirsi giustificato dalla *ratio* sottostante la modifica normativa (...)».

A sua volta, la Corte costituzionale (v., *supra*, nota 26) ha dichiarato «la manifesta inammissibilità» della questione, testé prospettata, «sotto un duplice profilo: da un lato il rimettente ha omesso di verificare in positivo se il vizio della sentenza di primo grado (che si ritiene configurare un errore revocatorio) possa essere esaminato (anche eventualmente attraverso un adattamento dei motivi di ricorso) nell'ambito dei motivi che consentono l'appello delle sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità, che, pur limitato al controllo di vizi specifici, è comunque caratterizzato dalla sua essenza di mezzo a critica libera derivante dall'effetto devolutivo pieno della materia esaminata in primo grado. Dall'altro lato, l'intervento richiesto alla Corte ovvero di trasformare tutti gli eventuali motivi di revocazione in altrettanti motivi limitati di appello, coinvolge simultaneamente la disciplina dell'appello e della revocazione ed è, quindi, caratterizzato da un corposo tasso di manipolatività e creatività (...)», sul punto anche Martino, 2014c, 484.

28. Cfr. Cass. 7.3.2003, n. 3424, Foro it., 2003, I, 3080; Cass.7.7.1999, n. 7054, id., 1999, I, 3240; Cass.3.7.1999, n. 6879, Rep. Foro it., voce *Appello civile*, 1999, n. 106; Cass. 13.3.1997, n. 2251, Foro it., 1997, I, 2511; Cass. 23.11.1995, n. 12102, e Cass. 3.10.1995, n. 10389, id., 1996, I, 1296, con nota adesiva di Balena. In dottrina, nello stesso senso, v. Bergamini, 2013, 659; Martino, 2014c, 487.

29. Nello stesso senso, Martino, 2014c, 487, il quale osserva, inoltre, che «la natura devolutiva e sostitutiva (anche) dell'impugnazione in esame risulta ulteriormente confermata dalla disciplina dell'intervento in appello, come regolato dall'art. 344 c.p.c. Secondo tale disposizione, in appello è

Questi dati normativi spingono ad una riflessione anche sull'avverbio *esclusivamente* inserito nell'art. 339, 3° comma, c.p.c. perché, probabilmente, il legislatore nel disporre che l'appello può essere proposto «*esclusivamente* per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia» non ha inteso introdurre *tout court* un appello rescindente trasferendo (automaticamente) al giudice di secondo grado esattamente il controllo di legittimità commesso *ante* riforma alla Corte di cassazione[30].

Infatti, l'assenza di regolamentazione, unitamente alla collocazione della norma nel capo dedicato all'appello, non pone dubbi sulla volontà del legislatore di regolamentare l'appello avverso le sentenze equitative attraverso la disciplina ordinaria; una disciplina per sua natura strutturata come impugnazione con efficacia devolutiva e sostitutiva che mira a realizzare un controllo sul giudizio di fatto.

Se così è, l'appello limitato a specifici motivi non può condurre al risultato di rendere inapplicabile alla fattispecie in esame disposizioni fondamentali e caratterizzanti della disciplina ordinaria del giudizio di appello, perché così facendo risulterebbe sacrificato il diritto di difesa delle parti in considerazione del mero valore economico della controversia[31].

Tutto ciò impone di ricercare per la fattispecie regolata dall'art. 339, 3° comma, c.p.c., una interpretazione compatibile con i parametri costituzionali del giusto processo e dell'effettività del diritto di azione e di difesa, cercando di ricomprendere nella impugnazione *ex* art. 339 3° comma, c.p.c. sia la possibilità di introdurre i *nova* nel giudizio di appello (nei limiti ristretti previsti dall'art. 345 c.p.c.), sia la

ammesso l'intervento dei terzi che potrebbero proporre opposizione a norma dell'art. 404 c.p.c. L'art. 344 c.p.c. rappresenta il giusto compromesso tra il divieto di produrre nuove domande in appello e le esigenze di economia processuale e di tutela del terzo, configurando l'intervento come una sorta di opposizione di terzo anticipata. Ciò posto, contro la pronuncia equitativa del giudice di pace è proponibile l'opposizione di terzo, conseguentemente, anche nel giudizio di appello *ex* art. 339, 3° co., c.p.c. è possibile riscontrare le sopra richiamate esigenze che hanno indotto il legislatore a prevedere l'intervento in appello nei limiti indicati dall'art. 344 c.p.c. Tale norma, in quanto disposizione di carattere generale, non può non trovare applicazione anche all'impugnazione in esame. Né, in contrario, si può invocare la natura non devolutiva e rescindente dell'appello *ex* art. 339, 3° co., c.p.c., perché tale natura è smentita dai dati normativi richiamati (...)»

30. Cfr., Martino, 2014c, 877.

31. Pensiamo all'applicazione dell'articolo 345 c.p.c., ovvero alla possibilità di dedurre in secondo grado nuove prove che le parti non abbiano potuto proporre in primo grado per causa ad essa non imputabile; interpretando il nuovo articolo 339, 3° comma, c.p.c. nel senso di escludere la proposizione del gravame fondato sulla deduzione di nuovi mezzi di prova si verrebbe a determinare una disparità di trattamento tra gli utenti della giustizia del tutto ingiustificata perché derivante unicamente dal mero valore economico della controversia, cfr. Martino, 2014c, 488.

possibilità di consentire la proposizione dell'appello anche in presenza di un errore di fatto *ex* art. 395 n. 4 c.p.c.

6. Da quanto detto consegue che l'avverbio *esclusivamente* riferito ai motivi di appello indicati nell'art. 339, 3° comma, c.p.c. è diretto a delimitare gli *errores in procedendo* e gli *errores in iudicando in iure* deducibili con l'appello, inquadrando contestualmente, quali sono, sul piano processuale e sostanziale, i parametri normativi del giudizio di equità, e precisando che la violazione di legge sostanziale può essere dedotta solo con riferimento alle norme di rango superiore e ai principi regolatori della materia. Si tratta, in sostanza, di specificazioni normative tutt'altro che superflue ove si consideri che la questione più controversa intorno al giudizio di equità necessario è stata proprio quella dei suoi parametri normativi (sostanziali e processuali) e che anche all'indomani della pronuncia additiva della Corte Costituzionale[32] la giurisprudenza si è palesata divisa in ordine all'interpretazione della formula dell'osservanza dei principi informatori della materia.

Stando così le cose, si può ragionevolmente sostenere, come già avanzato da autorevole dottrina, che nel precisare i parametri normativi del giudizio equitativo, l'art. 339, 3° co., c.p.c., piuttosto che individuare un numero chiuso di vizi deducibili con l'appello, ha inteso delimitare l'ambito di controllo del giudice di secondo grado all'applicazione delle norme sostanziali e processuali da parte del giudice di *prime cure*, non ammettendo che in tale ambito, possa essere compreso il riesame della regola equitativa applicata dal giudice di pace a meno che, quest'ultima, non sia stata formulata in violazione delle norme di rango superiore e dei principi regolatori[33].

Le considerazioni testé effettuate, conducono all'ulteriore conclusione che la delimitazione dell'ambito di controllo sul giudizio di fatto resta al di fuori dell'art.

32. C. Cost. 7.7.2004, n. 206, Foro it., 2007, I, 1365 con nota di Ruggieri, 2007, I, 1367. A seguito dell'intervento additivo della Corte, l'art. 113, 2° comma, c.p.c. impone al giudice di equità necessaria il rispetto dei principi informatori della materia; principi il cui significato non è stato tuttavia chiarito dalla Corte. Secondo un'opinione essi dovrebbero essere tenuti concettualmente distinti rispetto ai principi regolatori della materia, la cui osservanza a partire dal 1984, era imposta al conciliatore nell'ambito del giudizio di equità dall'art. 113, 2° comma, c.p.c., v. Cass. 11.1.2005, n. 382, Riv. dir. proc., 2005, 1345, con nota critica di Martino 2005, 1348. Tale è l'impostazione seguita dalla giurisprudenza prevalente, la quale afferma che tali principi si identificherebbero con quelli «cui si ispira il legislatore nel dettare una determinata disciplina e, in quanto tale, preesiste alla regola; esso costituisce il principio tenuto presente per dettare una determinata regola». In tale prospettiva, quindi, si soggiunge che il giudice di pace «non dovrà individuare la regola equitativa, traendola dalla disciplina in concreto dettata dal legislatore, ma nell'individuazione di detta regola dovrà avere cura che essa non contrasti con i principi cui si è ispirato il legislatore nel dettare una determinata disciplina». Cfr., Zuliberti, 2018, 70.

33. In questo stesso senso, v. Martino, 2014c, 488.

339, 3° co., c.p.c. e viene lasciata alla disciplina generale dell'appello; pertanto, anche nella nuova impugnazione contro la sentenza di equità, resta invariata la possibilità di dedurre errori attinenti alla valutazione delle prove oppure la ricostruzione dei fatti extraprocessuali ovvero vizi revocatori o introdurre i *nova* di cui articolo 345[34].

Ciò detto, si può in conclusione sostenere che la tipicità dei motivi di appello, pur diversificando strutturalmente l'appello *ex* art. 339, 3° co., c.p.c., dal giudizio di appello ordinario, non sembra essere di ostacolo all'applicabilità della disciplina di diritto comune all'istituto.

In particolare, la predeterminazione delle critiche opponibili è conciliabile con l'obbligo di indicare i motivi di appello a pena di inammissibilità, e con la rigida formulazione della motivazione di appello imposta dal nuovo art. 342, 1° co., c.p.c. Similmente, ben si prestano ad essere applicati all'appello *ex* 339, 3° co., c.p.c., sia il dispositivo del filtro *ex* art. 348 *bis* c.p.c. che, in ogni caso, consente di amministrare prontamente l'impugnazione allorché le censure dovessero mostrarsi palesemente infondate, sia gli eventuali *nova* nei limiti di cui all'art. 345 c.p.c.

La tipicità dei motivi di appello *ex* art. 339, 3° comma, c.p.c., non appare di per sé contrastante con il prodursi dell'effetto devolutivo e sostitutivo riconosciuto all'appello comune. Il dato normativo che il tribunale debba *in primis* accertare la sussistenza di alcuni vizi tipici non esclude, infatti, che, *de iure condendo,* il legislatore possa investirlo anche dell'eventuale fase rescissoria con effetti sostitutivi della

34. «La correttezza di questa conclusione sembra confermata dal nuovo articolo 342 c.p.c. (nel testo introdotto dall'art. 54 D.L. 22. 6. 2012, n. 83, conv. con modificazioni nella L. 7.8.2012, n. 134). La norma prevede che la motivazione dell'atto di appello deve, tra l'altro, contenere l'indicazione «delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado. Si tratta di disposizione successiva di qualche anno rispetto alla previsione dell' appello di cui articolo 339, 3°co.,, c.p.c. istituto di cui legislatore del 2012 non poteva ignorare l'esistenza. La circostanza che l'art. 342 c.p.c. sia stato riformulato senza eccezioni di sorta, sembra fornire ulteriori elementi per affermare che anche nell'appello *de quo* vi sia spazio per l'applicazione della disposizione in esame. In sostanza, anche nell'appello contro le sentenze equitative del giudice di pace è possibile chiedere al giudice una diversa ricostruzione dei fatti di causa così come prevede l'articolo 342 c.p.c. e ciò a maggior ragione quando il giudice di primo grado sia incorso in un errore di fatto *ex* articolo 395 numero 4, c.p.c. L'impugnazione *de qua* conserva insomma il carattere devolutivo e sostitutivo tipico dell'appello ordinario con l'unico limite costituito dalla intangibilità della regola equitativa enunciate ed applicata dal giudice di primo grado (sempre che non sia in contrasto con le norme di rango superiore o con i principi regolatori della materia).La parte soccombente senza dedurre la violazione di norme di rango superiore o dei principi regolatori della materia potrà ad esempio chiedere al giudice di appello una nuova e diversa valutazione delle prove assunte in primo grado e quindi una diversa ricostruzione dei fatti a cui applicare il principio regolatore correttamente individuato dal giudice di primo grado», così Martino, 2014c, 488 e 489.

decisione di primo grado, come previsto, ad esempio dagli art. 384, 2° comma, e 829 c.p.c.[35]

Una conclusione, quest'ultima, che trova il suo fondamento anche nell'idea che il giudizio di appello debba essere necessariamente inteso, «come strumento a disposizione del soccombente in primo grado per censurare la sentenza del giudice adito, provocare un nuovo esame della causa e ottenere una nuova decisione, quale garanzia irrinunciabile in un ordinamento che voglia sentenze purchessia, ma sentenze giuste. Non solo perché, stante l'art. 111 Cost., se non lo fossero, sarebbero pur sempre ricorribili, con conseguente aggravio del carico di lavoro della Cassazione, ma anche e soprattutto perché l'appello, nella misura in cui previene gli abusi e pone rimedio agli errori del giudice adito rappresenta una grande ed efficacissima garanzia di giustizia»[36].

35. Nello stesso senso, Bergamini, 2013, 658, la quale osserva inoltre, «l'operatività dell'effetto devolutivo dell'appello non sembra del resto precluso nemmeno dalla circostanza che il tribunale non potrebbe decidere della lite secondo equità ma dovrebbe applicare un criterio di giudizio diverso da quello applicato in primo grado. L'identità del criterio di giudizio nei diversi gradi non sembra infatti, imposta né dagli art. 353, 354 e 346 né da esigenze di sistema. Ammettendo, infatti, che l'identità fosse necessaria per assicurare all'appello il ruolo di doppio grado di giurisdizione, il giudice di appello non dovrebbe poter applicare alla fattispecie una *regula iuris* diversa da quella individuata e applicata in primo grado. Circostanza quest'ultima smentita dagli art. 353 e 354 c.p.c., che non includono tale ipotesi fra i casi di rimessione al giudice di primo grado. Del resto, conferma positiva della possibilità di sottoporre la lite a criteri di giudizio differenti nei diversi gradi sembra essere data anche dall'art. 114 c.p.c. Consentendo, infatti, alle parti di accordarsi in appello per una decisione per equità il legislatore permette (seppur con l'accordo delle parti) che la causa sia decisa secondo criteri di giudizio diversi nei due gradi».

36. Così, Cipriani, 2009, 330–331.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Auletta F. (2007). Il mezzo di impugnazione delle sentenze del giudice di pace – Profili della disciplina transitoria del d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40. *Giur. merito*, p. 958 ss.

Balena G. (1996). Nullità del procedimento di primo grado per vizi del contraddittorio e poteri del giudice d'appello. *Foro it.*, I, p. 1296.

Balena G. (2009) a. Commento all'art. 345 c.p.c. in *La riforma della giustizia civile* (Balena, Caponi, Chizzini, Menchini). Milano: Utet, p. 106 ss.

Balena G. (2009) b. Commento sub art. 339 c.p.c. in *La riforma del giudizio di cassazione* (a cura di Cipriani). Padova: Cedam, p. 17.

Balena G. (2013). Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012. *Giusto proc. civ.*, p. 335 ss.

Balena G. (2015). *Istituzioni di diritto processuale civile*. II, Bari: Cacucci, 2015, p. 404.

Balena G. (2018). I rassicuranti chiarimenti delle sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello. *Foro it.*, I, p. 988.

Bianchi L. (2018) d. Le sezioni unite fanno chiarezza sulla «motivazione dell'appello» di cui all'art. 342 c.p.c. *Riv. dir. proc.*, p. 861.

Bergamini L. (2013). Evoluzioni dell'appello civile. *Giust. civ.*, p. 645.

Briguglio A. (2013). Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello ai sensi degli art. 348 bis e 348 ter c.p.c. *Riv. dir. proc.*, p. 573.

Bove M. (2013). La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli art. 348 bis e 348 ter c.p.c. *Riv. dir. proc.*, p. 389.

Campione F. (2017). I nova. in *Il nuovo appello civile* (diretto da Cecchella), Bologna: Zanichelli, p. 115.

Caporusso S. (2013). Commento sub art. 342 c.p.c. in *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo* (a cura di Martino e Panzarola). Torino: Giappichelli, p. 603.

Carratta A. (2007). Commento sub art. 339 c.p.c. in *Le recenti riforme del processo civile*. vol. I, Bologna: Zanichelli, p. 285.

Cecchella C. (2017), Introduzione al nuovo appello civile. in *Il nuovo appello civile* (diretto da Cecchella). Bologna: Zanichelli, XI.

Chiarloni S. (1989). Un giudice di pace per la pace dei giudici. *Foro it.*,V, p. 33.

Cipriani F. (2009), L'appello civile tra autoritarismo e garantismo. *in Giusto proc. civ.* 2009, p. 330–331.

Commandatore C. (2014). Il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento: un mezzo di impugnazione «ibrido». *Riv. dir. proc.*, p. 1271 ss.

Consolo C. (2012). *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*. Padova:Cedam.

Consolo C. (2012). Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento». *Corriere giur.*, p. 1133.

Consolo C., Godio F., Un ambo delle sezioni unite sull'art. 345 (2° e 3° comma) – Le prove nuove ammissibili perchè indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio. *Corriere giur.,* p. 2017, 1406.

Costantino G. (2013). La riforma dell'appello. *Giusto proc. civ.*, p. 21.

Dalfino D. (2012). Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012 n. 92). *Giusto proc. civ.*, p. 796.

Dalfino D. (2013). Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali in (Dalfino–Barbieri) *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero, ag-*

giornato al d.l. 28 giugno 2013 n. 76 c.d. «pacchetto lavoro», Bari: Cacucci, p. 57 ss.

Dalfino D. (2015). L'appello, garanzia di giustizia. *Questione giustizia*, fasc. 4, p. 107 ss.

Dalfino D. (2016). Impugnazione del licenziamento, domanda subordinata di tutela obbligatoria e rito applicabile. *Foro it.*, I, p. 2756.

Dalfino D. (2018). L'ultima riforma della magistratura onoraria, tra aspirazioni insoddisfatte e velleità di sistema. *Foro it.*, V, p. 1.

Danovi F. (2017). L'appello nella separazione e nel divorzio. *Famiglia e dir.*, p. 180.

De Cristofaro M. (2012). Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni a prima lettura del d.l. n. 83/2012). *www.judicium.it.*

De Luca M. (2013). Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (art. 1, 58° comma seg., l. n. 92 del 2012): natura, forma e filtro dell'appello. *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 847.

Finocchiaro G. (2001). *L'equità del giudice di pace e degli arbitri.* Padova: Cedam.

Finocchiaro G. (2006). Appellabili le sentenze del giudice di pace. *Guida al dir.*,8, p. 50.

Finocchiaro G. (2012). Commento sub artt. 113–114 c.p.c. in *Commentario del codice di procedura civile*, II, (diretto da Comoglio– Consolo– Sassani– Vaccarella), Torino:Utet, p. 335.

Frasca R. (2009), Commento sub art. 339 c.p.c. in *Commentario alle riforme del processo civile* (a cura di Briguglio–Capponi). Milano: Giuffrè, p. 13.

Frosini V. (1996). Il giudizio di equità e il giudice di pace. *Riv. dir. civ.*, I, p. 148.

Gambineri B. (2018). Appello, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di Chiarloni), II, Bologna: Zanichelli, p. 65.

Girelli F. (2013), Nuovi chiarimenti interpretativi sul rito Fornero: anche la giurisprudenza sancisce l'equiparazione del reclamo all'appello lavoristico. *Argomenti dir. lav.*, p. 1430.

Gradi M. (2007). Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità. *Riv. dir. proc.*, 518.

Impagnatiello G. (2012)a. Il «filtro» di ammissibilità dell'appello in L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12). *Foro it.*, V, p. 299.

Impagnatiello G. (2012)b. Sull'impugnazione per vizio revocatorio delle sentenze di equità necessaria del giudice di pace. *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1591.

Lisella G. (2017). Note sull'appello nel procedimento sommario di cognizione. *Riv. dir. proc.*, p. 718.

Martino R. (2005), Decisione equitativa e «principi informatori della materia». *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1345.

Martino R. (2014) a. Il "mito" della ragionevole durata del processo e l'illusoria ricerca della competitività a costo zero in Le riforme del processo civile (a cura di Didone), Milano: Giuffrè, p. 460.

Martino R. (2014) b. L'appello sulle decisioni equitative del giudice di pace. *Riv. dir. proc.*, p. 862.

Martino R. (2014) c., Appellabilità delle sentenze d'equità del giudice di pace (art. 339, 3°comma c.p.c.), in *Le riforme del processo civile* (a cura di Didone), Milano: Giuffré, p. 464.

Martino R. (2014) d. Le nuove prove nel giudizio di appello in *Le riforme del processo civile* (a cura di Didone), Milano: Giuffré, p. 546.

Mengali A. (2017). La ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello, in *Il nuovo appello civile* (diretto da Cecchella), Bologna: Zanichelli, p. 62.

Monteleone G. (2014). L'inammissibilità dell'appello ex art. 348 bis e ter c.p.c. – Orientamenti e disorientamenti della giurisprudenza. *Giusto proc. civ.*, p. 675.

Montanari M. (2015). Reclamo sempre più vicino all'appello, tra devoluzione limitata ai motivi e apertura del gravame al contumace involontario. *Fallimento*, p. 332.

Oriani R. (2006). Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova. *Foro it.*, I, 335.

Pacilli M. (2018). Una lettura sostanziale e funzionale dell'art.342 c.p.c. *Riv. trim. dir. proc. civ*., p. 1069.

Panzarola A. (2013). Commento sub art. 348 bis c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo* (a cura di Martino e Panzarola), Torino: Utet, p. 625.

Pistone C. (2013). Appellabilità della ordinanza decisoria di rigetto ex art. 702 quater c.p.c. *Nuova proc. civ.,* fasc. 5, p. 281.

Poli R. (2013) Appello come *revisio prioris instantiae* e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado. *Riv. dir. proc.*, 2013, 1186.

Poli R. (2017) a. La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme. *Riv. dir. proc.*, p. 128.

Poli R. (2017) b. La specificità dei motivi di appello rimessa al vaglio delle sezioni unite. *Riv. dir. proc*., p. 1167.

Porreca G. (2011). L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto nel procedimento sommario di cognizione: deformalizzazione, giudicato e giusto processo. *Giur. merito*, p. 2676.

Rascio N. (2008). Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena. *Riv. dir. proc.*, p. 955.

Ruggieri A. (2007). Il giudizio di equità necessario, i principî informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c. *Foro it.*, I, p. 1365.

Sacchettini L. (2017). Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, a norma della l. 28 aprile 2016 n. 57 (commento al d.leg. 13 luglio 2017 n. 116). *Guida al dir*., fasc. 37, p.19.

Santagada F. (2014). Il giudizio di appello riformato e l'introduzione del filtro. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 639.

Sassani B. (1996), Commento *sub* art. 113 c.p.c., in *Commentario alla riforma del processo civile* (a cura di Consolo, Luiso e Sassani), Milano: Giuffré, p. 64.

Servetti R. (2004). L'appello e il reclamo nella separazione e nel divorzio. *Lessico dir. famiglia*, fasc. 4, p. 91.

Spaccapelo C. (2007). Appello nei giudizi di separazione e divorzio e termini per le notificazioni. *Famiglia e dir.,* p. 269.

Tedoldi A. (2013). I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclastica" del 2012. *Riv. dir. proc.*, p. 145.

Tedoldi A. (2016). *L'appello civile*. Torino: Utet, p. 57.

Tiscini R. (2009). Commento agli art. 702 bis–ter–quater in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* (a cura di Saletti – Sassani),Torino: Utet, p. 230.

Tommaseo F. (2008). Appello in cause di divorzio, rito camerale e deduzioni probatorie, *Famiglia e dir*., p. 775.

Vaccarella R. (2013). Introduzione in *Le impugnazioni civili* (a cura di Luiso–Vaccarella), Torino: Utet, XXII.

Verde G. (2006). Contro l'equità necessaria del giudice di pace. *Riv. trim. dir. proc. civ.,*p. 745.

Zuliberti M. (2010). Note sull'impugnazione delle sentenze del giudice di pace rese secondo equità necessaria. *Riv. dir. proc.*, p. 310.

Zuliberti M. (2018). *Le impugnazioni delle decisioni equitative*. Torino: Giappichelli.

FRANCESCO SPORTA CAPUTI

LA PROCEDURA DI SOVRAINDEBITAMENTO EX LEGGE N. 3/2012: PROBLEMI INTERPRETATIVI APERTI E POSSIBILI SOLUZIONI ESEGETICHE*

ABSTRACT

La disciplina delle procedure di sovraindebitamento del debitore (civile e commerciale) non fallibile, contenuta nella legge n. 3/2012, si presenta lacunosa e poco chiara, ponendo all'interprete numerosi dubbi interpretativi di non facile soluzione.

Lo scopo del presente saggio è quello di individuare i problemi esegetici più delicati ed attuali messi in luce dall'applicazione pratica, segnalando possibili soluzioni interpretative individuate anche mediante il ricorso analogico/sistematico agli istituti regolati dalla legge fallimentare.

The rules of the procedure of agreement for over indebtedness, contained in the law n. 3/2012, are deficient and unclear, setting to the interpreter numerous interpretative doubts of not easy solution.

The purpose of the present essay is that to report the most relevant hermeneutic problems arising from the practical implementation, and to point out some possible interpretative solutions, also provided by the analogical/systematic implementation of the similar bankruptcy law principles.

PAROLE CHIAVE

Sovraindebitamento / problemi interpretativi / possibili soluzioni

Procedure of agreement for over indebtedness / hermeneutic problems / possible solutions

SOMMARIO: 1. La doverosa precisazione: l'individuazione del *dies a quo* della sospensione delle procedure esecutive (anche immobiliari) per effetto della presentazione della proposta di sovraindebitamento. – 2. Sul presupposto soggettivo di accesso alle procedure di sovraindebitamento: se l'imprenditore che ha cessato la propria attività da tempo e che ha debiti residui derivanti dall'attività d'impresa abbia o meno la qualifica

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco. Il testo riproduce, con l'aggiunta di note e riferimenti bibliografici, il contenuto di un intervento nel Convegno intitolato "Esecuzione immobiliare e sovraindebitamento: problemi aperti", svoltosi a Taranto il 30.05.2018 nell'ambito dell'attività di formazione continua professionale erogata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Taranto e dal Consiglio dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Taranto che hanno fornito il relativo patrocinio, su iniziativa dell'Associazione Forense Messapica, dell'Associazione Nazionale Forense "Lucio Tomassini", con il patrocinio altresì della Fondazione Scuola Forense Taranto.

di consumatore. – 3. Sul termine di durata massima quinquennale della proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento. – 4. Sull'applicazione del principio del concorso alle procedure di sovraindebitamento, sulla possibilità di non includere taluni creditori e sui riflessi sulla *par condicio creditorum*. – 5. Sulla (in)falcidiabilità del credito IVA e sull'applicazione analogico/sistematica dell'art. 182–ter L.F. dopo Corte di Giustizia CE, sent. 7 giugno 2016. – 6. Sulla portata applicativa della moratoria annuale ex art. 8, comma 4, legge n. 3/2012 e sul preteso pagamento integrale dei creditori muniti di cause legittime di prelazione.

Le riflessioni che seguono prendono spunto dall'esperienza derivante dall'applicazione della legge n. 3/2012 che, oltre ad essere di recente introduzione, è ancor di più recente applicazione pratica.

Come noto, la legge n. 3/2012 è un testo normativo che, stante la criticabile tecnica legislativa[1] che ne ha contraddistinto l'introduzione nell'ordinamento giuridico, pone numerosi interrogativi tanto di inquadramento teorico–sistematico quanto di applicazione pratico–operativa.

Il mio intervento si strutturerà dunque in una doverosa precisazione, in via di premessa, seguita poi dalla segnalazione di almeno cinque problemi interpretativi aperti, sui quali indicherò la mia proposta di soluzione, talvolta non allineata ai primi orientamenti della giurisprudenza fino ad ora formatasi.

1. In via di premessa, appare utile ricordare che la legge n. 3/2012 prevede due distinte procedure volte alla risoluzione di situazioni di sovraindebitamento di debitori civili o di debitori commerciali non fallibili (sono ricompresi anche gli imprenditori agricoli e le *start–up* innvovative regolate dal D.L. n. 178/2012, per i primi cinque anni di attività, poiché comunque sottratte nello stesso periodo alle procedure fallimentari *ex* RD n. 267/1942):

– la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento;

– la procedura di liquidazione del patrimonio del debitore.

Nell'ambito della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, la legge distingue tra due sub–procedure basate sulla proposta di un piano di composizione della crisi:

1. Quella espressa è ormai più che una critica puntuale, una consapevolezza acquisita e ricorrente della necessità primigenia dell'interprete di dedicare buona parte delle proprie energie alla ricostruzione ortopedica della lettera della norma, dalla quale poi trarre il significato proprio delle parole ai sensi dell'art. 12 disp. preliminari al Codice civile, con il rischio strisciante che una imperfezione nella prima porti a risultati "sorprendenti" del secondo.

a) l'accordo con i creditori *ex* art. 10 legge n. 3/2012 (riservato all'imprenditore commerciale non fallibile, all'imprenditore agricolo, al debitore civile);

b) il piano del consumatore *ex* art. 12–*bis* legge n. 3/2012 (riservato solo al debitore civile avente la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b) legge n. 3/2012.

Va in primo luogo sgombrato il campo da un equivoco piuttosto ricorrente: l'effetto della sospensione della procedura esecutiva in corso non è mai ricondotto dalla norma alla mera richiesta di nomina di un Gestore della crisi (cd. OCC), sia che la nomina venga chiesta al Presidente del Tribunale nell'ambito di un procedimento di Volontaria Giurisdizione, sia che la nomina venga richiesta ai responsabili degli Organismi di composizione della crisi istituiti dagli ordini professionali o da soggetti privati a ciò abilitati.

L'effetto della sospensione è ancorato dalla legge ad un momento successivo ed ulteriore, cioè quello in cui la proposta di composizione della crisi o anche l'alternativa liquidatoria del patrimonio risultano formalizzate e "asseverate" dal Gestore della crisi.

Difatti, per la procedura di accordo con i creditori, ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. c), la sospensione delle procedure esecutive in corso ed il divieto di iniziare nuove procedure esecutive o di attivare misure cautelari opera dalla data del decreto con il quale il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti, avendo verificato la sussistenza dei requisiti di cui agli artt. 7, 8 e 9 della proposta.

Il verbo "dispone" utilizzato dalla norma porterebbe a qualificare come una sorta di "atto dovuto" del Giudice delegato il provvedimento di sospensione delle procedure esecutive in corso.

Il tempo indicativo presente non lascerebbe dubbi circa la doverosità da parte del giudice dell'adozione di detto provvedimento sospensivo, così da lasciar ritenere che la proposta di accordo in possesso dei requisiti di legge, una volta iscritta a ruolo e corredata di tutta la documentazione richiesta e superato il vaglio di completezza da parte del giudice, debba portare quest'ultimo a disporre la sospensione delle procedure esecutive in corso, non concedendo la norma spazio per una decisione differente.

Per la procedura di piano del consumatore, ai sensi dell'art. 12–*bis*, comma 2, la sospensione delle procedure esecutive opera dalla data del decreto con il quale il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti, avendo verificato la sussistenza dei requisiti di cui agli artt. 7, 8 e 9 della proposta.

Per la procedura di piano del consumatore, tuttavia, la segnalata doverosità dell'adozione del provvedimento di sospensione sembrerebbe lasciare il passo alla facoltatività, stante il tenore letterale della norma.

Difatti, per il piano del consumatore

1) la sospensione è facoltativa, nel senso che è rimessa al libero apprezzamento del giudice, che può disporla quando accerti e si convinca che la prosecuzione delle procedure esecutive in corso possa pregiudicare la fattibilità del piano, ossia qualora accerti l'esistenza di un nesso di strumentalità avversa tra la prosecuzione dell'esecuzione e la fattibilità del piano, sulla base di un giudizio *ex ante* di tipo prognostico;

2) la sospensione, qualora concessa, riguarda solo quelle procedure esecutive ("*specifici procedimenti di esecuzione forzata*" dice la norma) la cui prosecuzione potrebbe pregiudicare la fattibilità del piano, potendo restare escluse dalla sospensione altre procedure esecutive che detti riflessi negativi non producono (sempre sulla base di un giudizio prognostico *ex ante* richiesto al giudice).

In merito alla procedura di liquidazione del patrimonio, ai sensi dell'art. 14 *quinquies*, comma 2, lett. b), la sospensione delle procedure esecutive in corso ed il divieto di iniziare nuove procedure esecutive o di attivare misure cautelari opera dalla data del decreto con il quale il giudice dichiara aperta la procedura di liquidazione, avendo verificato la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 14–*ter* della domanda. Anche per questa procedura sembrerebbe sussistere la doverosità dell'adozione del provvedimento di sospensione delle procedure esecutive.

2. Un primo problema interpretativo concerne l'esatta delimitazione del presupposto soggettivo di accesso alle procedure di sovraindebitamento in relazione alla qualifica di "consumatore".

Si consideri il caso di un soggetto che ha cessato la propria attività d'impresa da oltre un decennio e che si venga a trovare in una situazione di sovraindebitamento *ex* art. 6 legge n. 3/2012 a causa di debiti contratti successivamente alla cessazione dell'attività d'impresa, oltre che a causa di debiti fiscali per IVA e contributi derivanti dall'attività d'impresa ancora pendenti, risultanti da Cartelle di pagamento emesse dal concessionario della riscossione.

L'interrogativo è se questo soggetto, non più imprenditore al momento della presentazione del ricorso per accesso alla procedura di sovraindebitamento, possa qualificarsi come "consumatore" e quindi accedere allo strumento previsto dall'art. 12–*bis*, oppure mantenga la qualità di imprenditore in virtù della pendenza di alcuni debiti d'impresa e possa accedere solo allo strumento dell'accordo con i creditori *ex* art. 10.

Stando alla lettera della norma, il soggetto non avrebbe la qualifica di "consumatore" e dovrebbe dunque accedere solo alla procedura di accordo con i creditori *ex* artt. 8 e 10 legge n. 3/2012.

Accedendo a questa interpretazione letterale, il sovraindebitato proponente

sarebbe obbligato a depositare le scritture contabili degli ultimi tre anni, con attestazione della conformità all'originale.

Tuttavia, va notato che

a) sul piano della coerenza logico–sistematica

– l'ossequio formale della lettera della norma porterebbe al deposito delle scritture contabili degli ultimi tre anni di attività, ossia di un periodo antecedente di oltre un decennio (nell'esempio fatto) rispetto al momento di richiesta di accesso alla procedura di sovraindebitamento;

– atteso che il deposito delle scritture contabili, in tutte le procedure concorsuali, sia *ex* RD n. 267/1942 sia *ex* legge n. 3/2012, ha lo scopo di illustrare la consistenza qualitativa e quantitativa del patrimonio del soggetto interessato ai fini della stima delle prospettive di soddisfazione dei creditori, è lecito chiedersi quale valore informativo e segnaletico possano avere le scritture contabili riferite ad un decennio antecedente al momento di accesso alla procedura di sovraindebitamento nella forma dell'accordo con i creditori, e quali informazioni attuali si possano trarre circa l'esistenza e l'ammontare dei debiti;

b) sul piano della interpretazione letterale della norma

– l'art. 9, comma 3, legge n. 3/2012 utilizza l'indicativo presente «l'imprenditore che svolge attività d'impresa», il che postula in maniera inequivoca il requisito dell'attualità dello svolgimento dell'attività d'impresa; il che contrasta quindi con la figura presa in considerazione nell'esempio fatto di un imprenditore che ha cessato la propria attività ormai da un decennio;

– da ultimo, l'art. 12–*bis*, comma 3, legge n. 3/2012 così si esprime riguardo all'ampiezza del sindacato del giudice delegato in fase di omologa del piano del consumatore: «Verificata la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo, ...». I crediti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo sono i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, l'IVA e le ritenute operate e non versate.

In altri termini, è lo stesso legislatore che espressamente prevede che il giudice delegato possa omologare un piano del consumatore purché questo assicuri il pagamento integrale dell'IVA (ma su questo tema, si rinvia al par. 5) ed è giocoforza concludere che un piano del consumatore può contemplare un debito IVA solo se questo debito sia un residuo della ormai cessata attività d'impresa un tempo svolta dall'attuale "consumatore" il quale, accanto al debito IVA ormai storico, ha aggiunto debiti contratti per la sua esistenza "civile", al di fuori di qualsiasi collegamento oggettivo–funzionale con un'attività d'impresa.

Si tratta, a mio avviso, di conclusione piana, suffragata dal dato letterale, scevra da ogni tipo di sofisticata tecnica esegetica che tenda a sfumare la evidente con-

traddizione letterale dell'art. 12–*bis*, comma 3, con la nozione di "consumatore" di cui all'art. 6, comma 2, lett. b), legge n. 3/2012 sulla scorta di una ritenuta coerenza logica della legge e di una "impellente" interpretazione sistematica delle norme.

A mio avviso, quella che appare ai più una contraddizione da attribuire alla sciatteria legislativa ormai da tutti denunciata nell'ultimo decennio è invece una chiara soluzione offerta dalla lettera della norma per il caso in esame di soggetto ora "consumatore" che ha cessato la propria attività di impresa e che ha debiti tributari residui.

A me pare, dunque, che l'ossequio formale della norma conduca ad un risultato pratico–operativo illogico, scarsamente utile e, soprattutto, lontano dalla finalità della legge n. 3/2012.

D'altro canto, l'accesso dell'*ex* imprenditore alla procedura del piano del consumatore, piuttosto che apparire, come *prima facie* si è indotti a pensare, una violazione (o forzatura) della norma, gravida di ricadute negative sul ceto creditorio, finisce invece per assicurare a quest'ultimo maggiori tutele, atteso che:

a) nella procedura di piano del consumatore, la fase concordataria con il ceto creditorio è sostituita dalla previsione di un documento ulteriore, la relazione particolareggiata dell'OCC *ex* art. 9, comma 3–*bis*, legge n. 3/2012, che scandaglia le ragioni del sovraindebitamento, nell'ottica della valutazione della meritevolezza del debitore rispetto all'accesso alla procedura, (la norma richiede «l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni»), le ragioni della incapacità di adempiere, ed esprime poi un giudizio sulla completezza della documentazione presentata nonché sull'attuabilità e fattibilità del piano e sulla sua convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria;

b) nella procedura di piano del consumatore, il carattere giurisdizionale del procedimento è ancora più spiccato rispetto all'accordo con i creditori.

Difatti, nell'accordo con i creditori, il giudice delegato è chiamato alla mera omologazione dell'accordo raggiunto tra il sovraindebitato ed il ceto creditorio, una volta verificato il rispetto dei requisiti minimi di soddisfazione dei crediti previsti dall'art. 7 e valutata la convenienza della proposta in termini di trattamento del creditore dissenziente rispetto al soddisfacimento assicurato dall'alternativa liquidatoria (cfr. art. 12).

Nel piano del consumatore, il sindacato del giudice delegato è estremamente ampio, atteso che, per colmare il difetto di una fase pattizia tra il ceto creditorio ed il sovraindebitato, l'art. 12–*bis*, comma 3 prevede che il giudice:

1) verifica la fattibilità del piano: si tratta di una fattibilità da intendere in senso tecnico finanziario e contabile e non solo formale e giuridico;

2) verifica l'idoneità del piano al soddisfacimento dei crediti impignorabili *ex* art. 545 cpc e dei crediti *ex* art. 7, comma 1, terzo periodo, legge n. 3/2012;

3) verifica la meritevolezza del sovraindebitato, ossia che questi non abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere;

4) verifica che il sovraindebitato non abbia colposamente provocato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

In altri termini, nel piano del consumatore vi sono maggiori garanzie procedurali poste a tutela, oltre che del sovraindebitato "onesto, ma sfortunato", soprattutto del ceto creditorio, al quale il legislatore impone un sacrificio solo in casi di reale necessità e di imprevedibilità del sovraindebitamento.

Aperture impreviste nel senso della conclusione da me caldeggiata (della ricostruzione ampia del perimetro del "consumatore"), si colgono in una delle pochissime pronunce di legittimità ad oggi conosciute in tema di sovraindebitamento.

In Cass. civ., sent. 01.02.2016, n. 1869[2], in merito al presupposto soggettivo ed alla qualità di consumatore nella legge n. 3/2012, il Supremo collegio così si è pronunciato:

> Ritiene conclusivamente il Collegio, esprimendo il principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, che, ai sensi della L. 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l'art. 6, comma 2, lett. b), una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta di piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui alla L. n. 3 del 2012, art. 12 bis, comma 3.

3. Altro problema aperto, che sovente condiziona l'omologabilità di un piano del consumatore o di un accordo con i creditori, concerne la durata massima del piano.

2. In www.ilcaso.it , Sez. Giurisprudenza, 14147 – pubb. 10/02/2016.

Nonostante sul punto il dato normativo nulla preveda, è ormai diffuso (e purtroppo acriticamente seguito) l'orientamento della giurisprudenza (formatosi in materia mutuando gli omologhi principi di diritto elaborati in tema di concordato preventivo) di individuare quale durata massima del piano di ristrutturazione della crisi da sovraindebitamento il quinquennio. L'orizzonte temporale quinquennale è ritenuto il giusto compromesso tra le esigenze del debitore sovraindebitato e gli interessi, contrapposti ma altrettanto meritevoli di tutela, del ceto creditorio, i cui sacrifici devono essere contenuti nel tempo. Andando oltre nel tempo, il delicato equilibrio verrebbe alterato, conducendo alla non omologabilità della proposta di sovraindebitamento.

Fra i primi tribunali a pronunciarsi in tal senso, va ricordato il Trib. di Rovigo, decr. 13 dicembre 2016[3] che ha testualmente previsto che

> Benché la legge n. 3 del 2012 non ponga alcun limite temporale alla durata del piano del consumatore, può validamente applicarsi il limite temporale quinquennale individuato dalla giurisprudenza con riferimento alla durata del piano di concordato preventivo, soluzione da interpretarsi con particolare rigore in considerazione della natura sostanzialmente coattiva del piano del consumatore, ove i creditori non possono votare ed esprimere il proprio consenso o dissenso sulla proposta del debitore.

Va osservato che questo criterio ha una sua logica ed una giustificazione, anche sul piano strettamente economico–commerciale, nella procedura di concordato preventivo, dove il soggetto proponente è un imprenditore commerciale medio–grande ed il dinamismo dell'attività imprenditoriale e l'orizzonte temporale di riferimento dell'attività di impresa ben si conciliano con il quinquennio. Anzi, in termini più strettamente aziendali, è ritenuto congruo ed aderente alla realtà economica un orizzonte temporale previsionale di massimo 3 anni, superato il quale le stime economiche diventa molto più opinabili ed incerte.

La descritta dinamica aziendale e, di riflesso, l'orizzonte temporale di riferimento dei tre/cinque anni, non si riscontrano, nel piano del consumatore, ove la composizione qualitativa dei debiti contratti dal consumatore depone per una maggiore staticità e per un minore dinamismo dei flussi finanziari in entrata ed in uscita. Il che si traduce in un allungamento dell'orizzonte temporale di riferimento caratterizzato da maggiore attendibilità delle previsioni dei flussi finanziari.

A conferma del fatto che il riferito orientamento giurisprudenziale è solo diffuso, ma non ancora (per fortuna) consolidato, basti aver riguardo ad altre pronunce di merito di segno opposto.

3. In www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 16453 – pubb. 22/12/2016.

Il Trib. di Reggio Emilia, decr. 18 novembre 2016[4], ha difatti omologato un piano del consumatore con durata di 16 anni e 8 mesi. Il piano prevede il pagamento integrale dei crediti prededucibili, mentre i crediti privilegiati (credito per mutuo ipotecario) sono soddisfatti nella misura del 40% ed i crediti chirografari nella misura del 20%, mediante il pagamento di n. 190 rate mensili crescenti a decorrere dal primo anno successivo all'omologa del piano, fino al raggiungimento di un importo pari al valore di stima di € 85.000,00 dell'unico immobile posseduto dal sovraindebitato.

Ancora, nello stesso periodo, il Trib. di Napoli Nord, sez. III civile, decr. 05 dicembre 2016[5], ha omologato un piano del consumatore avente durata di 120 mesi.

Il provvedimento si presenta molto articolato ed ampiamente motivato, anche su altri punti problematici della normativa in commento che saranno trattati più avanti, e così testualmente prevede

– considerato che la proposta prevede il pagamento del 57% del debito ipotecario nei confronti di C. e del 20% del debito chirografario nei confronti dell'Agente della riscossione, nonché il pagamento integrale delle spese di giustizia (avendo l'avv. Lippiello rinunciato al proprio compenso), prevedendo una moratoria fino al 20 marzo 2018 (e quindi nel rispetto del disposto dell'art. 8 co. 4 L. n. 3 del 2012) per il pagamento nei confronti di C.. In particolare sono previste n. 120 rate mensili da Euro 739,16;
– rilevato che tale proposta appare un accettabile punto di equilibrio fra il diritto dei creditori a trovare soddisfazione e la necessità, insita nella ratio della procedura, di garantire al consumatore e al suo nucleo familiare un dignitoso tenore di vita;
– ritenuto che la durata complessiva del piano, pari a 120 mesi, seppure riguardi un periodo di tempo rilevante e non trascurabile, appare comunque accettabile e ragionevole in considerazione non solo della situazione personale e patrimoniale dell'istante e della sua capacità di adempimento, ma anche del fatto che esso è stato oggetto di riduzione con l'integrazione al piano depositata in data 28.11.2017 e sollecitata da questo Giudice;
– ritenuto infine nonostante l'opposizione di C. e dell'Agenzia delle Entrate, questo giudice ritiene di poter comunque omologare il presente piano e ciò perché i relativi crediti possono plausibilmente essere soddisfatti dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria: infatti dalla stima depositata in atti e favorevolmente valutata dall'OCC, il valore dell'immobile è stato stimato in Euro 80.000. Orbene tenendo conto di tale valore, della circostanza che solitamente nelle procedure esecutive il valore dell'offerta minima è fissato nel 75% del prezzo base, del fatto che molto spesso si perviene ad aggiudicazione dopo diversi tentativi di vendita (con conseguenti ribassi) e della tempistica dilatata delle procedure esecutive, il valore di Euro 76.882,44 pagato a C. in ossequio del piano appare con ogni probabilità maggiore rispetto all'eventuale ricavato della vendita coattiva.

4. In www.ilcaso.it , Sez. Giurisprudenza, 16320 – pubb. 02/12/2016.
5. In http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/18679.pdf.

Ne deriva che l'acritica applicazione del limite massimo di cinque anni alla durata del piano di ristrutturazione del debito e di composizione della crisi da sovraindebitamento va adeguatamente criticata e respinta, purché vi siano valide ragioni in fatto ed in diritto per spostare più avanti nel tempo il punto di equilibrio fra i contrapposti interessi del debitore e del ceto creditorio.

4. Altro problema aperto, ampiamente dibattuto in dottrina e tendenzialmente risolto in senso positivo[6], concerne la natura concorsuale delle procedure di sovraindebitamento e la conseguente applicazione analogica del principio del concorso di matrice fallimentare.

La natura concorsuale delle procedure di sovraindebitamento è esplicitamente riconosciuta dall'art. 6 legge n. 3/2012 che, nell'ambito delle definizioni, così si esprime: «Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo».

L'art. 7, comma 2, lett. a) legge n. 3/2012 di nuovo prevede:

«La proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore:

a) è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo».

La natura concorsuale delle procedure di sovraindebitamento comporta dunque l'applicazione alle stesse, almeno in via analogica, degli effetti dell'apertura del concorso dei creditori nella fase di soddisfazione sul patrimonio del debitore, qualora la legge n. 3/2012 nulla preveda sul punto.

I noti principi di matrice fallimentare, applicabili a tutte le procedure aventi natura concorsuale, sono enunciati dagli artt. 51–52 L.F., talvolta trasposti espressamente nella legge n. 3/2012, talaltra no. Essi sono:

– il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali ed azioni cautelari sui beni oggetto della procedura (art. 51 L.F.; art. 10, comma 2, lett. c), legge n. 3/2012; art. 12–*bis*, comma 2, legge n. 3/2012; art. 14–*quinquies*, comma 2, lett. b), legge n. 3/2012);

– il concorso di tutti i creditori nella soddisfazione sui beni del debitore, di modo che i creditori non possono più agire individualmente, ma devono far valere le proprie ragioni nell'ambito della procedura concorsuale prescelta (art. 52 L.F.);

– la piena operatività della *par condicio creditorum* ex art. 2741 c.c., fatte salve le cause legittime di prelazione (privilegio, ipoteca, pegno);

6. Sulla natura concorsuale della procedura Maimeri, 2013, pag. 199 ss.; Fortunato S., 2013, 1 ss.; Manente, 2013, 563–568; Caterino, 2013, 1 ss.

– la sospensione del corso degli interessi sui crediti pecuniari (art. 55 L.F., art. 9, comma 3–*quater*, legge n. 3/2012; art. 14–*ter*, comma 7, legge n. 3/2012) e la scadenza di tutti i debiti alla data della dichiarazione di fallimento (art. 55, co. 2 e 59 L.F.);

– la vincolatività dell'accordo raggiunto ed omologato per tutti i creditori individuati dalla procedura con causa anteriore all'apertura della stessa (art. 184 e art. 182–*bis*; art. 12, comma 3, legge n. 3/2012; art. 12–*ter*, comma 2, legge n. 3/2012);

– la dettagliata regolamentazione della fase di accertamento del passivo (art. 92 ss. L.F. art. 14–*septies* e 14–*octies* legge n. 3/2012).

Se dunque le procedure di cui alla legge n. 3/2012 sono procedure concorsuali "diverse" ed applicano i principi del concorso di matrice fallimentare, non dovrebbe essere possibile escludere dalle regole del concorso uno o più creditori, peraltro di rango chirografario, assicurandone la soddisfazione integrale, e prevedere di converso percentuali elevate di falcidia nei confronti di altri creditori, magari di rango ipotecario e privilegiato.

Purtroppo a tali soluzioni sono approdati taluni tribunali di merito, probabilmente a causa dell'incertezza legata alla prima applicazione della lacunosa legge n. 3/2012.

In particolare, il Trib. di Ascoli Piceno, decr. 03 aprile 2014[7], di omologazione del piano del consumatore, ha chiaramente affermato che nell'ambito del piano del consumatore non è previsto il rispetto della *par condicio creditorum*. Non è dato comprendere, tuttavia, quale sia stato l'iter logico–giuridico che ha portato il giudicante all'esposta conclusione.

Va altresì segnalata, sempre in tema di disapplicazione (invero, assiomatica) della *par condicio creditorum* al piano del consumatore, la recente decisione del Trib. di Taranto, decr. 2 maggio 2017[8], di omologazione di un accordo con i creditori.

Il provvedimento richiamato ha omologato l'accordo con i creditori ammettendo che fosse di fatto escluso dall'accordo, e dal relativo pagamento rateale, il debito verso la banca, saldato secondo l'originario piano di ammortamento.

Più nel dettaglio, il contenuto dell'accordo omologato è il seguente. Il credito vantato da una finanziaria, di rango chirografario, è stato escluso dall'accordo e dal relativo voto, poiché soddisfatto nella misura del 100%, secondo l'originario piano di ammortamento accordato al debitore. Il credito vantato dall'INPS per contributi I.V.S. coltivatori diretti e I.V.S. operai a tempo determinato, assistito invece da privilegio *ex* art. 2778, n. 1), c.c., è stato oggetto dell'accordo con i creditori con previsione di soddisfazione nella misura del 44% ed entro il termine di cinque

7. In www.ilcaso.it , Sez. Giurisprudenza, 13731 – pubb. 26/11/2015.

8. Il provvedimento citato non è ancora edito.

anni, con mantenimento dell'ipoteca legale sull'unico immobile di proprietà del sovraindebitato durante la fase di attuazione dell'accordo.

Nelle due pronunce di merito richiamate, mi pare evidente che l'attenzione per la risoluzione dei nuovi problemi interpretativi posti dalla legge n. 3/2012, quali quello della durata del piano di composizione e quello della portata della moratoria *ex* art. 8, comma 4, legge n. 3/2012 (sul quale si rinvia *infra* al par. 6), abbia infine portato alla violazione delle regole sul concorso dei creditori nelle procedure concorsuali, con buona pace della *par condicio creditorum* pure recata da una norma generale qual è l'art. 2741 c.c.

5. Altro problema aperto in materia di sovraindebitamento concerne il trattamento del credito IVA e per ritenute nell'ambito del piano di ristrutturazione del debito.

L'art. 7, comma 1, terzo periodo, della legge n. 3/2012 prevede testualmente: «In ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento»

La norma sancisce in altre parole il principio dell'infalcidiabilità del credito IVA sulla base del medesimo principio enunciato dall'art. 182–*ter* L.F. in materia di transazione fiscale, nel testo *ratione temporis* vigente; era garantita così al momento dell'emanazione della legge n. 3/2012 una coerenza di sistema del trattamento concordatario (e concorsuale) del credito IVA.

Tuttavia, in materia di transazione fiscale *ex* art. 182–*ter* L.F., il fermento interpretativo è stato ampio e persistente. Dopo un lungo travaglio giurisprudenziale, sia di merito, sia di legittimità, sia costituzionale, che teneva conto della posizione di totale chiusura da parte dell'Amministrazione finanziaria e del legislatore – posizione fondata sul carattere comunitario dell'IVA e sulla destinazione "comunitaria" di parte del suo gettito che si riteneva ne imponesse dunque l'intangibilità a livello nazionale[9] – la Corte di Giustizia UE, investita della questione pregiudiziale sollevata dai giudici di merito italiani, nell'esercizio della esclusiva funzione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, nella nota sent. Corte di Giustizia UE del 7 aprile 2016, Causa C–546–14[10], ha affermato che le norme del Trattato UE e delle direttive non ostano ad una soddisfazione parziale del credito IVA,

9. Sulla lunga elaborazione legislativa e sui rilevanti problemi interpretativi di carattere sistematico sollevati dall'art. 182–*ter* si consentito rinviare a Sporta Caputi, 2013, 674 ss.

10. In www.curia.europa.eu, 2016; *Foro it.*, 2016, IV, 263, con nota di Fabiani M. e Perrino; *Riv. dir. trib.*, 2016, IV, 61, con nota di Albano; *Riv. giur. trib.*, 2016, 465, con nota di Antonelli; Giur. comm., 2017, II, 324, con nota di De Quattro; *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 979, con nota di Ariatti; *Corr. trib.*, 2016, 1555, con nota di Ficari; *Boll. trib.*, 2016, 890, con nota di Russo; *Riv. dott. comm.*, 2016, 331.

quando si dimostri che tale credito non avrebbe un trattamento migliore nella prospettiva liquidatoria del fallimento.

In virtù di tale apertura comunitaria, con l'art. 1, comma 8, legge 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017), il legislatore ha modificato, per quanto di ragione, l'art. 182–*ter*, eliminando il divieto di falcidia IVA e consentendone, di converso, il pagamento in falcidia purché venga assicurato un trattamento non inferiore a quello assicurato dal ricavato in caso di liquidazione del bene mobile sul quale insiste il privilegio del credito IVA, avuto riguardo al valore di mercato dello stesso bene.

Lo stesso principio della falcidiabilità dell'IVA è stato poi esteso in via interpretativa dalla giurisprudenza di merito (Trib. Milano decr. 29/12/2016[11]) anche al credito per ritenute operate e non versate, pure qualificato come intangibile dal richiamato art. 182–*ter*.

In ragione di tale evoluzione normativa ed interpretativa registrata sull'art. 182–*ter*, si è però venuta a creare la situazione paradossale per cui il credito per IVA e per ritenute operate e non versate è falcidiabile nell'ambito della transazione fiscale di matrice fallimentare, mentre resterebbe intangibile nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento *ex* art. 7 legge n. 3/2012, come eccepito costantemente e con convinzione dall'Agenzia delle entrate[12].

Invero, stante l'*eadem ratio* della procedura concordataria di matrice fallimentare e di quella del sovraindebitamento, entrambe qualificabili come strumenti pattizi di risoluzione della crisi (anche da sovraindebitamento), una interpretazione evolutiva e, soprattutto, costituzionalmente orientata, suggerisce, a mio avviso, di interpretare il divieto di falcidia IVA e ritenute posto dall'art. 7 legge n. 3/2012 come un divieto ormai depotenziato di forza cogente alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e legislativa registrata sull'art. 182–*ter* e sull'omologo divieto ormai caduto. Ciò anche tenuto conto della notazione per cui il divieto di falcidia del credito IVA di cui all'art. 7 della legge n. 3/2012 era stato modellato sul corrispondente divieto previsto in materia di transazione fiscale, come indicato altresì nella relazione ministeriale di accompagnamento della stessa legge n. 3/2012.

Una pronuncia di merito (Trib. Pistoia, decr. 26 Aprile 2017[13] di dichiarazione di apertura della procedura di accordo con i creditori e di fissazione udienza), è giunta di recente al medesimo risultato facendo leva su un altro principio, quello del primato del diritto comunitario, affermando la disapplicazione delle regole e dei divieti nazionali previsti dall'art. 7 della legge n. 3/2012 poiché in contra-

11. In www.ilcaso.it , Sez. Giurisprudenza, 16513 – pubb. 13/01/2017.
12. Cfr. Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 19/E del 6 maggio 2015.
13. In www.ilcaso.it , Sez. Giurisprudenza, 17339 – pubb. 26/05/2017.

sto con il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di Giustizia, sent. 07/04/2016, Causa C–546–14 in relazione all'art. 182–*ter* L.F. e proponendo, così, una interpretazione dell'art. 7 conforme al diritto comunitario.

Per questa via, afferma il Giudice di merito citato, si può giungere ad affermare che l'art. 7 replica in maniera neutrale la regola comunitaria secondo la quale lo Stato membro ha l'obbligo di garantire il prelievo integrale dell'IVA, mentre non replica la norma derivata che prevede l'obbligo dello Stato membro di assicurare comunque il miglior prelievo possibile, tenuto conto delle situazioni del singolo caso.

Da ultimo, il Trib. di Udine, ord. 4 maggio 2018[14], ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 7, comma 1, terzo periodo, della legge n. 3/2012 per contrasto con l'art. 3 Cost., considerato il diverso trattamento del credito IVA previsto dall'art. 182–*ter* L.F.

6. L'ultimo dei problemi aperti oggetto di analisi concerne l'esatta delimitazione della portata applicativa della moratoria annuale dei pagamenti *ex* art. 8, comma 4, legge n. 3/2018.

Il tema, oltre che rilevante sul piano dogmatico, è di cruciale rilevanza pratica ai fini della sostenibilità della proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento. Ciò soprattutto alla luce dell'orientamento di una parte della giurisprudenza che ha ritenuto di scorgere nella lettera della norma una sorta di automatismo tra la richiesta di moratoria *ex* art. 8, comma 4 ed il conseguente obbligo di integrale pagamento dei crediti muniti di causa legittima di prelazione.

In base a detto automatismo, qualora il sovraindebitato chieda la moratoria annuale sui pagamenti dei crediti muniti di cause legittime di prelazione, egli si impegnerebbe automaticamente al pagamento integrale ed istantaneo di detti crediti alla scadenza dell'anno di moratoria; nessuna falcidia sarebbe in tal caso ammissibile su detti crediti.

L'art. 8, comma 4 della legge n. 3/2012 espressamente prevede «La proposta di accordo con continuazione dell'attività d'impresa e il piano del consumatore possono prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione».

Sul punto si è recentemente espressa la giurisprudenza di legittimità, enunciando un principio di diritto che non brilla certo per chiarezza e semplicità; la Cass. civ., Sez. I, Sent., 23–02–2018, n. 4451[15] ha testualmente affermato quanto segue:

14. In https://www.unijuris.it/node/4101 .

15. In https://www.unijuris.it/node/3988 .

> Il primo motivo di ricorso assume che il provvedimento impugnato ha errato nel ritenere che il termine dilatorio fissato dalla norma dell'art. 8, comma 4 Legge – per cui il piano può "prevedere una moratoria fino a un anno dall'omologazione" per il pagamento dei creditori privilegiati – sia "tassativo e non possa essere derogato".
> Il motivo è infondato.
> Come correttamente ha rilevato la decisione del Tribunale di Asti, il termine fissato dalla norma ha natura non processuale, ma sostanziale. La possibilità di moratoria, che risulta concessa dalla legge, viene d'altro canto a incidere sulla struttura del rapporto obbligatorio, differendo il termine di esigibilità e di adempimento della relativa prestazione.
> [...]
> Del resto, l'indisponibilità del termine di cui all'art. 8, comma 4, per differimenti di durata ultrannuale si manifesta propriamente coerente con il regime vigente per il concordato preventivo, per il quale "la regola generale... del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione, in caso di concordato c.d. "liquidativo") equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi "normali", con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti" (cfr. Cass., 9 maggio 2014, n. 10112).

In verità, del tutto apodittica appare l'affermazione della pretesa natura sostanziale, in luogo di quella processuale, del termine annuale di moratoria recato dall'art. 8, comma 4, della legge n. 3/2012.

A me pare, di converso, che la natura puramente processuale (o, meglio, procedurale) del termine in parola sia *in re ipsa*, se solo si ponga mente al fatto che detto termine (di moratoria dei pagamenti) è previsto da una norma che regola un procedimento particolare, quello di sovraindebitamento, volto a comporre secondo regole "speciali" una situazione di crisi.

La natura processuale del termine di moratoria *ex* art. 8, comma 4 è poi ulteriormente desumibile dal fatto lo stesso termine dilatorio sarà *tamquam non esset* nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento o di annullamento della proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento. In tali situazioni patologiche, i rapporti obbligatori originari rivivono, in virtù dell'efficacia retroattiva della risoluzione o dell'annullamento del piano, conformemente ai principi del diritto comune dei contratti, indubbiamente applicabili *ratione materiae* agli accordi perfezionati nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento.

Sostenere la natura sostanziale del termine di moratoria, come ha fatto apoditticamente il giudice di legittimità, significa escludere l'applicazione dell'efficacia *ex tunc* della risoluzione per inadempimento o dell'annullamento di un piano di risanamento: il che mi pare troppo.

Tuttavia, il principio di diritto appena riferito è stato prontamente applicato dai

giudici di merito. Il Trib. di Taranto, decr. 26 aprile 2018, di omologa di un piano del consumatore si è così pronunciato:

> ritenuto, quanto alla proposta dilazione – quinquennale – della moratoria legale prevista dall'art. 8 co. 4, L n. 3/12 per il pagamento – al più entro l'anno dall'omologazione – dei creditori privilegiati, che la natura sostanziale (e non processuale) di tale termine annuale (da ritenere tale in ragione della relativa incidenza sulla stessa struttura del rapporto obbligatorio a motivo dell'indotto differimento del termine di esigibilità e di adempimento della prestazione) esige che l'eventuale, ulteriore dilazione ultrannuale della moratoria legale sia sorretta dall'espresso consenso manifestato dal creditore interessato (cfr., in termini, Cass., 23 febbraio 2018, n. 4451).

La lettura proposta, come già anticipato, non convince: moratoria di un anno, secondo l'interpretazione letterale, significa sospensione di ogni attività e di ogni pagamento per un anno, ossia spostamento *ex lege* del termine di esigibilità del credito. Terminato l'anno di moratoria, il credito privilegiato diviene di nuovo esigibile e, soprattutto, rimesso alle possibili soluzioni di soddisfacimento prospettabili con il piano del consumatore o con l'accordo.

Il comma 4 in commento non prevede, né esplicitamente né implicitamente, l'obbligo di pagamento integrale dei crediti muniti di causa legittima di prelazione al termine del periodo di moratoria annuale; l'automatismo (presunto dalle riferite pronunce giurisprudenziali) tra richiesta di moratoria e pagamento integrale dei crediti privilegiati al termine della stessa non si scorge nella lettera della norma.

Così come la stessa lettera della norma non lascia ritenere da nessuna parte che il termine di moratoria annuale sia termine essenziale, come tale incidente sulla struttura stessa del rapporto obbligatorio, come invece sostenuto apoditticamente da Cass. civ., sent. n. 4451/2018.

Forse la riferita interpretazione giurisprudenziale muove dalla convinzione dell'esistenza di una sorta di "corrispettività" tra la moratoria annuale (ed il conseguente vantaggio "dilatorio" del pagamento offerto al debitore), da un lato, ed il pagamento del credito offerto in misura integrale ai creditori dopo un anno di attesa, dall'altro. In altri termini, il sacrificio imposto dell'attesa sarebbe ripagato con la soddisfazione integrale del credito munito di causa legittima di prelazione.

Ma anche il preteso sinallagma tra dilazione temporale (annuale) di pagamento e misura della soddisfazione (integrale) del credito non è previsto e nemmeno evocato in forma implicita dal richiamato art. 8, comma 4, legge n. 3/2012.

Piuttosto (e nel senso della natura meramente processuale di detto termine), va notato che a mente dell'art. 11, comma 4, legge n. 3/2012, l'accordo con i creditori non determina la novazione dell'obbligazione, salvo che sia espressamente pattuito.

La tesi giurisprudenziale della pretesa natura sostanziale del termine annuale di moratoria cozza dunque con lo stesso dato positivo dell'art. 11, comma 4, che, fra l'altro, sembrerebbe esprimere un principio di portata generale valido per tutte le procedure di sovraindebitamento e non solo per l'accordo con i creditori, a differenza dell'art. 8, comma 4, circoscritto nel suo ambito oggettivo di applicazione solo al piano del consumatore ed all'accordo con i creditori con continuazione dell'attività d'impresa.

Il tenore della norma in commento depone, a mio avviso, per la natura puramente processuale e per la valenza esclusivamente endoprocedimentale del termine di moratoria annuale, valido dunque ai soli fini della procedura di sovraindebitamento, coerentemente con gli analoghi principi già ampiamente invalsi nell'ambito delle procedure concordatarie ex RD n. 267/1942.

La pretesa natura sostanziale del termine annuale di moratoria proposta dalla riferita giurisprudenza ed il conseguente obbligo di integrale pagamento dei crediti privilegiati al termine della moratoria imporrebbero, altrimenti, un sacrificio troppo pesante per il sovraindebitato, non sostenibile anche dopo un anno di moratoria, e soprattutto in contrasto con la *ratio* dell'intera legge che è quella di consentire al sovraindebitato di risolvere "lecitamente" la sua situazione di forte insolvenza e di forte squilibrio patrimoniale.

Inoltre, interpretare l'art. 8, comma 4 come una norma che obbliga al pagamento integrale dei crediti privilegiati dopo l'anno di moratoria porterebbe a negare l'operatività anche dell'art. 7 che invece, con portata generale, ne sancisce la loro falcidiabilità, purché sia assicurato un trattamento non inferiore a quello realizzabile sul ricavato della vendita del bene sul quale insiste la causa legittima di prelazione.

Va infine osservato che prima della pronuncia di Cass. civ. sent. n. 4451/2018, alcuni tribunali, pur senza prendere espressa posizione circa la natura giuridica del temine in parola, avevano interpretato nel senso qui sostenuto l'art. 8, comma 4, legge n. 3/2012, ritenendo comunque che i crediti assistiti da cause legittime di prelazione ed oggetto della moratoria annuale fossero pagabili in maniera rateale spirato il periodo di moratoria. Tra questi, il Trib. di Reggio Emilia, con decr. 18 novembre 2016 già dinanzi citato, ha omologato un piano del consumatore con durata di 16 anni e 8 mesi che prevede il pagamento integrale dei crediti prededucibili, il pagamento nella misura del 40% dei crediti privilegiati (credito per mutuo ipotecario) e nella misura del 20% dei crediti chirografari, mediante n. 190 rate mensili crescenti a decorrere dal primo anno successivo all'omologa del piano.

Ancora, nello stesso periodo, il Trib. di Napoli Nord, sez. III civile, decr. 05 dicembre 2016 già dinanzi citato, ha omologato un piano del consumatore avente

durata di 120 mesi, ossia 10 anni, con pagamento nella misura del 57% del credito ipotecario e nella misura del 20% del credito chirografario nei confronti dell'Agenzia delle entrate, oltre al pagamento integrale delle spese di giustizia, decorso il termine annuale della moratoria ex art. 8, comma 4, legge n. 3/2012.

Da ultimo, il Trib. Taranto, decr. collegiale 2 maggio 2017 di omologa di accordo con i creditori, ha così previsto

> ritiene il Collegio, modificando il proprio precedente orientamento, che la previsione della possibilità di inserire nel piano scadenze e modalità di pagamento, senza distinzione espressa fra crediti chirografari e privilegiati e la stessa possibilità di prevedere dilazioni per crediti pubblicistici, quali i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, l'i.v.a. [...], inducano ad interpretare la disposizione contenuta nell'art. 8, comma 4, in senso non ostativo alla proposta di rateizzazione del pagamento dei creditori privilegiata (purché si rispetti l'ulteriore limite della durate del piano di cui si dirà oltre), intendendo la "moratoria" quale facoltà di sospensione dei pagamenti per un anno prima dell'inizio del pagamento rateizzato.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Aa. Vv. (2012). *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Di Marzio F., Macario, Terranova G. (a cura di), Milano: Giuffrè

Aa. Vv. (2013). *La «nuova» composizione della crisi da sovraindebitamento*, Di Marzio F., Macario F., Terranova G. (a cura di), Milano: Giuffrè

Ambrosini S. (2008). Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino G., vol. XI, 1, Padova: Cedam, p. 47 ss.

Ambrosini S. (2015). Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015, in *Dir. fall.*, I, p. 359 ss.

Caterino D. (2013). Appunti sui concetti di "rimedio", "estraneità" e "convenienza" nella disciplina della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile, dattiloscritto in bozza consultabile sul sito www.academia.edu, pag. 1 ss.

Cordopatri M. (2012). Presupposti di ammissibilità, in *Composizione della crisi da sovra indebitamento*, in *Il civilista*, a cura di Di Marzio F., Macario F. e Terranova G., p. 28

Cordopatri M. (2012). Contenuto del piano e posizione dei creditori estranei, in La composizione della crisi da sovraindebitamento, in *Il Cilivista*, a cura di Di Marzio F., Macario F. e Terranova G., p. 26

D'Orazio L. (2013). *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale; composizione della crisi di sovraindebitamento*. Milano: Giuffrè

Fabiani M. (2009). *Contratto e processo nel concordato fallimentare*. Torino: Giappichelli

Fabiani M. (2012). La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile'' (d.l. 212/2011), in www.ilcaso.it, doc. n. 278/2012, p. 6; in *Il Corr. giur.*, p. 445

Fabiani M. (2012). Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovra indebitamento del debitore non fallibile L. 27 gennaio 2012, n. 3, in *Foro it.*, V, p. 94 ss.

Falcone G. (2015). Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore, in *Giur. comm*., I, p. 137

Ferrara F. – Borgioli R. (1996). *Il fallimento*. Milano: Giuffré

Ferrara F. (1974). *Il Fallimento.* Milano: Giuffrè

Fortunato S. (2013). L'accordo da sovraindebitamento nei suoi profili patologici (annullamento e risoluzione), draft in www.academia.edu

Lamanna F. (2015). *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*. Milano: Giuffré

Lo Cascio G. (2011). *Il concordato preventivo*. Milano: Giuffrè

Macario F. (2013). *La responsabilità patrimoniale. Sovraindebitamento dei debitori "non fallibili"*. Torino: Treccani

Maimeri F. (2013). La nuova disciplina di gestione della crisi da sovra indebitamento: prime riflessioni, in *Dir. banc.*, I, p. 199 ss.

Manente D. (2013). Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il c.d. «Decreto Crescita–bis», in *Dir. fall.*, I, p. 563–568

Nigro A. – Vattermoli D. (2012). *Diritto della crisi delle imprese*. Bologna: Il Mulino

Nigro A. – Vattermoli D. (2014). *Diritto delle imprese. Le procedure concorsuali*. Bologna: Il Mulino

Nigro A. (2012). Il nuovo procedimento di composizione della crisi da sovra indebitamento, in *Dir. banc.*, p. 4 ss.

Panzani L. (2012). La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012, in www.treccani.it, p. 5

Panzani L. (2013). La nuova disciplina del sovra indebitamento dopo il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, in www.ilfallimentarista.it , 12 dicembre 2012, pag. 1 ss.

Piepoli G. (2013). Sovraindebitamento e credito responsabile, in *Banca borsa tit. cred.*, I, p. 38 ss.

Sabatelli E. (2013). I creditori nella composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, in *I battelli del Reno, Rivista online di diritto ed economia dell'impresa*, p. 12 ss.

Sporta Caputi F. (2013). Transazione fiscale e concordato preventivo: riflessioni sulle reciproche implicazioni sistematiche, in *Annali del Dipartimento jonico – Annali 2013 – Anno I – ISBN: 978–88–909569–0–4*, disponibile all'indirizzo internet http://edizionidjsge.uniba.it .

Terranova G. (2013). *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento.* Torino: Giappichelli.

Tiscini R. (2013). I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio, in *Riv. dir. proc.*, p. 661.

Vattermoli D. (2013). La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale, in *Dir. Fall.*, I, pp. 762-802.

ALMA LUCIA GIUSEPPINA TARANTINO

SMART VILLAGES: PRATICHE INNOVATIVE PER LA VALORIZZAZIONE DEI BORGHI ANTICHI*

ABSTRACT

Il presente contributo affronta le pratiche innovative per la rivitalizzazione, recupero sostenibile e quindi valorizzazione, dei "piccoli centri storici minori italiani" intesi come aree urbane complesse a valenza paesaggista culturale.

I centri storici possono giocare un ruolo decisivo nel riequilibrio del territorio riattivando le economie locali.

È necessario procedere con l'elaborazione di progetti politici ed interventi normativi capaci di coniugare l'esigenza di tutela dell'identità di queste realtà nell'ambito del paesaggio culturale in cui sono inserite, con le legittime aspettative dei cittadini ad uno sviluppo economico del territorio.

La modulazione della tutela e le nuove tecnologie, attraverso esperimenti di democrazia partecipativa *bottom up*, possono contribuire a raggiungere tale risultato. Nascono le città intelligenti.

The present paper is aimed to analyze the innovative practices for the revitalization, sustainable recovery, enhancement of the "small italian historic centers" intended as complex urban areas with a cultural landscape value.

Historic centers can play a decisive role in rebalancing the territory by reactivating local economies.

It is necessary to proceed with the development of political and regulatory interventions capable of combining the need to protect the identity of these realities within the cultural landscape in which they are inserted, with the legitimate expectations of citizens to a economic development of the territory.

The modulation of protection and new technologies, through bottom up participative democracy experiments, can help achieving this result. Smart cities are to be born.

PAROLE CHIAVE

Smart villages / rivitalizzazione / partecipazione

Smart villages / revitalization / partecipation

SOMMARIO: 1. *Smart villages*: profili introduttivi. – 2. Interventi legislativi ed amministrativi per la valorizzazione dei piccoli centri storici. – 3. Borghi intelligenti. – 4. Percorsi partecipativi.

1. Il dibattito sulla tutela, risanamento e rivitalizzazione dei centri storici minori è un fenomeno italiano articolato e complesso[1] per le numerose difficoltà emerse

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Angiuli, 2014, 2 ss., Severini, 2015, 1 ss.

nell'elaborazione di progetti politici e normativi capaci di coniugare l'esigenza di salvaguardia dell'identità storico culturale di tali realtà con le legittime aspettative dei cittadini ad uno sviluppo economico del territorio[2].

La civiltà dei "borghi", e dei suoi nuclei storici originari, come complesso degli aspetti culturali, economico–sociali e politici specifici di una collettività in una data epoca, ha dato vita a realtà identitarie tipiche attribuendo «all'Italia il meritato appellativo di "Paese dei centri storici"»[3].

2. L'individuazione di una definizione sintetica di centro storico è operazione complessa data dalla difficoltà di identificare una categoria concettuale unitaria in cui «far rientrare i vari tipi di agglomerati urbani di antica edificazione», dei quali il nostro paese è particolarmente ricco[4].

Vi è più considerando che il concetto di centro storico, da semplice realtà urbanistico – architettonica con qualità culturale, ha assunto anche connotazione socio–economica.

I centri storici vengono intesi dapprima nell'accezione di città storiche o di centri storico–artistici (spesso borghi medioevali) e di poi di centro o parte antica di città caratterizzata da preesistenze storiche[5]. Da una concezione che colloca i centri storici all'interno della disciplina dei beni culturali di passa ad un'altra che li pone nell'ambito della gestione complessiva del territorio.

Dal concetto di "monumento"[6] singolo si giunge a valorizzare il contesto[7] in cui lo stesso si colloca; si attribuisce quindi valore, «per la prima volta in senso organico, al centro urbano antico visto nella sua interezza, come esito di permanenze, stratificazioni, trasformazioni, sostituzioni»[8].

Ed in particolare, le leggi nn. 1089 e 1497 del 1939 –occupandosi di salvaguardia/ protezione dei beni culturali e bellezze naturali– hanno avuto il merito di introdurre una definizione di centri storici come di «complessi di cose immobili componenti un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale», ovvero come espressione di eccellenza della creatività dell'uomo.

2. Sau, 2018, 3, 2 ss.; Francini, Colucci, Palermo, Viapiana, 2012, 25 ss.

3. Così Fazio, 1976, 11 in Angiuli, nota 7, 2014, 5.

4. Così D'Alessio, 1983,6.

5. Angiuli, 2014, 19, Cerasoli, 2018, 10, Pani, 1971, 1, 15, Giannini, 1971, 1124 cit. in nota n. 16, Rago, 2004, AA.VV.1960, Giovannoni, 1938, 5, 276.

6. Inteso come singola unità immobiliare.

7. Inteso come ambiente circostante in cui il centro storico trova collocazione; ed in tale contesto, la indissociabilità della tutela del patrimonio artistico dal PRG rende lo strumento giuridico più efficace superando la prospettiva atomistica della tutela del singolo bene culturale in favore di una visione ampia estesa all'intero paesaggio Angiuli, 2014, 7.

8. Cerasoli, 2018, 16, Di Gioia, 1975, 25.

Ciò nonostante mancava ancora una previsione di tutela dei centri storici incentrata sulla conservazione –non dei singoli immobili[9]– ma del contesto ambientale in cui gli stessi venivano ricondotti.

«Inoltre anche il P.R.G. del 1942, non obbligatorio per tutti i comuni, non prevedeva previsioni di zoning riferibili in modo diretto ai centri storici»[10].

Orbene, in tale contesto la definizione di centro storico minore inteso come «Nucleo di una città che "quando rappresenta una testimonianza viva di altre epoche, "costituisca per caratteristiche formali, tipologiche e urbanistiche un complesso legato a particolari momenti storici» esteso all'intera città, appare quella che meglio si sposa con le previsioni di legislazione urbanistica intervenute sulla conservazione, risanamento nonché valorizzazione dei centri storici[11].

Ed in particolare: con la Carta di Gubbio del 1960[12] i centri storici vengono classificati come beni culturali; viene introdotta una «dichiarazione di principi sulla ... salvaguardia e risanamento» dei centri storici con la quale si afferma per la prima volta la «necessità del riconoscimento urgente e di una classificazione preliminare dei centri storici con l'identificazione delle aree che devono essere protette e risanate» in un'ottica conservativa, attraverso l'uso degli strumenti di pianificazione urbanistica[13].

Nel 1964 la Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e del paesaggio (detta Franceschini dal nome del suo presidente), nel corso di un'attenta indagine riguardo al censimento e alla stato dei beni culturali in Italia emanò 84 Dichiarazioni la prima delle quali contenente la nozione di "bene culturale" come di «tutto ciò che costituisce testimonianza materiale avente valore di civiltà». Le dichiarazioni contenevano una ferma e chiara denuncia relativamente al degrado, allo stato di abbandono ed alla scarsa valorizzazione del patrimonio culturale italiano.

Di poi, con la legge n. 765 del 1967 –ex art. 17 comma 5[14]–, con il D.M. 1/4/1968

9. Sanapò, 2001, 2, così sulla "tutela passiva" dei centri storici ovvero incentrata sulla conservazione dei singoli immobili dei centri storici.

10. Angiuli, 2014, 6, Bessone, 1974, 134. Le legge 17 agosto del 1942 n.1150 delinea un sistema di diritto urbanistico sprovvisto di strumenti espressamente intesi a garantire la conservazione ed il risanamento del patrimonio edilizio antico.

11. Dizionario Enciclopedico di Architettura e urbanistica 1969.

12. Angiuli, 2015, 82.

13. Con essa si riconosce la necessità di fissare per legge i caratteri e la procedura di formazione dei piani di risanamento conservativo, come speciali piani particolareggiati di iniziativa comunale.

14. Cfr.: Circolare Ministero Lavori Pubblici n. 3210 del 28 ottobre 1967 per cui: La legge succitata definita come legge Ponte, è stata intesa essenzialmente a sollecitare la formazione ed approvazione degli strumenti urbanistici comunali, ad assicurare che tali strumenti siano formati in modo rispondente all'interesse generale ed a garantire il rispetto della normativa urbanistica. La stessa legge si proponeva

n. 1444[15] e con l'art.4 comma 8, e 12 della legge n. 10 del 1977[16] è presente un riferimento esplicito ai centri storici;

Ma questo complesso di norme tuttavia rappresenterà solo il punto di emersione di un interesse pubblico alla tutela dei valori dei centri storici purtroppo ancora sprovvisto delle necessarie garanzie[17].

Il 1975, definito dal Consiglio d'Europa come "L'anno europeo del patrimonio architettonico", è considerato dalla dottrina come un momento di decisivo impegno nella strategia di difesa del centro storico delle città[18]; Con la Carta europea del patrimonio architettonico adottata dal Consiglio dei Ministri in tale anno verrà sancito il principio secondo cui il patrimonio architettonico europeo non consiste solo di monumenti importanti, comprendendo invece anche i gruppi di edifici minori nei centri storici e borghi caratteristici nel loro ambiente naturale o artificiale[19].

Di poi, con la Carta di Washington per la salvaguardia delle città storiche del 1987, viene estesa la nozione di centro storico all'intera città, per cui il centro storico diviene la città stessa nel suo insieme, ivi compresi i suoi agglomerati moderni[20].

Infine gli ultimi provvedimenti legislativi riguardanti in modo variamente diret-

di agire, in maniera determinante, sulle componenti causali del disordine urbanistico, ovvero sulla carenza di regolamentazione urbanistica, sulla frequente non rispondenza degli strumenti ai criteri di una sana e corretta disciplina del territorio, soprattutto per quanto riguarda la densità, gli indici di utilizzazione edilizia e la dotazione di spazi e servizi pubblici; ed infine sulla generale inosservanza della normativa esistente. Le disposizioni dell'art.17 hanno applicazione dopo un anno dall'entrata in vigore della legge, fatta eccezione per quella riguardante i centri di carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale (comma 5), che si applica immediatamente. All'art. 17 comma 5 la legge dispone che qualora l'agglomerato urbano rivesta carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale sono consentite esclusivamente opere di consolidamento o restauro, senza alterazioni di volumi. Essa prevede che, fino all'approvazione del piano regolatore generale, negli agglomerati urbani – per la parte o le parti che rivestono carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale – sono consentite opere di consolidamento o di restauro, senza alterazioni di volume, ed è vietata l'edificazione delle aree libere.

15. Con il D.M. 1444/68, decreto attuativo alla Legge Ponte n. 765/67, furono istituite le zone territoriali omogenee, e tra esse le parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestano carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi.

16. Legge sulla edificabilità dei suoli, Bucalossi, con i suoi articoli 4 e 12 oggi abrogati dall'articolo 136, commi 1, lettera c) e 2, lettera c), del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

17. Bessone, 1974, 134.

18. Bessone, 1974, 133.

19. Jokilehto, 2011, 119 ss.

20. Merito della Carta di Washington è quello di aver determinato il superamento della distinzione tra centro antico, centro storico e città storicamente consolidata ormai largamente contestate.

to i centri storici si rinvengono del dettato della legge 4.12.1993 n. 493[21], nel D.M. 8/10/1998 n. 1169[22], nel DM 28/5/1999, nel D. Lgs. 29/10/1999 n. 490[23], ed infine nella legge "salva borghi", la n.158 del 2017[24].

Nel 2008[25] di poi, i centri storici entrano nel novero dei beni paesaggistici.

I centri storici, dunque, pur non rientrando tra le aree tutelate per legge ai sensi dell'art. 142 del d.lgs. n. 42 del 2004, ai sensi delle modifiche apportate dall'art. 2 del D. Lgs n. 63 del 2008, vengono inclusi tra quelle categorie di beni suscettibili di tutela paesaggistica mediante dichiarazione di notevole interesse pubblico, di competenza regionale, ed, in via sostitutiva, anche ministeriale. È un bene paesaggistico «a valenza culturale»[26].

Orbene se ciò è per quanto ai centri storici, altrettanta difficoltà si è riscontrata nella individuazione di una definizione e classificazione univoca dei centri storici cosiddetti minori[27]; "Minore" «non solo come attributo di carattere dimensionale, ma anche per "ruolo", rispetto ad un ambito più vasto che è quello economico, funzionale e socio–culturale»[28].

La distinzione dei centri storici minori operata dalla dottrina[29] distingue gli stessi nelle tre categorie:

1. di insediamenti storici trasfigurati ovvero incapsulati nell'espansione edilizia e nell'agricoltura industrializzata,

2. «abbandonati[30] per ragioni naturali/catastrofiche o per la realizzazione di nuovi insediamenti»[31],

3. turisticizzati, ovvero trasfigurati dal recupero omologante dato dalle esigenze turistiche[32].

21. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto–legge 5 ottobre 1993, n. 398, recante disposizioni per l'accelerazione degli investimenti a sostegno dell'occupazione e per la semplificazione dei procedimenti in materia edilizia.

22. Decreto reso dal ministero dei lavori pubblici in materia di promozione di programmi innovativi in ambito urbano denominati «Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio» pubblicato nella G.u. del 27 novembre 1998, n. 278, S.O.

23. Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352 in G.U. n. 302 del 27 dicembre 1999, s.o. n. 229.

24. Della stessa si tratterà nel dettaglio in seguito.

25. Con D. Lgs n. 63 del 2008, art.2 in modifica del D. Lgs. n. 42 del 2004, art. 136 lett. c).

26. Fantini, 2015, 4.

27. Carci, 1980 in D'Alessandro, 2015, 680.

28. Carci, 1980 in D'Alessandro, 2015, 681.

29. Sau, 2018, 3, 2, Cervellati, 2010, 2009, 445, 11.

30. Definizione introdotta per la prima volta da Alberto Predieri nel 1971, nella sua relazione al VI Convegno dell'A.N.C.S.A., tenutosi a Bergamo nel 1971.

31. Sau, 2018, 3, 2.

32. Sau, 2018, 3, 2, Cervellati, 2010, 2009, 445, 11.

Ma comune denominatore di tali centri è il fenomeno del degrado edilizio[33] in parte causato da un processo di spopolamento e abbandono che investe alcuni di tali centri dovuto alla perdita di potere economico ed alla bassa qualità della vita legata alla carenza di servizi.

Tale fenomeno ha dato la stura negli ultimi anni ad interventi legislativi ed amministrativi atti a consentire ai cittadini la ricostituzione delle comunità residenti partendo dalla valorizzazione dell'esistente[34].

Attraverso la coniugazione di istituti giuridici preesistenti e concetti quali recupero, riqualificazione, rivitalizzazione o rigenerazione[35] del patrimonio edilizio esistente si è cercato di affrontare le numerose e complesse problematiche dei centri storici minori[36].

L'eterogeneità e la molteplicità degli interessi pubblici coinvolti su tale tema appaiono da subito evidenti considerate le interconnessioni dei beni/interessi/valori, socio – economici, culturali e paesaggistici nel processo di risoluzione delle problematiche connesse a tali realtà[37].

Una strategia di intervento per il recupero e valorizzazione dei centri storici minori si intreccia indissolubilmente con una «integrazione fattiva e partecipata tra la politica, intesa come luogo privilegiato delle decisioni, e la programmazione socioeconomica, la pianificazione urbanistica, territoriale e del paesaggio, tra la programmazione delle opere pubbliche e la pianificazione della mobilità» (ed in questa direzione si muove difatti l'Agenzia per la Coesione Territoriale[38]).

Il sistema pianificatorio è costretto a considerare con attenzione gli interessi sociali ed economici delle persone/cittadini in un'ottica di ponderazione e contem-

33. La nozione ampia di degrado risulta comprensiva del degrado fisico(urbanistico/edilizio/ambientale) e di quello immateriale (sociale/territoriale).

34. Bessone, 1974, 134–138.

35. Così Bonomo, 2017, 12 secondo cui «La differenziazione terminologica tra la rigenerazione, la riqualificazione e il riuso, ha perso gran parte della sua ragion d'essere, dal momento che le normative degli ultimi anni fanno riferimento solo alla rigenerazione ad intendere tutti gli interventi di recupero, trasformazione ed innovazione dei beni comuni, partecipi tramite metodi di co–progettazione, di processi sociali, economici, tecnologici ed ambientali, ampi ed integrati, che complessivamente incidono sul miglioramento della qualità della vita nella città». Ed in nota: così la definizione del Regolamento di Bologna sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani art. 2 lett. h) Delibera c.c. 172 del 2014. La rigenerazione secondo autorevole dottrina – Chiti, 2016, 15,31, in nota n. 2 Bonomo, idem– viene individuata come una funzione amministrativa tipica di uno specifico modello di azione pubblica al quale possiamo riferirci come enabling state.

36. Boscolo, 2017, 1, Boschetti, 2016, p. 177 e ss., Bravo e Mingucci, 2008, 1–6, Novak, 2005, 252, Angiuli, 2004, 2 e 20.

37. Sau, 2018, 3.

38. Cerasoli, 2018, 23.

peramento del perseguimento dell'interesse pubblico alla corretta gestione degli interessi territoriali e di una effettiva tutela anche della proprietà edilizia.

Ed in tale contesto viene introdotta la legge n.158 del 2017 recante «Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione ed il recupero dei centri storici dei medesimi comuni».

La legge n.158 del 2017, ovvero c.d. legge "salva borghi", è tesa ad un rilancio della micro territorialità attraverso forme di turismo sostenibile, ed economia circolare.

In tale ottica la costituzione di un Fondo per lo sviluppo strutturale, economico e sociale dei piccoli comuni[39]rafforza un'idea di risanamento dei centri storici basata sulla coniugazione degli strumenti di pianificazione generale ed attuativa del territorio con le progettualità ed impegno economico delle imprese private aggiuntive rispetto all'apporto dato dalle risorse pubbliche[40].

La legge "salva borghi" quindi assume due meriti: il primo di attribuire ai piccoli comuni il ruolo di «risorsa a presidio del territorio, soprattutto per le attività di contrasto del dissesto idrogeologico e per le attività di piccola e diffusa manutenzione e tutela dei beni comuni»[41], il secondo di riconoscere come la valorizzazione dei borghi passi attraverso la concezione di nuovi modelli di sviluppo e soluzioni green idonee a determinare l'insorgere di nuove forme di artigianalità, di turismo e di impresa.

Si realizza in tal modo una cosiddetta "modulazione della tutela" –avente l'obiettivo di contribuire a definire una regolamentazione edilizia adatta a evitare di "congelare" il centro storico pur garantendone la sua protezione–, con una previsione di utilizzo delle nuove tecnologie, sia a livello urbano che edilizio[42].

«Lo scopo della rigenerazione, in questo caso, è quello di favorire l'insediamento in queste realtà territoriali nonché di incentivarne l'afflusso turistico in un'otti-

39. Legge 6 ottobre 2017, n. 158, art. 3 comma 1, e Dossier XVI legislatura, Centri storici, borghi antichi, città d'arte e siti italiani inseriti nella Lista del patrimonio mondiale dell'Unesco, Servizio studi del Senato, febbraio 2012 n. 337: Il Fondo per lo sviluppo strutturale, economico e sociale dei piccoli comuni è destinato al finanziamento di investimenti diretti alla tutela dell'ambiente e dei beni culturali, alla mitigazione del rischio idrogeologico, alla salvaguardia e alla riqualificazione urbana dei centri storici, alla messa in sicurezza delle infrastrutture stradali e degli istituti scolastici nonché alla promozione dello sviluppo economico e sociale e all'insediamento di nuove attività produttive.

40. Angiuli,2004, 20. Esemplificativi a riguardo i dettati di cui all'art. 5 del D.L. 13.5.2011, n. 70 di poi conv. in L. 12.7.2011 n. 106 –legge quadro in materia di riqualificazione– nonché la L.reg. Puglia n. 21 del 2008 ispirata ad un miglioramento della qualità del patrimonio esistente, architettonico, energetico ed ambientale sia pur nel rispetto della sua tutela e la successiva L. reg. Puglia n.44 del 2013, recante «Disposizioni per il recupero, la tutela e la valorizzazione dei borghi più belli d'Italia in Puglia».

41. Dipace, 2017, 3, 644 e ss.

42. Cerasoli, 2010, 1 e ss.

ca di economia circolare, attraverso la coesistenza di misure di miglioramento della qualità dei servizi e della qualità della vita »[43].

Se ciò si registra nell'ambito legislativo, altrettanto significative sono le iniziative poste in essere in campo amministrativo dalle istituzioni locali nell'ottica della valorizzazione dei centri storici minori e dei borghi storici laddove esistenti.

Tra esse vi è l'esempio reso dal Protocollo di intesa recentemente stipulato dalla Regione Puglia – assessorato alla pianificazione territoriale ed Urbanistica– con l'ANCI – Borghi più belli d'Italia, alcuni comuni, e Touring club[44], per avviare un percorso di iniziative rivolte alla conservazione, recupero e valorizzazione dei borghi presenti nel territorio regionale, nonché al recupero dell'identità di questi luoghi.

E di poi sulla stessa scia si rinviene l'introduzione delle politiche di social housing ovvero di promozione di forme agevolative per famiglie non in grado di sostenere un mutuo o un affitto, favorendo accordi con proprietari, riqualificazione energetica ed implementazione domotica per controllare e contenere i costi/consumi energetici[45].

Gli interventi più significativi di competenza delle amministrazioni locali volgono l'attenzione nei confronti dell'incentivazione di investimenti infrastrutturali relativi a viabilità, illuminazione pubblica, valorizzazione degli spazi pubblici di condivisione, nonché in favore della realizzazione di infrastrutture di tipo innovativo per l'attivazione di servizi basati su tecnologie avanzate in grado di garantire al cittadino una più concreta partecipazione al governo della città, nonché, alle

43. Dipace, 2017, 3, 644, Corazza e Dipace, 2017, p.81.

44. Deliberazione della Giunta regionale, 27 giugno 2017, n. 1026.

45. Ci si riferisce al maggior uso della tecnologia nell'impiantistica tradizionale degli edifici in un'ottica di rivoluzione del risparmio e della efficienza energetica. Sul punto esemplificativamente si richiama l'esperienza del comune di Lecce laddove la giunta comunale ha approvato in data 6.3.2018, lo schema di protocollo d'intesa tra Puglia Valore Immobiliare s.r.l., Regione Puglia, Soprintendenza archeologia, belle arti e paesaggio di Brindisi Lecce e Taranto, Comune di Lecce e Arca Sud Salento per la valorizzazione dell'Ex sanatorio antitubercolare A. Galateo. Per la prima volta tutti gli enti firmatari sono stati chiamati a sottoscrivere un patto comune sul futuro di questo importante complesso alle porte del quartiere Leuca, collaborando alla progettazione, realizzazione e gestione del progetto di valorizzazione. Il protocollo stabilisce tra le premesse i bisogni a cui dovrà rispondere il progetto di valorizzazione, fortemente legati alle esigenze reali della città: la rigenerazione urbana dell'area e il contrasto al disagio abitativo sofferto oggi dai cittadini che si collocano nella cosiddetta "fascia grigia": «giovani coppie, giovani soli, studenti universitari fuori sede, famiglie monogenitoriali, lavoratori, anziani, sfrattati o sotto minaccia di sfratto, che, esclusi dai benefici pubblici rivolti ai più bisognosi e alla residenza popolare, non sono tuttavia nelle condizioni di accedere al libero mercato degli alloggi e sono esposti al rischio di peggiorare le proprie condizioni abitative»; da www.giornaledipuglia.com. Altrettanto significativa l'esperienza del social housing in classe A nel centro storico di Palazzolo Acreide a Siracusa. Un borgo abbandonato rinasce con progetto pubblico. Il riuso a canone agevolato dell'edilizia residenziale come volano per la riqualificazione urbana; A.A., 2013, e Garbin,2015,101.

imprese ed ai turisti, servizi qualificati attraverso una digitalizzazione delle attività didattiche ed amministrative[46].

3. La questione del recupero dei borghi italiani deriva quindi dalla coniugazione di vari elementi: il «riconoscimento dell'importanza del riuso del patrimonio edilizio esistente con la volontà di rimetterne in luce i valori storico–architettonici e ambientali con le potenzialità economiche e climatiche dei luoghi»; il tutto in nome del «minor consumo di suolo e del risparmio delle risorse» [47].

L'obiettivo è quello di far coesistere tradizione e innovazione, mettendo quanto più possibile le nuove tecnologie al servizio dei borghi e delle comunità rurali.

La sfida è complessa.

La terminologia Borghi intelligenti o Smart villages[48] è usata per indicare il progetto finanziato dalla Commissione europea per migliorare la qualità della vita all'interno delle zone rurali[49].

«Nata come iniziativa dell'Unione Europea per incrementare l'efficienza energetica delle città», il carattere smart di un centro abitato ha assunto una valenza «di opportunità di sviluppo economico, sociale e culturale che faccia dell'innovazione il perno del proprio organizzarsi, facendo leva sui temi dell'ambiente, dell'accessibilità e della sostenibilità»[50].

Una città è "intelligente" quando è in grado di migliorare la qualità della vita dei cittadini valorizzando il contesto in cui gli stessi vivono; quando è inclusiva e tecnologica, partecipativa e sostenibile.

Tali condizioni possono essere facilmente applicate anche ai centri storici[51].

A partire dal 2018 la Commissione europea ha deciso di finanziare dei progetti pilota pensati per creare dei "borghi intelligenti" ovvero attraverso il miglioramento della logistica, la condivisione di dati sulle aree rurali e lo sviluppo di adeguati modelli di business applicabili a realtà piccole.

Il documento della Commissione, "EU action for Smart Villages" delinea un processo di riflessione sui "villaggi del futuro" e sulla necessità di mettere insieme diversi programmi per costruire approcci strategici per promuovere i "villaggi in-

46. De Matteis, Del Brocco, Figliola, 2015, 109.

47. Marchionni, De Bernardinis, Bellicoso, 2014, 118.

48. Aa.Vv., 2015, 16.

49. Territori e comunità che ce la vogliono fare, Manifesto dei Borghi Autentici edizione 2015, I borghi intelligenti portatori di una idea di futuro, 2015, www.borghiautenticiditalia.it, p. 17 ss.

50. Aa.Vv., 2015, 16.

51. Cerasoli, 2018, 26–27, «I progetti pilota "intelligenti" per alcuni centri storici minori sono diversi. Tra questi si possono citare quelli per Chiari (Brescia), Tavagnacco (Udine), Oriolo Romano (Viterbo), Baronissi (Salerno)».

telligenti", compreso il sostegno alla conoscenza, agli investimenti e alla connettività. Le azioni specifiche comprendono le piattaforme di scambio, le opportunità di finanziamento, le attività di capacity–building, gli eventi, i lavori tematici e i progetti di ricerca[52].

Per un Borgo essere "intelligente" significa essere in grado di investire nelle risorse autentiche presenti con una visione strategica del futuro[53].

Sono molti i progetti che la Politica di Sviluppo Rurale si è prefissata di raggiungere: modernizzazione delle fattorie, condivisione di dati, rinnovo dei borghi intelligenti.

Il tutto senza perdere di vista il valore della coesione e dell'autoinvestimento: saranno infatti gli stessi abitanti degli smart villages a proporre nuove idee e a imparare a gestire quelle già realizzate[54].

Allo sviluppo degli "borghi intelligenti" concorrono diverse policy europee, come quella relativa allo sviluppo rurale, la politica di coesione, nonché bandi nell'ambito dei programmi Horizon 2020 e Connecting Europe Facility (Cef), in un'ottica di integrazione dei fondi UE.

Si tratta di un concetto emergente nell'ambito dei processi decisionali dell'UE che punta a garantire l'accesso ai servizi di base, all'applicazione dell'economia circolare, alla risoluzione dei problemi ambientali e alla valorizzazione dei prodotti locali attraverso le ITC (Tecnologie di informazione e comunicazione).

La nuova strategia è basata su sedici iniziative con seminari, conferenze e progetti pilota. Fra gli strumenti a disposizione dei futuri "borghi intelligenti" italiani c'è la Strategia Nazionale per le aree interne (SNAI) che punta ad invertire lo spopolamento dei centri minori del paese, molti dei quali rappresentati da borghi rurali, attraverso la riqualificazione delle risorse esistenti, il rafforzamento dei servizi pubblici, un nuovo rapporto tra cittadini e amministrazioni con una forte attenzione alla digitalizzazione[55].

Queste solo alcune delle iniziative in progetto.

Dal fenomeno degli alberghi diffusi, alla possibilità di stabilire convenzioni con la Chiesa per il recupero dei beni culturali, allo sviluppo della rete a banda ultra larga e programmi di e–government tra alcuni degli esempi di Smart village.

Questi esempi costituiscono strumenti volti alla promozione in ogni borgo di

52. In www.ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/rural–development–2014–2020/lookingahead /
rur–dev–small–villages_en.pdf.

53. Aa.Vv., 2015, 17.

54. Europhonica.eu/smart–villages–i–borghi–intelligenti–deuropa.

55. Lanciato un Piano d'azione UE per "borghi intelligenti" in http://territori.formez.it.

> un processo di trasformazione e riqualificazione urbana incoraggiando politiche pubbliche e comportanti privati finalizzati a perseguire una buona qualità del paesaggio urbano; incoraggiare ed accompagnare ogni amministrazione comunale e gli operatori economici, culturali, del volontariato, che direttamente e/o indirettamente concorrono a formare l'ambiente ospitale a collaborare fra loro sviluppando sinergie per ottenere efficienza ed una capacità di offerta più promettente[56].

In sintesi l'obiettivo è quello di « sviluppare in ogni borgo un modello ed una cultura basati su principi quali la consapevolezza, la responsabilità, la reciprocità »[57].

> L'albergo diffuso[58], nato come idea negli anni '80 con la ristrutturazione di alcuni paesi della Carnia a seguito del terremoto, può essere definito come un albergo orizzontale, situato in un centro storico, con camere e servizi dislocati in edifici diversi, seppure vicini tra di loro.

L'albergo diffuso è una struttura ricettiva unitaria che si rivolge ad una domanda interessata a soggiornare in un contesto urbano di pregio, a contatto con i residenti, usufruendo dei normali servizi alberghieri. Questa formula si è rivelata particolarmente adatta per borghi e paesi con centri storici di interesse artistico ed architettonico interessati più al recupero e valorizzazione di vecchi edifici chiusi e non utilizzati, che alla soluzione di problemi di ricettività turistica attraverso la realizzazione di nuove costruzioni[59].

L'albergo diffuso ad esempio si muove direttamente nella direzione del recupero del patrimonio artistico e culturale dei centri minori, per di più possedendo le potenzialità per incrementare il reddito e l'occupazione dei piccoli centri, per mantenere o incrementare la popolazione, senza per questo intervenire contaminando la cultura, l'ambiente, l'identità dei luoghi[60].

Ulteriore occasione per il rilancio del territorio dei centri storici minori è data dall'uso di tecnologie off–grid per alimentare gli edifici ecosostenibili e senza allacciamento alcuno.

Un edificio off–grid è capace di produrre e soddisfare in autonomia i propri carichi energetici per quanto riguarda energia elettrica, calore, gestendo autonomamente anche il ciclo delle acque; in tal modo l'uso di tali tecnologie consente autonomia idrico–energetica dai tradizionali gestori nazionali[61].

56. Gargano, 2010.
57. Gargano, 2010.
58. D'Alessandro, 2015, 683.
59. D'Alessandro, 2015, 684.
60. L'idea e la storia, un albergo orizzontale, www.albergodiffuso.com.
61. Marchionni, De Bernardinis, Bellicoso, 2014, 121.

Applicando tali soluzioni nell'ambito del contesto dei centri storici minori si può altrettanto dire che le stesse permettono di ottenere vantaggi quali l'eliminazione di «superfetazioni impiantistiche dovute all'allaccio alla rete comunale, una migliore gestione delle reti e la possibilità di rendersi autosufficienti in contesti poco urbanizzati»[62].

Esemplificativa è la progettazione di orti urbani tecnologici pensati come «luoghi a servizio di edifici in cui collocare sistemi di captazione solare per la produzione di energia elettrica, sistemi di accumulo e riutilizzo di acque piovane, fosse settiche per rendersi indipendenti dalla rete fognaria»[63].

Ma l'applicazione della tecnologia nei contesti esistenti non può prescindere dal coinvolgimento dei cittadini e dei soggetti portatori di interesse nei programmi di qualificazione o rigenerazione urbana sulla base dei fabbisogni dei territori in un'ottica partecipativa[64].

Informare i cittadini sul lavoro dell'Amministrazione, promuovere azioni individuali e collettive di manutenzione, cura e valorizzazione del borgo su base volontaria e pianificata, costituisce lo strumento per operare un agire partecipato di matrice europea[65].

Garantire i processi partecipativi nell'elaborazione dei progetti di sviluppo dei centri storici fa sì che le sollecitazioni, i desideri e le percezioni emerse attraverso una strategia bottom up, possano collocarsi tra «l'apparato delle analisi e quello dei materiali di progetto svolgendo la funzione di ponte tra l'osservare ed il proporre»[66].

4. Lo strumento partecipativo nel processo di rivitalizzazione dei centri storici minori opera attraverso i patti di collaborazione[67], intesi come strumento innovativo semplice e diretto per favorire la collaborazione tra abitanti e amministrazione[68] partendo dall'idea che la città è la casa della società.

62. Marchionni, De Bernardinis, Bellicoso, 2014, 120, Cimini, 2014, 221.

63. Marchionni, De Bernardinis, Bellicoso, 2014, 122.

64. Patroni Griffi, 2017.

65. Il Trattato di Maastricht del 1992 sancisce il principio di sussidiarietà e rafforza il ruolo delle autorità locali nei processi di trasformazione dello spazio urbano, sottolineando la necessità di innescare, da parte dei soggetti attuatori, meccanismi decisionali fondati sulla partecipazione sociale.

66. Novak, 2005, 254, sul punto.

67. Mezzi atti a ridurre la distanza tra amministrazioni e privati senza superare il tradizionale assetto del rapporto amministrativo rientranti nel novero degli atti amministrativi non autoritativi. Cfr: Giusti, 2018, 153 ss.

68. Si rinvia all'esperienza recente quella del comune di Milano con approvazione di linee guida per la sperimentazione di «politiche dirette a promuovere la partecipazione dei cittadini attivi, di gruppi informali, associazioni riconosciute e altri operatori, nella gestione condivisa dei Beni Comuni». Un

Altrettanto significativo è l'esempio dato dai regolamenti sulla collaborazione tra cittadini ed amministrazioni per la cura, gestione condivisa, e rigenerazione dei beni comuni[69].

Il ruolo attivo dei cittadini, singoli o associati, riuniti in formazioni sociali anche di natura imprenditoriale riduce la distanza con la p.a.[70].

La partecipazione del cittadino quindi diviene più effettiva, non più difensiva ma collaborativa[71]; In sintesi, rivitalizzazione e partecipazione divengono oggi aspetti di uno stesso percorso di recupero dei centri storici minori.

La novità risiede nel dato per cui al cittadino viene data possibilità di partecipare attivamente all'elaborazione del processo decisionale amministrativo per quanto alla fase iniziale di ascolto degli interessi coinvolti nel perseguimento di un obiettivo di scelta condivisa, nonché all'altrettanta fase attuativa della decisione[72].

Sebbene la consapevolezza del valore dei percorsi partecipativi presenti ancora aspetti di complessità e difficoltà, la collaborazione tra Amministrazioni e cittadino è un valore da tutelare per utilizzare al meglio le risorse pubbliche e offrire alla collettività un servizio ispirato esclusivamente al principio di sussidiaria partecipazione della cittadinanza attiva come previsto dall'art. 118 della Costituzione[73].

Trattasi di un percorso partecipativo che si realizza anche nell'ambito della economia civica attraverso una politica pubblica di promozione pro–attiva, ovvero attraverso forme di finanziamento/sostegno economico pubblico a tali processi.

Orbene, gli esperimenti di democrazia partecipativa e deliberativa su tale fronte devono essere ancora chiamati alla prova dei fatti.

Più note per gli esiti positivi sono le esperienze dei bilanci partecipativi in cui

connubio importante, quello della partecipazione con i lavori pubblici e l'abitare, che ci proietta immediatamente nella cornice di senso della rigenerazione urbana "dal basso" e dei patti di collaborazione come strumenti di resilienza e inclusione sociale. Di fatto, come sostenuto dalla dottrina la causa di tali patti si rinviene nell'animus donandi dei cittadini interessati a collaborare in una dimensione bottom up alla cura e rigenerazione dei beni comuni urbani. Cfr. Michiara, 2016, 2, Calderoni, 2016, e di poi, Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5501; I contenuti dei Patti sono definiti dal Regolamento e possono variare in base alla complessità dei singoli progetti; Cfr. Giglioni, 2016, 2, 271 e ss., sulla natura giuridica dei patti di collaborazione.

69. Esemplificativo sul punto il Regolamento della città di Torino approvato con delibera del c.c.11.1.2016 come anche l'altrettanto di Bologna: Giusti, 2018,138, 153, Bonomo, 2017, 18 e Arena, 2014.

70. Chiti, 2017, 21 e ss., Arena, 2006, Francini, Colucci, Palermo, Viapiana, 2012, 56 e ss, Cassese, 2001, 601.

71. Come sostenuto da autorevole dottrina– M.K. Briand e R. Lewanski– istituzionalizzare la partecipazione determina l'insorgere di una modello comportamentale o procedurale indipendentemente dalle caratteristiche, interessi e preferenze dei soggetti coinvolti; in cfr. Brunazzo, 2017, 837 e 838, Lewanski, 2016, 133.

72. Muzi, 2016, 121, 123.

73. Brunazzo, 2017, 837–838, Bonomo, 2017, 11 e ss., Smith, 2009, 1.

una quota del bilancio dell'ente viene riservata ai cittadini che ne determinano l'allocazione, dei finanziamenti collettivi/ investimenti diffusi e quelle dei programmi di qualificazione o rigenerazione urbana, cui sono chiamati a partecipare i cittadini del territorio ascoltati in modo diretto per quanto a necessità e problematiche.

Il bilancio partecipativo è un processo di democrazia diretta attraverso il quale i cittadini scelgono ogni anno come e dove investire le risorse del bilancio municipale; un metodo ed un modello di decentramento, di autogestione e di partecipazione diffusa alle scelte municipali.

Il territorio così realizza gli investimenti segnalati dai privati producendo benefici attraverso la partecipazione con le amministrazioni (governo e regioni a disposizione per quanto a norme e cespiti)[74].

L'esistenza di programmi pubblici di investimento a livello territoriale determina una condizione favorevole per la definizione di nuovi modelli di intervento sia in termini di governance che di modelli di finanziamento degli interventi[75].

Trattasi del crowfunding o finanziamento collettivo, ovvero del modello collaborativo basato su di un processo innescato da un gruppo di persone che utilizza il proprio denaro in comune, allo scopo di sostenere micro – finanziamento dal basso anche attraverso l'uso del web e di piattaforme informatiche (open call su cui vengono caricate idee del futuro)[76].

Iniziative locali di "investimento diffuso" (public company ad azionariato diffuso) finalizzate a realizzare interventi di recupero e valorizzazione economico – sociale di parti del patrimonio edilizio abbandonato e/o sottoutilizzato, restituiscono alla comunità un valore culturale generando stimolo per nuove attività economiche locali.

La trasparenza, la fiducia e la tecnologia sono i tre ingredienti necessari con cui si compone la pratica dell'investimento collettivo o diffuso.

Dalla dimensione partecipata dell'ideazione, della progettazione, dell'esecuzione e non soltanto del concorso finanziario si realizza un modello di business, nel quale un'impresa o un'istituzione affida, tramite una open call basata su portali presenti in internet, la progettazione, la realizzazione o lo sviluppo di un progetto, oggetto o idea ad un insieme indefinito di persone non organizzate precedentemente.

La partecipazione dei cittadini e il ricorso alle prime forme di crowdsourcing e di crowdfunding come nuovi strumenti per la realizzazione di progetti al fuori dal budget dell'amministrazione[77].

74. I borghi d'Italia, dalla visione alla rigenerazione, ANCE, ance.it. Roma, dicembre 2017, 23.
75. I borghi d'Italia, dalla visione alla rigenerazione, Brunazzo, 2017, 840.
76. Nulli, 2015.
77. Barollo e Castrataro, 2013, 7.

Crowdsourcing, e crowdfunding riflettono fenomeni che sono stati concettualizzati e hanno avuto vasta eco grazie anche alla teoria socio – economica della "saggezza della folla", secondo la quale una massa di individui sarebbe in grado di fornire una risposta adeguata e valida a una domanda più di quanto non siano in grado di farlo gli esperti[78].

La promozione di interventi a favore dei borghi storici riconosciuti e impegnati in programmi di tutela del patrimonio culturale e ambientale, possono esser proposti anche da soggetti privati; il miglioramento qualitativo e competitivo del territorio pugliese coinvolge, oltre al sistema delle Amministrazioni regionale e locali, anche i soggetti che attraverso le proprie competenze specifiche, a vario titolo, possono contribuire allo sviluppo sostenibile.

Le amministrazioni si rivolgono non solo ai soggetti finanziatori usuali (Europa, Stato, Regione, banche, grandi imprese private), ma anche a soggetti come gli abitanti, i city users, le cooperative e le imprese locali; il tutto attraverso forme di sperimentazione di crowfunding civico[79] come pratica del finanziamento collettivo dal basso di opere e progetti pubblici basato sulla fiducia ed il coinvolgimento dei cittadini.

Trattasi di una sorta di «sharing economy legata alla gestione delle comunità locali»[80].

Si assiste alla realizzazione di un esempio di economia virtuosa data dall'utilizzo di risorse umane e professionali della piccola comunità, ma con la consapevolezza di avere un grande valore da far valere, la loro bellezza paesaggistica, sia pur a fronte di pochissime risorse.

Le persone diventano sorgenti di idee coinvolgendo le p.a. su temi di diretto interesse; la progettazione diviene partecipata attraverso un processo orizzontale sintetizzabile nella sequenza: idee innovative– creatività – nuove tecnologie.

Dal progetto come prodotto al progetto come inizio di un percorso.

Attualmente tre sono le prime tre campagne di crowdfunding che interessano esperienze di borghi d'Italia, ovvero Laigueglia in Liguria[81] (per realizzare un

78. Surowiecki, 2007. «Nel XIX secolo lo scrittore irlandese Jonathan Swift ispirò gli «Irish Loan Fund», una sorta di istituti collettivi di microcredito che combattevano la povertà del popolo irlandese. Di poi, nel 1884 Joseph Pulitzer, proprietario della rivista «The World», lanciò una raccolta di fondi dal basso, per finanziare il piedistallo e l'istallazione della Statua della Libertà, dopo che il Comitato preposto era riuscito a raccogliere solo 150.000 dei 300.000 dollari necessari». Nulli, op. già cit., 8 e 39. Un esempio di crowdfunding civico è Citizinvestor, piattaforma statunitense che consente ai governi e alle organizzazioni non profit di presentare proposte d'intervento di interesse pubblico che i residenti possono scegliere di sostenere (nuovo parco pubblico).

79. Nulli, 2015, Cogo, 2015, Giannola e Riotta, 2013, 4, 60.

80. Bai, 2016.

81. crowd–funding.cloud/it/spiagge–ricreative–laigueglia–592.asp.

Parco Ludico in riva al mare), Furore sulla Costiera Amalfitana (per operare la riqualificazione del Giardino della Pellerina[82]) e San Benedetto Po in provincia di Mantova (per ristrutturare l'ex infermeria monastica cinquecentesca, attualmente inagibile, per ospitare una struttura ricettiva con ristorante, spazi espositivi, laboratori artigianali ed atelier).

Infine altra esperienza in corso d'opera si sta realizzando per quanto all'attività svolta dall'Anci Crowd[83] come investimento sulla solidarietà per far tornare a sperare i borghi preziosi del centro Italia vittime del terremoto.

82. initalia.virgilio.it/al–via–il–crowdfunding–per–i–borghi–piu–belli–ditalia–ecco–i–primi–tre–

83. Successo di "anci crowd" – finanziati 18 progetti su 21 in anci.it, 17.4.2018. Comunicato stampa Anci. «Anci Crowd, i Comuni per i Comuni» è l'iniziativa lanciata dall'associazione nazionale dei Comuni che si tradurrà in acquisti e interventi in 18 Comuni di Marche e Lazio. L'Anci aveva raccolto 700 mila euro attraverso donazioni di Comuni, associazioni, organizzazioni e privati. A dicembre ha lanciato la campagna di raccolta fondi attraverso il partner, leader nel settore del crowdfunding, Eppela. Attraverso quest'operazione, le risorse disponibili hanno così raggiunto quota un milione e 300 mila euro Con un avviso pubblico, sono state selezionate 21 proposte di progetto avanzate da altrettanti Comuni con il coinvolgimento delle comunità locali. Diciotto di esse hanno raggiunto l'obiettivo di raccogliere autonomamente almeno la metà del budget necessario per l'opera o l'intervento che volevano realizzare o per l'acquisto di beni che si erano prefissi. Alcune fondazioni bancarie del territorio hanno contribuito in modo particolarmente significativo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Aa.Vv. (1960). *Carta di Gubbio*, *Urbanistica*, 32. Roma: INU Istituto Nazionale di Urbanistica.

Aa.Vv. (2013). Verso la rigenerazione urbana dei centri storici nei comuni minori: verso un protocollo di lavoro, in http://reframeworkgroup.it/wp–content/uploads/2014/06/Protocollo_di_lavoro_2013.pdf.

Aa.Vv. (2015). Manifesto dei Borghi Autentici d'Italia. *Borghiautenticiditalia.it,* p.1 ss. in https://www.borghiautenticiditalia.it/sites/default/files/Manifesto%20BAI–versione%20integrale.pdf.

Angiuli A. (2014). La genesi urbanistica del centro storico: dalla Carta di Gubbio alle nuove problematiche del risanamento, atti del convegno «I centri storici tra norme e politiche», *Aedon,* p. 1 ss.

Angiuli A. (2015). La genesi urbanistica del centro storico: dalla «carta di Gubbio» alle nuove problematiche del risanamento. In: Lamberti C., Campiani M., a cura di, *I centri storici tra norme e politiche*. Napoli: Jovene Editore, p. 82 ss.

Arena G. (2006). *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia.* Bari: Laterza.

Arena G. (2014). Un regolamento per la cura condivisa dei beni comuni. *Labsus.org.* in https://www.labsus.org/2014/02/beni–comuni–un–regolamento–cittadini

–attivi–piu–forti/.

Bai F., (2016). I borghi intelligenti rinascono con il crowd. *Repubblica,* in https://www.repubblica.it/economia/affari–e–finanza/2016/06/27/news/bai_i_borghi_

intelligenti_rinascono_con_il_crowd–142971839/.

Barollo A., Castrataro D. (2013). Crowdfunding civico: una proposta, in https://issuu.com/alessiobarollo/docs/civic–crowdfunding.

Bessone M., (1974). Pianificazione territoriale e difesa del centro storico. Materiali per una discussione. *Il Foro Italiano ARL,* 97, p. 134 ss.

Bonisolli R., Resnati F. (2005). Ruolo e forma della rappresentazione nell'innovazione dei processi di pianificazione locale. In: Magnaghi A., a cura di, *La rappresentazione identitaria del territorio.* Firenze: Alinea editrice, p. 237 ss.

Bonomo A. (2017). Rigenerazione urbana e nuove modalità partecipative: una riflessione. *Annali del dipartimento Jonico*. Taranto: Edjzionisge, p.11 ss.

Boschetti B. (2016). L'impatto della funzione di rigenerazione sugli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione. In: Di Lascio F., Giglioni F, a cura di, *La rigenerazione di beni e spazi urbani.* Bologna: Il Mulino, p.177 ss.

Boscolo E. (2017). La riqualificazione urbana una lettura giuridica. *Urban@it,* 1, in https://www.urbanit.it/wp–content/uploads/2017/10/BP_Boscolo.pdf.

Bravo L., Mingucci R. (2008). Centri storici. Evoluzione normativa e modelli di rappresentazione. *Disegnarecon*, vol. 1, 2, p. 2 ss., in https://disegnarecon.unibo.it/artic

–le/view/1372/930.

Brunazzo M. (2017). Istituzionalizzare la partecipazione? Le leggi sulla partecipazione in Italia. *Federalismi.it*, 7, p. 837 ss.

Calderoni G. (2016). I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica. *Aedon*, 2, p.1 ss.

Cassese S. (2011). L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.,* p. 601 ss.

Cerasoli M. (2010). Il recupero dei centri storici: la «modulazione della tutela». *Planum,* p.1–10, http://hdl.handle.net/11590/146252.

Cerasoli M. (2018). Historical Small Smart City. Il recupero dei centri storici minori: una opportunità concreta (tra modulazione della tutela e nuove tecnologie). In: Cerasoli M., Mattarocci G., a cura di, *Rigenerazione urbana e mercato immobiliare*. Roma: Roma-Trepress, p.10 ss., in romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/rigenerazio–

ne/article/download/1612/1603.

Cervellati P.L. (2009). La sorte dei piccoli centri storici: abbandonati, trasfigurati, turisticizzati, Minori e maltrattati. *Bollettino Italia Nostra*, 445, p.11 ss.

Cervellati P.L. (2010). Centri storici XXI secolo. *Enc. Treccani*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/centri–storici_%28XXI–Secolo%29/.

Chiti E., (2017). La rigenerazione di spazi e beni pubblici; una nuova funzione amministrativa. In: Giglioni F. e Di Lascio F., a cura di, *La rigenerazione di spazi e beni urbani. Contributo al diritto delle città*. Bologna: Il Mulino, p. 21 ss.

Cimini S. (2014). La riqualificazione d'eccellenza nei Borghi storici europei, tra recupero tecnologico ed efficientazione energetica. Esperienze a confronto. In: Ricci M., Battisti A., Monardo A., a cura di, *I borghi della salute*. *Healty Ageing per nuovi progetti di territorio*. Firenze: Alinea, 5, p. 221 ss.

Cogo G. (2015). *Cambiare la PA con il crowdfunding civico: il co–design dei servizi,* in https://www.agendadigitale.eu/smart–city/cambiare–la–pa–con–il–crowdfunding–civico–il–co–design–dei–servizi/.

Corazza L., Dipace R., (2017). La disciplina giuridica delle aree interne. Tra coesione territoriale e sviluppo sostenibile. In: M. Marchetti, Panunzi S., Pazzagli R., a cura di, *Aree Interne Per una rinascita dei territori rurali e montani*. Soveria Mannelli: Rubbettino, p. 81 ss.

D'Alessandro E. (2015). Il progetto Universitas Casalium – 3000 posti letto in 30 paesi albergo. L'esperienza dei Casali di Cosenza. In: Baccarani C., Testa F., Minguzzi A., Golinelli G., a cura di, *Heritage, management e impresa: quali sinergie?* Verona: CUEIM S.r.l., p. 679 ss., in https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/177215/294544

/2015_GDM_Per%20un%20museo%20diffuso_Sinergie.pdf.

D'Alessio G. (1983). *I centri storici aspetti giuridici.* Milano: Giuffrè.

De Matteis M., Del Brocco B., Figliola A. (2015). L'housing sociale strumento di rigenerazione urbana nei quartieri ERP. *Urbanistica tre*, 6, p. 109 ss., in http://www.urbanisticatre.uniroma3.it/dipsu/wp–content/uploads/2015/06/U3_quader–

ni_06_dematteis_delbrocco_figliola.pdf.

Di Gioia V. (1975). Criteri di definizione dei centri storici. *Civiltà delle Macchine,* 1–2, p. 25 ss.

Dipace R. (2017). Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali. *Istituzioni del federalismo*, 3, p. 644 ss.

Fantini S. (2015). Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale. *Aedon,* 2, 1 ss.

Fazio M. (1976). I centri storici italiani. Milano: Silvana Editoriale D'Arte.

Francini M., Colucci M., Palermo A., Viapiana M. (2012). *I centri storici minori. Strategie di rigenerazione funzionale.* Milano: FrancoAngeli.

Garbin E. (2015). Milano Figino, Il borgo sostenibile. *Urbanistica tre*, 6, p.101 ss., in www.urbanisticatre.uniroma3.it/dipsu/wp–content/uploads/2015/06/U3_quader–ni_

06_garbin.pdf.

Gargano P. (2010). *Puglia, la «rigenerazione» dei borghi tramite l'ospitalità diffusa,* in www.statoquotidiano.it/13/01/2010/puglia–la–rigenerazione–dei–borghi–mediante–lospitalita–diffusa/12116/.

Giannini M.S. (1971). Difesa dell'ambiente e del patrimonio neutrale e culturale. *Riv. Trim.Dir. Pubbl.,* p. 1124 ss.

Giannola E. e Riotta F. (2013). Crowdfunding civico: finanziamento collettivo come strategia di innovazione sociale. *Urbanistica informazioni*, 4, p. 60, http://hdl.handle.net/10447/86048.

Giglioni F. (2016). I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città. *Munus,* 2, p. 271 ss.

Giovannoni G. (1938). Piani regolatori paesistici. *Urbanistica*, 5, p.276 ss.

Giusti A. (2018). *La rigenerazione urbana.* Napoli: Editoriale Scientifica.

Jokilehto J. (2011). Strategie e strumenti di intervento e di gestione. In: Toppetti F. a cura di, *Paesaggi e città storica: teorie e politiche del progetto.* Firenze: Alinea editrice, p.119 e ss.

Lewanski R. (2016). *La prossima democrazia: dialogo, deliberazione, decisione.* Morrisville: Lulu.

Marchionni C., De Bernardinis P., Bellicoso A., (2014). La compatibilità delle tecnologie off–grid nella riqualificazione delle reti energetiche dei centri storici minori. *Tecne*, Firenze: University press, 7, p.118 ss.

Michiara P. (2016). I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del comune di Bologna. *Aedon*, p. 2 ss.

Muzi L. (2016). L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale. In: Di Sciascio F, Giglioni F. a cura di, *La rigenerazione di beni e spazi pubblici urbani.* Bologna: Il Mulino, p. 117 ss.

Novak C. (2005). Sulle strategie di comunicazione e rappresentazione nella pianificazione dei centri storici Percepire, esprimere, trasmettere valori simbolici. In: Magnaghi A., a cura di, *La rappresentazione identitaria del territorio. Atlanti, codici, figure, paradigmi per il progetto locale.* Firenze: Alinea editrice, p. 253 ss.

Nulli M., (2015). *Il finanziamento collettivo come opportunità: il crowdfunding, Provincia Autonoma di Trento Direzione Generale*, in www.osservatorioappalti. unitn.it/viewFile.do?id=14286055995 57&dataId...pdf.

Pane R., (1971). Centro storico e centro antico. In: Aa.Vv., a cura di, *Il centro antico di Napoli.* Napoli: ESI, p. 15 ss.

Patroni Griffi F. (2017). Autonomie locali e nuove forme di democrazia: ovvero del recupero della partecipazione. *Diritto e Società,* 2, p. 157–176.

Pierotti P. (2013). Recupero e housing, laboratorio siciliano: a Palazzolo Acreide il cantiere Mediterranea Engineering, *Edilizia e Territorio,* in http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/progetti–e–concorsi/2013–02–15/re

cupero–housing–laboratorio–siciliano–190738.php?uuid=Ab3HwrUH.

Rago P. (2004) L'ambiente come nuovo diritto fondamentale della persona nella futura Costituzione Europea. *Ambientediritto.it.*

Sanapò M. (2001). I centri storici come beni culturali: un percorso difficile. *Aedon*, 2, p.2 ss.

Sau A. (2018). La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne. *Federalismi.it*, 3, p. 2 ss.

Severini G. (2015*).* Centri storici: occorre una legge speciale o politiche speciali? *Aedon,* p. 1 ss.

Smith G. (2009). *Democratic innovations: designing institutions for citizen participation*. Cambridge: Cambridge University Press.

Surowiecki J. (2007). *La saggezza della folla*. Roma: Fusi Orari.

Ventura F. (1999). *L'istituzione dell'Urbanistica. Gli esordi Italiani*. Firenze: Alfani editrice.

UMBERTO VIOLANTE

NEOFORMALISMO NEGOZIALE E GIUDICE LEGISLATORE*

ABSTRACT

Il contributo evidenzia le criticità della reinterpretazione dell'art. 23 T.U.F. proposta in nome del neoformalismo contrattuale dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 898/2018 in relazione al contratto quadro d'investimento, sottoscritto dal solo cliente.

This paper provides a critical analysis of the new principle laid down by the Supreme Court with decision n. 898/2018 about the article 23 of legislative decree n. 58 of 24 february 1998.

PAROLE CHIAVE

Art. 23 del d. lgs. n. 58/1998 / Contratto quadro con sottoscrizione del solo cliente / Neoformalismo contrattuale

Article 23 L. D. n. 58/1998 / Contract signed only by the customer / Valid and enforceable

SOMMARIO: 1. Il binomio forma–informazione e la deroga alle regole civilistiche di diritto comune: l'esempio dell'art. 23 T.u.f. e dell'art. 117 T.u.b. – 2. L'interpretazione teleologica dell'art. 23 T.u.f. e gli interrogativi sulla sua legittimità – 3. La reinterpretazione dell'art. 23 T.u.f. e l'evidente insanabile contrasto con le regole stabilite dall'art. 1327 c.c.

1. In nome del neoformalismo negoziale[1] di recente nell'ambito dell'intermediazione mobiliare e in quello bancario sono state superate le incertezze interpretative

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Sulla forma del contratto come strumento di tutela del contraente debole finalizzato a richiamare la sua attenzione in modo puntuale sul contenuto degli obblighi contrattuali, in relazione alla quale si suole parlare di neoformalismo o di formalismo negoziale, si considerino in particolare i contributi di Pagliantini, 2011, 772; *id*., 2017, 679; *id*., 2012, p. 325 ss. Berti De Marinis 2014, 612 ss.; *id*., 2016, 283; Girolami, 2017, 543 ss.; La Rocca, 2017, 13; Id., 2017, 2740 ss.; De Bona, 2014; Breccia, 2006, 535 ss. Chiara traccia dell'acceso dibattito dottrinario si coglie dalla lettura dell'ordinanza di Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in *Foro it*., 2017, I, 2731, con note di Pardolesi e La Rocca e che può leggersi anche in *I Contratti*, 2017, 398 ss. con nota di Maffeis.

sulla validità del contratto sottoscritto dal solo cliente. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite[2], in controtendenza rispetto al precedente consolidato orientamento di legittimità[3], sulla premessa che alla previsione di nullità relativa per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23 del d. lgs. n. 58/1998, debba riconoscersi lo specifico fine di assicurare l'adeguata informazione del cliente, in ordine alle conseguenze che deriverebbero dall'assunzione del vincolo negoziale, sì da evitare che il suo consenso sia prestato in modo inconsapevole, hanno affermato che il contratto quadro è valido, pur se il documento contrattuale (predisposto dall'intermediario) sia stato sottoscritto soltanto dal cliente, qualora egli ne abbia ricevuto un esemplare e il consenso tra le parti sia stato raggiunto per *facta concludentia*. Poco dopo, il medesimo principio dalla prima sezione della Suprema Corte è stato ritenuto espressamente applicabile anche ai contratti bancari, in relazione ai quali l'art. 117, terzo comma, del d. lgs. n. 385/1993 prevede il requisito della forma scritta a pena di nullità[4].

L'aver attribuito alla forma il ruolo di strumento e veicolo di informazione, al fine di garantire l'esenzione dall'assoggettamento alle regole tradizionali delle patologie civilistiche del negozio, desta più d'una perplessità, allorché l'esaltazione del neoformalismo porti all'elaborazione di soluzioni non coerenti con i principi sulla interpretazione della legge e confliggenti con la disciplina del contratto in generale, specie in punto di regole che ne disciplinano la conclusione.

2. Nel momento in cui la Corte di Cassazione ha inferito dal carattere relativo della nullità prevista dall'art. 23 t.u.f., che il vincolo di forma ivi menzionato è da intendersi imposto unicamente in funzione di rendere al cliente un'informazione completa, onde consentirgli lo scambio del consenso responsabile, ha finito per discostarsi dalla chiara formulazione letterale della norma. Che, se analizzata nella sua interezza non sembra voler disgiungere la forma scritta dall'aspetto del perfezionamento del contratto, così da privarla di ogni rilevanza sul piano della

2. Si veda Cass. –Sez. Unite– 16 gennaio 2018, n. 898, che può leggersi in *Foro it*., 2018, I, 928 con nota di Medici, in *I Contratti,* 2018, 134 ss. con note di D'Amico, 138, Pagliantini, 143 e Amagliani, 149, in *Banca borsa tit. cred*., 2018 con note di Chiarella, 292 e di Mirone, 275.

3. Sino alla pronuncia delle Sezioni Unite la forma scritta, di cui è fatta menzione nell'art. 23 t.u.f. (ma il discorso è valido anche in relazione all'art. 117, comma 3, t.u.b.), si intendeva prevista dalla citata disposizione *ad substantiam* e, dunque, come elemento costitutivo del contratto. Non poteva pertanto ritenersi soddisfatta ogni volta che fosse stato riscontrata soltanto la presenza della sottoscrizione del cliente. In questo senso cfr. *ex plurimis* Cass. 3 aprile 2017, n. 8624, in *I Contratti*, 2017, 509 ss. con nota di Lombardi; conf. Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corriere giur*., 2016, 1110; Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, *id.*, Rep. 2016, voce *Contratto in genere,* nn. 362, 363; Cass. 3 gennaio 2017, n. 36, *Banche dati De Jure*, archivio *Cassazione civile*.

4. Cfr. Cass. 21 giugno 2018, n. 16362, in *Banche dati De Jure*, archivio *Cassazione civile*.

struttura del negozio[5]. Appare decisiva in tal senso in particolare la parte finale del primo comma della norma la quale, nella misura in cui ha previsto che particolari tipi di contratto «possano o debbano *essere stipulati in altra forma*» (cioè in forma non scritta) su espressa autorizzazione della Consob (e nel rispetto delle condizioni individuate dal legislatore), ha mostrato di voler collegare la "forma" a quella che il contratto deve necessariamente rivestire per il suo perfezionamento. Così da conferirle la consistenza di elemento costitutivo della stipulazione. Il che, peraltro, rende ultronea l'indagine tra regole sulla formazione del contratto e quelle sulla validità ed efficacia dello stesso[6]. Rendendo, anzi, palese che la menzione della redazione «per iscritto» (dei contratti di intermediazione finanziaria), poco più avanti contemplata dalla norma, non possa avere altro significato, se non quello di formazione dell'accordo in forma scritta al fine della validità del contratto. E, dunque, di forma in funzione degli effetti dell'atto non riducibile soltanto alla forma protettiva intesa come «veicolo necessario di informazioni necessarie»[7]. Resterebbe altrimenti da chiarire –e sarebbe necessario farlo prima di propendere per altra opzione interpretativa– quale sia il senso di una previsione che abbia reso possibile nel concorso delle condizioni indicate (e sempre che vi sia stata autorizzazione dell'organo di controllo e vigilanza del mercato finanziario) la stipulazione del contratto in forma diversa da quella scritta. Che nella logica della decisione della Suprema Corte nel suo massimo consesso in base a quanto traspare dalla sua motivazione risulta del tutto svalutata e nient'affatto presa in considerazione in ragione della statuizione che ha ritenuto legittimo il perfezionamento del contratto per comportamenti concludenti (che, all'evidenza, integrano una tecnica di perfezionamento che si realizza in forma diversa da quella scritta), a prescindere da qualsivoglia autorizzazione.

La sensazione che, pertanto, si trae, è che il nuovo principio affermato, pur volendosi far apparire come il frutto di un approccio ermeneutico improntato alla valorizzazione dell'*intentio legis*, sia stato piuttosto l'esito di un procedimento di correzione del diritto incorporato nel testo legislativo discutibile. Perché attuato

5. La questione si presta a confluire nell'ambito del c.d. neoformalismo negoziale. In proposito uili approfondimenti in Breccia, 2006, 535 ss., il quale sottolinea con forza il profilo che il fomalismo di protezione non si presta ad essere sistemato secondo i canoni del formalismo quale requisito di un contratto; e, in assenza di una disciplina generale (che invece esiste, sia pure in maniera del tutto embrionale, nel caso della mancanza della forma, quando la stessa assurga al rango di un elemento essenziale dell'intero atto), affida agli interpreti una responsabilità in gran parte nuova» (p. 536). Si vedano anche Pagliantini, 2011, 772; Berti De Marinis, 2016, 283.

6. Il distinguo appare invece utile ed anzi, direi, decisivo nella prospettazione di Maggiolo, 2012, 466 ss. al fine delle diverse conclusioni che ne trae, che però non sembra valorizzare più di tanto la completa formulazione dell'enunciato legislativo contenuto nell'art. 23.

7. Sono le suggestive parole usate da De Nova, 1993, 710.

sul presupposto della non «dirimente»[8] efficacia della formulazione letterale della norma, che, invero, non appare sussistere e, così, per mano di una giurisprudenza assurta al rango di fonte del diritto[9]. Più esattamente della portata dell'art. 23 t.u.f. nel significato tecnico–giuridico proprio delle espressioni che lo strutturano, per contenere le inefficienze indotte dal punto di vista economico sul mercato finanziario dai riflessi (*rectius* l'obbligo restitutorio) dell'effetto giuridico (*rectius* la nullità relativa), desunto dall'interpretazione letterale della norma. A quest'ultima, tuttavia, in base alle regole vigenti, dovrebbe essere assicurato sempre il primato, almeno sino a quando l'effetto giuridico risultante dalla sua formulazione abbia evidenziato una situazione di incompatibilità con il sistema legislativo[10]. Nel caso in esame, invero, né rilevata dalla Suprema Corte né tanto meno revocata in dubbio, proprio al fine di giustificare una soluzione basata sull'ermeneusi eminentemente teleologica[11]. Non potendosi, invero, ritenere confliggente con il sistema normativo (l'effetto del)la nullità del contratto, che sia privo della sottoscrizione

8. Di formulazione letterale dell'art. 23 t.u.f. non dirimente parla espressamente la pronuncia a Sezioni Unite, al fine di svilire all'evidenza l'enfatizzazione del richiamo alla «redazione per iscritto» ivi contenuto o comunque di creare il presupposto per farne emergere un'ambiguità che, invero, in ragione delle considerazioni e sposte nel testo, non sembra davvero avere.

9. Torna a riproporsi la questione che raffinati giuristi hanno etichettato con la denominazione di «dottrina delle corti» e su cui si rimanda in particolare a Pardolesi–Granieri, 2013, 187; ma si veda anche Di Ciommo, 2010, 157.

10. Per poter meglio apprezzare in tema di interpretazione dell'art. 23 t.u.f. la disapplicazione del solido principio giurisprudenziale più volte ribadito appare utile richiamare Cass. 6 agosto 1984, n. 4631, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2983, che in motivazione ha messo bene in luce che «è compito del legislatore determinare l'effetto giuridico ricollegato alla fattispecie astratta tipizzata nella disposizione legislativa da esso emanata. Effetto giuridico che è quello risultante dalle espressioni usate nella formulazione della norma, nel loro significato tecnico–giuridico. Soltanto nell'ipotesi –eccezionale– che l'effetto giuridico risultante dalla formulazione legislativa sia incompatibile con il sistema legislativo, l'interprete è autorizzato, in base all'*intentio legis*, ad individuare l'effetto giuridico che in realtà i compilatori della norma hanno inteso ricollegare alla tipizzata fattispecie astratta. Ma non può l'interprete correggere la norma, nel significato tecnico–giuridico proprio delle espressioni che la strutturano, sol perché ritiene che l'effetto giuridico risultante sia inadatto, in quanto eccessivo, rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa.»; in senso conforme successivamente Cass. 13 aprile 1996, n. 3495, in *Foro it*., Rep 1996, voce *Legge*, n. 51; Cass. 23 maggio 2005, n. 10874, *id.,* Rep. 2005, 2005, voce *Termini processuali civili*, n. 12. Più di recente Cass. 4 aprile 2014, n. 7992, *id.,* 2015, 3, I, 1058 che in motivazione, dopo aver evidenziato che il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale in taluni casi, ha però specificato che «trattasi di una ipotesi eccezionale e da maneggiare con cura». In dottrina prende nettamente le distanze dal principio giurisprudenziale testé richiamato Perlingieri, 1989, 275 ss. L'autorevole civilista osserva, tra l'altro, che «"capire" la norma non è, e non può essere, il risultato dell'esegesi puramente letterale, ma l'individuazione della sua logica e della sua giustificazione assiologica» (299).

11. Soluzione che sembrerebbe prendere le mosse dall'affermazione, che, invero, non pare più di tanto motivata, di non poter attribuire «*alla formulazione letterale della norma efficacia dirimente*» (sono le testuali parole della sentenza).

dell'intermediario, per il semplice fatto della sproporzione che la stessa evidenzi, se rapportata alla funzione protettiva del cliente, a cui la forma scritta risulterebbe preordinata. Tanto più se si considera, che nel caso in esame il risultato sproporzionato appare correlato agli esiti inefficienti che l'effetto restitutorio dei soli investimenti di segno negativo derivante dalla nullità (relativa) è suscettibile di generare, piuttosto che a quest'ultima in sé e per sé considerata.

Una volta che si condivida l'approccio che si propone, in base al tenore non equivoco dell'art. 23, in virtù dei rilievi testé esplicitati, avrebbe dovuto assicurarsi prevalenza alla sua interpretazione letterale in ossequio ad una chiara scelta di politica del diritto[12]. Con la conseguenza di non poter ritenere la sottoscrizione dell'intermediario ininfluente per la valida conclusione del contratto. Una diversa opzione, sul presupposto di una presunta incompletezza della norma e/o ambiguità del suo linguaggio[13], per il solo fatto che dalla stessa nessuna specifica menzione alla sottoscrizione dell'intermediario sia stata fatta, si rivelerebbe non coerente con la previsone del vincolo di forma scritta, quale elemento costitutivo del contratto. Che, invece, per quanto testé osservato, appare cogliersi proprio in ragione dell'enunciato legislativo considerato nel suo complesso.

3. Oltre a non convincere per le ragioni appena esposte, la decisione delle Sezioni Unite mostra altra evidente criticità, allorché si rifletta sul fatto che è stata attribuita vocazione di regola generale a una tecnica di conclusione del contratto che, nell'ambito del perfezionamento del contratto quadro di intermediazione finanziaria, per quanto si appalesa in base alla lettera non ambigua della legislazione speciale (e alla piana intenzione del legislatore), avrebbe dovuto considerarsi solo eccezionale[14]. Il che rende palese lo stravolgimento del senso letterale delle parole della norma nella sua formulazione tecnico–giuridica. Questa, infatti, alla stregua del suo tenore inequivoco sembrerebbe legittimare, come si accennava più avanti, la conclusione di un valido contratto in forma diversa da quella scritta solo in presenza di specifico provvedimento della Consob (sentita la Banca d'Italia), che abbia espressamente autorizzato la deroga (e, peraltro, per motivate ragioni o in base alla natura professionale dei contraenti)[15].

12. Si mostra critico verso approcci ermeneutici volti a ritenere che la sottoscrizione dell'intermediario non sia necessaria, perché propensi a neutralizzare una norma imperativa come l'art. 23 t.u.f., la quale è rivelatrice di una chiara scelta di politica del diritto Tucci, 2017, 543 ss.

13. In questo caso assunta non come esito dell'interpretazione ma come punto di partenza per giustificare la riformulazione dell'enunciato legislativo.

14. Per l'evidente ragione che trattasi di una tecnica di conclusione del contratto che determina la formazione del contratto senza che vi sia stata accettazione per iscritto.

15. L'art. 23, infatti, dopo aver stabilito che I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investi-

Al di là di questo profilo, che evidenzia in punto di schemi di conclusione del contratto l'alterazione del rapporto regola–eccezione rispetto al modo in cui risulta concepito dal legislatore speciale, vi è, tuttavia, un altro aspetto che ingenera perplessità. Nel momento in cui risulti statuito che sia possibile perfezionare il contratto quadro (anche) per *facta concludentia* e, così (benché non ne sia stata fatta esplicita menzione) in base al modello delineato dal legislatore con l'art. 1327 c.c., dovrebbe supporsi già risolto positivamente l'accertamento della sussistenza dei suoi presupposti applicativi. È noto, invero, che lo schema disciplinato dall'art. 1327, anche in base alla univoca interpretazione della prassi operazionale, potrà ritenersi operante, soltanto se ricorra in concreto una delle ipotesi ivi tassativamente indicate: la richiesta del proponente, la natura dell'affare e l'uso commerciale[16]. Ma nessun accenno a tale preliminare questione è dato riscontrare in sentenza. Lasciando da parte sia il profilo della richiesta del proponente, che solleciti l'immediata esecuzione senza previa risposta[17], che quello dell'uso consolidato, l'uno e l'altro poco compatibili con la struttura del contratto quadro d'intermediazione finanziaria, l'attenzione dovrebbe spostarsi sulla natura dell'affare. Non sembra, tuttavia, conciliabile con il chiaro disposto dell'art. 23, un'opzione ermeneutica che, facendo leva proprio sulla natura dell'affare, abiliti la giurisprudenza (e/o l'interprete) a ritenere che il contratto d'intermediazione possa perfezionarsi validamente anche in forma diversa da quella scritta, pur quando non sia ravvisabile l'autorizzazione invece prescritta dal legislatore speciale. Né che, in assenza di espressa manifestazione di volontà legislativa in tal senso, il perfezionamento secondo altro e diverso schema sia comunque equiparabile a quello in forma scritta.

Il legislatore, invero, allorché ha individuato nella Consob e soltanto nella medesima (sentita la Banca d'Italia) l'istituzione abilitata ad autorizzare la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria in forma diversa da quella scritta «in relazione alla natura professionale dei contraenti», sembra aver inteso inibire che altri (diversi dalla Consob) possano sindacare in ordine alla validità del contratto concluso senza l'osservanza della forma scritta. Proprio perché soltanto alla

mento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti", prevede nella parte finale del primo comma che «La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma».

16. Cfr. in particolare Cass. 12 novembre 2004, n. 21516, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Competenza civile*, n. 57; Cass. 12 maggio 1999, n. 4699, *id.,* Rep. 1999, voce *Contratto in genere,* n. 348; Cass, 1 giugno 2016, n. 11392, *id.,* Rep. 2016, n. 325 ma si veda in motivazione anche Cass. civ., sez. un., 9 giugno 1997, n. 5139, in *I Contratti*, 1997, 445.

17. In proposito bisognerebbe quanto meno evidenziare le ragioni di speditezza da salvaguardare che imporrebbero, nell'interesse prevalente del preponente, la immediata esecuzione della prestazione così da rendere superflua ogni ulteriore trattativa.

Consob per espressa scelta di *policy* sembrerebbero essere state attribuite le prerogative istituzionali per valutare, se in base alla natura dell'affare (che in questo caso non sembra potersi disgiungere dalla considerazione della peculiare situazione dei contraenti interessati) sia possibile concedere l'autorizzazione alla stipulazione in deroga al vincolo di forma imposto per la validità del contratto. D'altro canto, quando il legislatore ha inteso derogare alle regole contenute nell'art. 1327 c.c., per rendere possibile, pur in difetto dei presupposti ivi indicati, il perfezionamento del contratto secondo la tecnica delineata dalla richiamata norma, ritenendolo equipollente alla stipulazione in forma scritta (e per giunta *ad substantiam*), l'ha fatto espressamente. Proprio come è accaduto con l'art. 2, comma 2, della l. n. 192 del 1998, in punto di conclusione del contratto di subfornitura, che si potrà considerare concluso per iscritto, benché sia stato perfezionato mediante un comportamento concludente (l'inizio delle lavorazioni o delle forniture)[18].

Né sarebbe possibile prescindere dalla sussistenza dei presupposti di applicazione dell'art. 1327 c.c.[19] richiamandosi (per implicito) al principio fondamentale di conservazione del contratto delineato dall'art. 1367 c.c.[20].

18. La formulazione testuale della norma è la seguente: «Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalita indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile».

19. Il profilo della necessaria sussistenza dei presupposti individuati dal legislatore nell'art. 1327, per ammettere che il contratto possa perfezionarsi mediante l'inizio dell'esecuzione della prestazione, viene ribadito anche da chi in dottrina (cfr. Venosta, 2010, 1133 ss.) sostiene che la richiamata norma non è inapplicabile ai contratti formali (sulla premessa che l'iniziata esecuzione configura "una forma vincolata non dichiarativa", che potrebbe anche prevalere su una norma che abbia imposto la forma scritta e così una forma dichiarativa).

20. Il punto è ben evidenziato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nella pronuncia 9 giugno 1997, n. 5139.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amagliani R. (2018). Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898. *I Contratti,* p. 149 ss.

Berti De Marinis G. (2014). Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa. *Banca, borsa, tit. cred.*, II, p. 612 ss.

Berti De Marinis G. (2016). Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela. *Banca, borsa, tit. cred*, II, p. 283.

Breccia U. (2006). La forma, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo V., vol. I: *Formazione*, a cura di Granelli C. Milano: Giuffré, p. 535 ss.

Chiarella M. (2018). Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti quadro d'investimento. *Banca borsa tit. cred*., p. 292.

D'Amico G. (2018). La "forma" del contratto–quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad *substantiam actus*. *I Contratti,* p. 138 ss.

De Nova G. (1993). Informazione e contratto: il regolamento contrattuale. *Riv. trim. dir. e proc. civ*., p. 710 ss.

Girolami M. (2017). Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo–formalismo contrattuale*,* in *Banca, borsa, tit. cred.,* p. 543 ss.

Di Bona L. (2014). Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici, in *Studi Urbinati di Scienze Giur. ed econ.*, consultabile anche all'indirizzo: ojs.uniurb.it/index.php/studi–A/article/download/402/388.

Di Ciommo F. (2010). "Giurisprudenza normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano. *Foro it*., I, p. 157 ss.

La Rocca G. (2017). Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*,* in *Riv. dir. bancario*, dirittobancario.it, 13

La Rocca G. (2017). La "forma informativa" innanzi alle sezioni unite. *Foro. it*., I, c. 2740 ss.

Maggiolo M. (2012). *Servizi ed attività d'investimento – Prestatori e prestazione.* Milano: Giuffré, p. 466 ss.

Medici C. (2018). Contratto di investimento monofirma: l'avallo delle Sezioni Unite *Foro it*., I, c. 937 ss.

Mirone A. (2018). Le sezioni Unite e il c.d. contratto monofirma. *Banca borsa tit. cred*., p. 275 ss.

Pagliantini S. (2011). Neoformalismo contrattuale. *Encicl. dir. – Annali*, IV. Milano: Giuffrè, p. 772 ss.

Pagliantini S. (2012). Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 140/10 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) *vieille renouvelée*. *Nuove leggi civ*., p. 325 ss.

Pagliantini S. (2017). Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale). *I Contratti*, p. 679 ss.

Pagliantini S. (2018). Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F. *I Contratti,* p. 143 ss.

Pardolesi R. – Granieri M. (2013). Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi. *Foro it.*, V, c. 187 ss.

Perlingieri P. (1989). *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile.* Napoli: Esi.

Tucci A. (2017). Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo–formalismo contrattuale**.** *Banca, borsa, tit. cred*, p. 543 ss.

Venosta F. (2010). Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2, comma 2, della legge sulla subfornitura. *Rass. dir. civ*., p. 1133 ss.

ELEONORA ZIZZO

LE ZONE ECONOMICHE SPECIALI: TRA SUCCESSO EUROPEO E *DÉBÂCLE* ITALIANA*

ABSTRACT

Le Zone Economiche Speciali (ZES) sono aree geografiche circoscritte nell'ambito delle quali l'Autorità governativa applica una legislazione economica differente rispetto a quella applicata nel resto del Paese ed offre incentivi a beneficio delle aziende, attraverso strumenti di agevolazioni fiscali/finanziarie e semplificazioni amministrative. Il decreto legge n. 91 del 2017, c.d. "Decreto Sud", ha sancito la nascita delle prime zone economiche speciali italiane; è necessario però porre in rilievo che ad oggi, si è ancora in attesa del decreto attuativo del Governo la cui pubblicazione era stata prevista per lo scorso 12 ottobre. Ebbene, il D.L. n. 91 del 2017 reca un insieme di disposizioni volte nel complesso a dare impulso alla crescita del Mezzogiorno, sia destinandovi risorse, sia incentivando l'utilizzo di strumenti imprenditoriali già esistenti, anche con riguardo all'innovazione. Le ZES nasceranno quindi al Sud: le regioni ammesse sono Campania, Basilicata, Puglia, Calabria e Sicilia. La prima possibile candidata a dare vita a una ZES sarà probabilmente l'area di Gioia Tauro; a seguire ci dovrebbero essere le aree retroportuali di Napoli e Salerno, Bagnoli, Taranto e infine Matera. A questo fine sono già stanziati circa 200 milioni di euro, da utilizzare tra il 2018 e il 2020.

Special Economic Zones (ZES) are circumscribed geographical areas in which the governmental authority implements different economic legislation compared to the one applied in the rest of the country and offers incentives for the benefit of companies, through instruments of fiscal / financial facilitations and simplifications. administrative. The decree law n. 91 of 2017, c.d. "South Decree", sanctioned the birth of the first Italian special economic zones; it is necessary, however, to point out that to date, we are still awaiting the Government's implementing decree whose publication was scheduled for 12 October. Well, the D.L. n. 91 of 2017 contains a set of provisions aimed at boosting the growth of Southern Italy, both by allocating resources to it and by encouraging the use of already existing business tools, also with regard to innovation. The Sez will therefore be born in the South: the permitted regions are Campania, Basilicata, Puglia, Calabria and Sicily. The first possible candidate to give life to a Sez will probably be the Gioia Tauro area; to follow there should be the back areas of Naples and Salerno, Bagnoli, Taranto and finally Matera. To this end, some 200 million euros have already been allocated, to be used between 2018 and 2020.

PAROLE CHIAVE

Federalismo fiscale / aiuti di Stato / ZES

Fiscal Federalism / State aids / ZES

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

SOMMARIO:1. Definizione, caratteristiche ed obiettivi delle Zes. – 2. Le ZES nell' Unione Europea: il quadro normativo comunitario e le esigenze di compatibilità. – 3. Le principali Zone Economiche Speciali in vigore in Europa e le opportunità di investimento. – 4. Le tipologie di incentivazione applicabili. – 5. Le ZES in Italia allo stato dell'arte e possibili evoluzioni future. –6. Lo scenario nel breve e medio periodo.

1. Le Zone Economiche Speciali (ZES) sono aree geografiche nell'ambito delle quali un'Autorità governativa offre incentivi a beneficio delle aziende che vi operano[1], attraverso strumenti e agevolazioni che agiscono in un regime derogatorio rispetto a quelli vigenti per le ordinarie politiche nazionali. Principalmente in paesi in via di sviluppo, hanno come obiettivo fondamentale l'aumento della competitività delle imprese insediate, l'attrazione di investimenti diretti, soprattutto da parte di soggetti stranieri, l'incremento delle esportazioni[2], la creazione di nuovi posti di lavoro[3] e il più generale rafforzamento del tessuto produttivo, attraverso stimoli alla crescita industriale e all'innovazione.In molti casi la dottrina e i *policy makers* parlano delle ZES come "poli di crescita" (*growth poles*), in quanto si tratta di aree in cui tariffe, quote, dazi, imposte, essendo diversi dal resto del territorio nazionale, offrono un maggiore *appeal* agli investitori e migliori possibilità di sviluppo. Le Zone Economiche Speciali possono declinarsi in modo diverso, dando vita a forme e strumenti specifici di supporto tra cui, ad esempio le Zone Franche (*Free trade zones* – FTZ): aree delimitate esenti da dazi e/o imposte che offrono strutture per lo stoccaggio e la distribuzione per operazioni di commercio, *trans–shipment* e *re–export*[4].

1. Farole, 2011.

2. Davies, Mazhikeyev, 2016.

3. Zeng, 2015.

4. Nel senso comune per Zona Franca si intende un luogo nel quale determinate regole non si applicano. E spesso, non si applicano quelle di carattere fiscale, cosicché storicamente le Zone Franche hanno assunto i caratteri della ricchezza e della prosperità. La Banca Mondiale usa la definizione di Zone Economiche Speciali per comprendervi una varietà di Zone Franche. Sono definite come aree delimitate, amministrate da un solo soggetto, dove alle attività sono offerte esenzioni dai diritti doganali, incentivi fiscali, procedure amministrative semplificate e altre facilitazioni. La crescita impetuosa del numero di Zone Franche nel mondo. Nel 1975 erano appena 79, in 25 Paesi; 176 nel 1986, localizzate in 47 Paesi; nel 1996 sono 845, in 93 Paesi; nel 2005 il numero sale a 3.500, localizzate in 130 Paesi. È in forte crescita il numero di SEZs realizzate e gestite da privati. Fra le 2301 SEZs localizzate nelle economie in sviluppo o in transizione, oltre il 60% sono private. Negli USA, le SEZ sono oltre 250, per lo più specializzate e funzionali alla riduzione dei costi della logistica più che di quelli diretti della produzione. In Europa le zone censite sono 50. In Polonia, il Governo ha creato ben 14 SEZs nel 1994, la cui operatività è stata estesa sino al 2026. Nei Paesi baltici sono in attività 10 Free Zones e altre 5 sono nella fase di start up

Le caratteristiche della ZES possono essere così sintetizzate:

1) *confini*: la ZES viene stabilita nell'area portuale e retro portuale di Gioia Tauro e include le aree in concessione alle società terminalistiche (240 ha), la Zona Franca (80 ha) e le aree industriali (420 ha), per una superficie totale di circa 740 ettari;

2) *condizione giuridica delle aree di riferimento*: le aree incluse nella ZES sono di proprietà del demanio e gestite dall'Autorità Portuale oppure appartengono al consorzio ASI. Queste aree vengono giuridicamente trasferite nella ZES sulla base di uno specifico accordo tra le parti coinvolte. Tutte le aziende già presenti nel territorio di riferimento, al momento della realizzazione della ZES continuano a mantenere i diritti di concessione di cui sono in possesso;

3) *attività ammesse*: nella ZES sono ammesse aziende che svolgono attività di natura logostico/distributiva o di natura industriale e aziende di servizi in genere. In particolare sono consentite: operazioni di importazione, operazioni di deposito merce, confezionamento, trasformazione, assemblaggio, riesportazione merce. Sono espressamente vietate: la produzione e lo stoccaggio di materiali radioattivi, la produzione di sostanze chimiche che possono avere un impatto negativo sull'ambiente, la fabbricazione di armi, la produzione di tabacco. In generale, all'interno della ZES non possono essere consentiti insediamenti o unità produttive o di trasformazione delle merci il cui ciclo di lavorazione sia in contrasto con le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale o di salvaguardia del territorio;

4) *le imprese della ZES*: le nuove imprese che si insediano nella ZES dovranno operare in piena armonia con la legge italiana e con gli specifici regolamenti istituiti per il funzionamento della ZES. Le imprese già presenti nel territorio al momento della costituzione giuridica della ZES sono registrate come aziende della ZES;

5) *amministrazione della ZES*: la gestione della ZES è affidata ad un soggetto giuridico designato dalla Regione Calabria, fermo restando le competenze che la

(Lituania). SEZs e Free Zones sono usate in Serbia, Romania, Bulgaria e Croazia. Nell'Unione Europea il caso più emblematico, e da molti punti di vista il più interessante, è quello irlandese; un caso di successo nel mondo, quanto a capacità di attrazione di Investimenti Diretti Esteri (FDI). Il porto di Tangeri in Marocco risulta come una tra le migliori Free Zones portuali in assoluto. Nel mondo, l'occupazione diretta generata dalle SEZ ammonta a circa 65/70 milioni di unità, di cui 40 milioni nella sola Cina. L'espansione enorme, nel numero e nell'ampiezza delle SEZs, è un fenomeno che si lega alla liberalizzazione e alla globalizzazione dei mercati. Quanto alle ricadute sociali le retribuzioni sono in media più alte all'interno delle SEZs ma a fronte di orari più lunghi e diritti sindacali spesso assai compressi. Consistente l'impiego delle donne, come conseguenza della specializzazione in settori in cui la produttività del lavoro femminile e la minore retribuzione dello stesso, orientano le assunzioni. Anche l'impatto sull'ambiente appare molto variegato. Non si tratta però solo di "industrie sporche". Nel mondo sono nate e stanno crescendo zone specializzate sull'innovazione e sullagreen economy. La prospettiva prevede un'espansione del numero delle Zone Franche.

normativa nazionale e comunitaria attribuiscono all'autorità doganale o altre autorità. Rientrano nei compiti di questo soggetto giuridico: la realizzazione di un business plan, almeno biennale, la definizione di procedure semplificate per l'insediamento di nuove imprese e la costituzione di uno sportello unico che funzioni da interfaccia con i potenziali investitori, la definizione dei requisiti amministrativi e tecnici necessari per la registrazione di una impresa nella ZES, la definizione dei termini per la concessione o la vendita di aree coperte o scoperte per nuove iniziative, la lottizzazione dei terreni, la progettazione e la costruzione di nuove infrastrutture funzionali allo sviluppo dell'area, la progettazione e realizzazione di opere di pubblica utilità e servizi reali (trasporti, illuminazione, telecomunicazione, sicurezza ecc.), la promozione sistematica dell'area verso i potenziali investitori internazionali, la supervisione amministrativa, ambientale e sanitaria, ogni altra attività finalizzata al buon funzionamento della ZES.

I principali vantaggi offerti sono: regime fiscale di vantaggio, che contempla l'abbattimento totale della tassazione su alcune tipologie di imprese; procedure amministrative semplificate; possibilità di rimpatrio agevolate di investimenti e profitti; dazi ridotti su importazioni, esenzione su tasse per esportazione; canoni di concessione agevolati.

2. In base al quadro normativo comunitario, la creazione di una Zona Economica Speciale esula dalle prerogative riservate in autonomia ai singoli stati nazionali. L'introduzione a favore di determinate imprese di misure quali contributi agli investimenti, esenzione dal pagamento (totale o parziale) di dazi, imposte e/o oneri sociali, infatti, può configurare un'ipotesi di aiuto di Stato e deve essere valutata alla luce della specifica disciplina in materia[5]. La norma di riferimento è rappresentata dall'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea[6]. Le tipologie di agevolazioni concedibili possono essere suddivisi in due macro aggregati:

1) *aiuti agli investimenti*: nel caso dell'Italia sono state definite le zone che possono beneficiare di aiuti a finalità regionale agli investimenti ai sensi delle norme UE, oltre alle soglie relative all'intensità dell'aiuto, circoscrivendole a sei regioni (Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sicilia e Sardegna), che aggregano una popolazione totale di 20,6 milioni di abitanti. I livelli massimi di aiuto che possono essere concessi in relazione a progetti di investimento variano in base alle dimen-

5. Pertanto, oltre ad essere adottata con provvedimento del Parlamento nazionale, la decisione deve essere notificata alla Direzione Generale Concorrenza (l'organo deputato nell'ambito della Commissione Europea) per la valutazione della sua compatibilità con le norme sugli aiuti di stato.

6. Gazzetta ufficiale n. C 326 del 26/10/2012.

sioni del soggetto richiedente: nel caso delle grandi imprese, il *range* da tenere in considerazione è compreso tra il 10% ed il 25% dei costi di investimento complessivi, a seconda dell'area di riferimento, con la possibilità di ottenere maggiorazioni relative all'intensità di aiuto pari al 10% per le imprese di medie dimensioni e del 20% per le piccole aziende;

2) *aiuti al funzionamento*: in aggiunta agli aiuti agli investimenti, la normativa europea prevede la possibilità che le PMI possano ottenere agevolazioni volte a ridurre le spese correnti di un'impresa non legate a un investimento iniziale[7]. Tali spese includono i costi del personale, dei materiali, dei servizi appaltati, delle comunicazioni, dell'energia, della manutenzione, di affitto, di amministrazione ecc., ma non i costi di ammortamento e di finanziamento se questi sono stati inclusi tra le spese ammissibili al momento della concessione delle agevolazioni per investimenti. Gli aiuti a finalità regionale destinati a ridurre le spese correnti di un'impresa sono ritenuti compatibili nel caso in cui siano concessi al fine di: compensare svantaggi specifici o permanenti riscontrati dalle imprese nelle regioni svantaggiate[8], neutralizzare l'effetto di costi aggiuntivi da sostenere per svolgere un'attività economica in una regione ultraperiferica, prevenire o ridurre lo spopolamento nelle zone a bassissima densità demografica.

3. Nei Paesi della Unione Europea sono già operative circa 91 Zone Franche (comprensive delle Zone Economiche Speciali), alcune delle quali possono essere individuate come vere e proprie *best practices* nell'ambito dell'attrazione di investimenti per imprese in cerca di nuove opportunità e nuovi sbocchi di mercato:

– Irlanda (Shannon): la *Shannon duty–free Processing Zone* (SPZ) è stata creata nel 1959 allo scopo di attirare imprese dall'estero e creare nuova occupazione[9].

7. L'introduzione di aiuti al funzionamento, tuttavia, a differenza degli aiuti agli investimenti attivabili senza obbligo di notifica ai sensi del Reg. 651/2014, è comunque vincolata all'autorizzazione espressa della Commissione, che dovrà valutare le ragioni per le quali uno Stato membro ne fa richiesta.

8. Definite, come in precedenza evidenziato, dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera a).

9. Il successo è dovuto a politiche per lo sviluppo efficaci e di lunga durata, compresa la politica estera. La combinazione di condizioni favorevoli per investimenti e attrazionedi capitali con strategie di educazione finalizzate, accordi con i partner sociali per il controllo dei salari e l'intervento dei fondi strutturali europei hanno dato origine a un'espansione record nell'economia e a creazione sostanziale di occupazione. L'approccio praticato è stato improntato a flessibilità e pragmatismo ed alla capacità di adattarsi monitorando la situazione e calibrando mano a mano le politiche necessarie. L'Irlanda è oggi, nel mondo, una delle economie a maggiore intensità di investimenti diretti esteri. Lo si è fatto orientando la politica estera anche verso obiettivi economici: l'Irlanda ha fatto affidamento sull'evoluzione del contesto internazionale verso un ambiente globale di commercio libero e ha compiuto scelte coerenti. Ha aderito alla Comunità Europea, si è sganciata dalla sterlina per il Sistema Monetario Europeo (SME), ha adottato l'euro, ha concluso fondamentali accordi bilaterali con gli Stati Uniti. Altra leva competitiva l'aliquota dell'imposta sulle società è pari al 12,50%. È una tassazione bassa, trasparente,

La Zona Speciale fornisce incentivi aggiuntivi rispetto all'ordinario regime fiscale in vigore in Irlanda, come esenzioni sull'IVA gravante sulle importazioni, anche in relazione a materie prime e semilavorati. Le imprese insediate nella SPZ beneficiano inoltre di aiuti finanziari a supporto di investimenti in ricerca e sviluppo, formazione dei dipendenti, e così via.

– Madeira[10]: la posizione periferica, e le particolari condizioni socio–economiche dell'isola, hanno consentito l'adozione di una serie di strumenti agevolativi tesi a consentire il graduale raggiungimento di un livello di sviluppo assimilabile a quello delle regioni dell'Europa continentale. In una fase iniziale, tale obiettivo è stato perseguito con l'istituzione, nel 1980, di una *free trade zone* (FTZ), che ha mantenuto anche successivamente il regime di agevolazioni in essere, pur nell'ambito dell'Unione Europea, atteso il riconoscimento della capacità del regime speciale di favorire il graduale superamento delle condizioni di ritardo nello sviluppo socio–economico della Regione. Le società operanti nell'ambito della FTZ, oltre ad esenzioni o agevolazioni fiscali in materia di imposte sui redditi[11], beneficiano di rilevanti vantaggi anche in relazione ai dazi doganali: le materie prime e i prodotti semilavorati importati nella FTZ, se destinati alla trasformazione in loco in nuovi prodotti, essendo questi ultimi considerati europei fin dall'origine, sono esenti da dazi di importazione al momento della loro immissione nel mercato dell'Unione europea.

– Polonia: in Polonia esistono 14 Zone Economiche Speciali, istituite con la legge del 20 ottobre 1994, all'interno delle quali sono previsti diversi tipi di sgravi fiscali ed incentivi per le nuove imprese. L'operatività di tutte le ZES attive fino al 31 dicembre 2020 è stata di recente prorogata fino al 31.12.2026, essendo stato spostato di sei anni il termine inizialmente previsto nel Trattato di Adesione[12]. La prima area interessata è stata quella di Katowice, la cui ZES è in vigore dal 1996.

stabile. L'obiettivo è l'attrazione di capitali internazionali per investimenti nella manifattura e nei servizi. Il modulo iniziale è di appena tre ettari. Oltre i vantaggi doganali, Shannon offre l'esenzione, per 25 anni, dal pagamento delle tasse sui profitti realizzati con l'export. L'offerta integrata di servizi alle imprese è costantemente potenziata. Le relazioni sindacali sono nette nell'imporre il rispetto dei diritti ma soprattutto prevengono i conflitti. Le relazioni fra i soggetti coinvolti sono molto informali e orientate alla soluzione dei problemi. Attualmente a Shannon sono collocate oltre 100 imprese, in sette settori di attività. A più di cinquanta anni dalla sua fondazione, Shannon continua ad attrarre investitori.

10. Giova sottolineare come la Costituzione portoghese del 1976 garantisca ampia autonomia politica e amministrativa alla regione in questione.

11. In particolare, sono previsti crediti di imposta per spese in ricerca e sviluppo fino a 1,5 milioni; le imprese estere che si stabiliscono nella regione scontano un'aliquota sui redditi prodotti pari al 5%.

12. In Polonia, tra il 2005 e il 2015, gli investimenti localizzati nelle ZES (la cui superficie complessiva è pari a 18.200 ettari) sono stati pari a quasi 20 miliardi, gli occupati sono passati da 75 a 287 mila, con un incremento di quasi 213 mila nuovi posti di lavoro. Le SEZs polacche sono aree che attraggono investitori per la qualità delle infrastrutture, la disponibilità di lavoratori professionalizzati e un insieme di incentivi fiscali nella forma di Esenzione fiscale sui profitti e di esenzione fiscale sulle proprietà, entro

– Lettonia: il Paese è rientrato negli obiettivi di sostegno della programmazione europea del periodo 2007–2013, finalizzati all'attrazione di investimenti, in particolare nel campo dell'innovazione tecnologica. È sede di due zone franche situate a Rezekne e a Liepaja, oltre a 2 porti franchi, di cui uno nella capitale Riga. Le due zone franche della Lettonia assumono la formale definizione di Zona Economica Speciale. Sia nei porti franchi che nelle ZES, le imprese insediate godono di un regime fiscale speciale, le cui principali agevolazioni possono essere ricondotte a: riduzione dell'80% delle imposte sugli immobili, abbattimento dell'80% sulla ritenuta alla fonte per dividendi, sconto dell'80 per cento sull'imposta sul reddito delle società, l'esenzione dell'IVA per la maggior parte dei beni e dei servizi forniti alle imprese nelle zone franche o esportati al di fuori di esse.

4. Come detto, la creazione di una Zona Economica Speciale dovrebbe garantire una serie di benefici e vantaggi economici per le imprese che intendono localizzarsi e operare in quel territorio. In Italia, i possibili incentivi potrebbero essere individuati tra i seguenti strumenti[13]: contributo in conto capitale per la realizzazione degli investimenti iniziali connessi all'insediamento produttivo, agevolazioni doganali, mediante sospensione del pagamento dell'imposta sul valore aggiunto e dei dazi, con semplificazione delle procedure doganali, esenzione o riduzione di imposte locali, deroghe alle regolamentazioni sui contratti di lavoro, esenzioni o riduzione degli oneri sociali sulle retribuzioni, interventi infrastrutturali sul territorio interessato, al fine di migliorarne la competitività anche in termini di logistica e movimentazione merci, esenzione fiscale: abbattimento totale o riduzione dell'IRAP e dell'IRES.

5. Evidente è il parziale ritardo con cui l'Italia si avvia ad approcciare questa tipologia di opportunità attrattiva in termini di investimenti e di stimolo all'occupazione. Il decreto legge n. 91 del 2017, c.d. *"Decreto Sud"*[14], ha sancito la nascita delle

un certo limite prefissato. La Polonia ha deciso nel 1994 la creazione di 14 Zone Economiche Speciali, la prima è diventata operativa nel 1995. Stabilite originariamente per una durata di venti anni, esse sono state prorogate prima al 2020 e recentemente sino al 2026. Le SEZs polacche risultano le più competitive fra le Zone Economiche Speciali e le Free Zones localizzate nell'Europa centrale.

13. Per una panoramica sugli incentivi e le agevolazioni per le ZES, si veda la Relazione di accompagnamento alla proposta di legge di iniziativa dei Deputati Covello ed altri, "*Disposizioni concernenti l'istituzione di zone economiche speciali in aree logistico–industriali collegate a porti di rilevanza internazionale*", Camera dei Deputati, 26 giugno 2013.

14. Nel 2014 il decreto c.d. Sblocca Italia propone una riforma complessiva dei porti al fine di «migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione della inter – modalità, anche attraverso la razionalizzazione, il riassetto e l'accorpamento delle Autorità portuali esistenti». La riforma si è resa necessaria in quanto le inefficienze

prime *zone economiche speciali* italiane: le regioni ammesse sono Campania, Basilicata, Puglia, Calabria e Sicilia: a questo fine sono già stanziati circa 200 milioni di euro, da utilizzare tra il 2018 e il 2020. Gli articoli 4 e 5 c del *D.L. n.91/2017* concernono le zone economiche speciali (ZES), il cui scopo, com'è noto, è quello di creare condizioni economiche, finanziarie e amministrative che consentano lo sviluppo delle imprese già operanti e l'insediamento di nuove imprese. La Zona Economica Speciale deve essere istituita all'interno dei confini statali, in una zona geografica chiaramente delimitata e identificata; può essere composta anche da aree territoriali non direttamente adiacenti, purché abbiano un nesso economico funzionale. Deve, altresì, comprendere un'area portuale, collegata alla rete transeuropea dei trasporti (TEN– T), con le caratteristiche stabilite dal regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013. L'istituzione di una Zes porta come conseguenza principale la possibilità per le imprese di sfruttare importanti agevolazioni fiscali e di beneficiare di rilevanti semplificazioni di carattere amministrativo e burocratico. È prevista, inoltre, l'applicazione, in relazione agli investimenti effettuati nella Zes, di un credito d'imposta proporzionale al costo dei beni acquistati, entro il 31 dicembre 2020, nel limite massimo, per ciascun progetto d'investimento, di 50 milioni di euro. Il decreto Sud prevede di creare almeno cinque Zes in altrettante regioni meridionali. Si è poi concordato di istituirne due per ciascuna regione. A questo fine sono già stati stanziati circa 200milioni di euro, da utilizzare tra il 2018 e il 2020. Le condizioni per il riconoscimento delle agevolazioni sono sostanzialmente due: le imprese

del sistema logistico italiano costano 50 miliardi l'anno e il cluster portuale dell'intero Paese genera il 2,6% del Pil nazionale. Le infrastrutture portuali sono di scarsa qualità, tanto che l'Italia è al 56° posto nella graduatoria mondiale. La Commissione Europea aveva suggerito di intervenire per integrare la rete logistica connettendo al meglio i porti con i sistemi di trasporto ferroviario, stradale e con le piattaforme logistiche (interporti). La portualità e la logistica divengono così uno strumento attivo di politica euro – mediterranea per favorire l'integrazione tra la sponda nord e la sponda sud del Mediterraneo, per lo sviluppo e la coesione del Mezzogiorno e per valorizzare il Sud e il suo sistema industriale. Una maggiore integrazione è possibile solamente intravedendo una "funzione retro – portuale", che presuppone che vengano trasferiti negli interporti una serie di servizi attraverso pratiche quali i corridoi doganali, servizi ferroviari dedicati e che venga garantita un'interoperabilità delle piattaforme tecnologiche utilizzate. Il piano strategico nazionale della portualità e della logistica chiarisce, quindi, che uno degli aspetti cruciali per il successo del nuovo sistema logistico e portuale italiano dovrà essere assicurare il collegamento sinergico dei porti con le altre modalità di trasporto, non solo stradale ma soprattutto ferroviario. Obiettivo che riguarda 5 sole Regioni del Sud Italia (Campania, Sicilia, Calabria, Puglia, Basilicata). Nell'Accordo viene ribadito che gli investimenti saranno destinati in via prioritaria ad interventi che insistono sui corridoi TEN–T che attraversano l'Italia o che sono funzionalmente complementari a migliorare l'accesso a tali corridoi. Tra i risultati attesi degli obiettivi di ri–orientamento modale e miglioramento dei servizi in questa sede rilevano il potenziamento della modalità ferroviaria a livello nazionale e il miglioramento della competitività del sistema portuale e interportuale.

devono mantenere le attività nella Zes per almeno 7 anni (termine elevato nel corso dell'esame al Senato rispetto ai cinque anni originari) successivi al completamento dell'investimento oggetto della agevolazione (pena la revoca dei benefici concessi e goduti) e non devono essere in liquidazione o in fase di scioglimento. Quanto alla gestione dell'area ZES si prevede che essa sia affidata ad un Comitato di indirizzo composto dal Presidente dell'Autorità portuale, che lo presiede, da un rappresentante della regione (o, come precisato presso il Senato, delle regioni, nel caso di ZES interregionale) da un rappresentante rispettivamente della Presidenza del Consiglio e del Ministero delle infrastrutture. Ognuna delle regioni meno sviluppate e in transizione può presentare una proposta di istituzione di ZES nel proprio territorio, o al massimo due proposte, ricorrendo alcuni presupposti. Si prevedono poi procedure semplificate e regimi procedimentali speciali, che per le imprese già operanti ovvero per le nuove che si insediano nelle ZES riducono i termini procedimentali e semplificano gli adempimenti rispetto alla normativa vigente. A tali agevolazioni si aggiungono poi benefici fiscali, rivolti in particolare alle imprese che effettuano investimenti all'interno delle ZES: queste potranno utilizzare il credito d'imposta per l'acquisto di beni strumentali nuovi nel Mezzogiorno– acquisiti entro il 31 dicembre 2020 – nel limite massimo, per ciascun progetto di investimento, di 50 milioni di euro. Inoltre l'agevolazione per tali zone è estesa fino al 31 dicembre 2020. Al momento attuale, nel nostro Paese è possibile individuare aree in qualche maniera ricadenti nel modello "free tax":

– *il Porto Franco di Trieste* rappresenta un caso peculiare nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario. La funzione internazionale del Porto Franco di Trieste è quella di assicurare che il porto e i mezzi di transito di Trieste possano essere utilizzati in condizioni di eguaglianza da tutto il commercio internazionale secondo le consuetudini vigenti negli altri porti franchi del mondo. Il Porto Franco di Trieste è territorio politico dello Stato italiano. Le norme statuali o comunitarie non possono, tuttavia, restringere le libertà doganali ed operative garantite dal Trattato di Pace e dai suoi provvedimenti di attuazione. Siamo in presenza di due regimi: la massima libertà di accesso e transito e l'extradoganalità. In considerazione della cosiddetta clausola di salvaguardia di cui all'art. 307 del Trattato UE, il Porto Franco di Trieste, inteso come sommatoria dei suoi Punti Franchi, è l'unica Zona Franca situata nella UE ma che gode di un regime speciale, più favorevole rispetto a quello più restrittivo posto dal Codice Doganale Comunitario per le zone e depositi franchi;

– *il porto franco di Venezia*: Punto Franco doganale del Porto di Venezia, i cui vantaggi economici possono essere ricondotti principalmente al fatto che le merci provenienti da Paesi esterni all'Unione Europea possono rimanere nella Venice Free Zone mantenendo lo stato estero. L'introduzione in zona franca è una speciale desti-

nazione doganale che consente di custodire le merci importate senza limiti di tempo, senza pagare dazio fino a quando non si decida una diversa destinazione doganale;

– *la zona franca del porto di Gioia Tauro*: si tratta della prima Zona Franca non interclusa in Italia, istituita dall'Agenzia delle Dogane il 1° agosto 2003. Fin dall'inizio ha rappresentato un modello con caratteristiche peculiari e "tailor made": prioritariamente integrata con il territorio, sono state adottate obbligazioni doganali semplificate e applicabili secondo le modalità del regime del deposito. Le aziende che possono usufruire dei benefici possono importare dai Paesi extra–Unione Europea alla Ue (e quindi estero su nazionale) senza pagare i dazi e in sospensione di imposta. È evidente l'opportunità riferibile alla cosiddetta lavorazione di ultimo miglio: importare materia prima dall'estero, sospendere momentaneamente il pagamento dei diritti doganali, e successivamente alla trasformazione o all'assemblaggio riesportare senza pagare dazi. Va sottolineato come la Zona Franca di Gioia Tauro, tuttavia, non sia mai stata oggetto di comunicazioni formali e definitive da parte delle Autorità Nazionali alla Commissione Europea[15]. La sua operatività, di conseguenza, è sempre stata "sospesa", sino a fallire letteralmente in quanto non contiene quegli elementi tipici di una ZES;

– *la Zona Franca del porto di Taranto*[16]: La Zona Franca Doganale di Ta-

15. Ai sensi dell'art. 802 del Regolamento CEE n. 2454/93, come sostituito dal Regolamento CE n. 993/2001.

16. Il Porto di Taranto rappresenta un crocevia fondamentale per i traffici marittimi del nostro Paese. Negli ultimi anni si è posta la necessità di evitare che gli effetti della crisi economica locale ed il mutato scenario del Mediterraneo provocassero conseguenze per i traffici e per l'occupazione dello scalo jonico attraverso interventi tesi ad adeguare le locali infrastrutture portuali alle esigenze dei maggiori vettori internazionali e garantendo, una migliore fruibilità dei servizi che il porto stesso ed il suo hinterland sono in grado di fornire.L'urgente realizzazione nel Porto di Taranto delle opere marittime/infrastrutturali già appaltate o da appaltare riveste particolare rilevanza strategica per la portualità italiana e rilevante interesse nazionale per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali. È stato nominato, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 17 febbraio 2012, il Commissario Straordinario del Porto di Taranto preposto a seguire l'andamento delle opere indicate nel Decreto medesimo ed a provvedere alle opportune azioni di indirizzo e di supporto mediante la promozione delle occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati. Quanto precede si è posto, peraltro, anche in linea con quanto previsto dalla legge Finanziaria 2007. Nel corso dell'evento TEN–T Days che ha avuto luogo, nei giorni 16–18 ottobre 2013, a Tallinn (Estonia) è stata presentata la nuova mappa dei nove Corridoi europei che formeranno il tessuto del Core Network e cioè della rete trasportistica principale comunitaria. La definizione della nuova Rete di trasporti persegue l'obiettivo di realizzare le interconnessioni necessarie a sostenere il Mercato Unico Europeo, garantire la libera circolazione delle persone e delle merci oltre che rafforzare la crescita, l'occupazione e la competitività dell'Unione. I nove corridoi sono stati identificati sulla base di determinati requisiti quali l'inclusione di almeno tre Modalità di trasporto (strada, mare/fiumi, aria), l'attraversamento di almeno tre Stati Membri e di due Sezioni Transfrontaliere. Ogni corridoio sarà gestito singolarmente mediante "Piattaforme di Corridoio" organi che vedranno il coinvolgimento di tutti gli stakeholder interessati ed operanti sul corridoio medesimo. La rete centrale collegherà pertanto: 94 grandi Porti europei con

ranto (ZFD) – costituita presso l'area portuale – è stata qualificata come "non interclusa" con l'obiettivo di agevolare l'esercizio semplificato delle attività di import/export senza il pagamento di alcun dazio per le movimentazioni condotte nel perimetro[17]. Il progetto è nato come "modello pilota" eventualmente replicabile in altri ambiti distrettuali, la cui caratteristica principale è la semplificazione delle procedure doganali per le aziende orientate agli scambi con l'estero. La ZFD è caratterizzata da "vincoli fisici" e, quindi, non si presenta a modalità interclusa[18]. Il soggetto di riferimento è stato individuato in maniera esclusiva

linee ferroviarie e stradali; 38 grandi Aeroporti con linee ferroviarie dirette verso le principali Città; 15.000 km di linee ferroviarie convertite ad Alta velocità; 35 Progetti transfrontalieri destinati a ridurre le strozzature. L'Autorità Portuale di Taranto, con l'approvazione della mappa dei nuovi corridoi, ha visto finalmente premiati gli sforzi e l'impegno profusi a supporto dell'inserimento dello scalo jonico nella mappa dei Corridoi. Il Porto di Taranto, infatti, nelle prime fasi di consultazione, ancorché identificato quale porto Core, non era stato inserito in alcuno dei Corridoi europei. Si è pervenuti al legittimo riconoscimento, da parte della Unione Europea, del ruolo del Porto di Taranto.

17. Attraverso la creazione, autorizzazione ed organizzazione della Zona Franca non interclusa (sottoposta a controllo di tipo II ex art. 799, par. II, lett. b)) nelle aree del Porto di Taranto definite come demaniali marittime dal Piano Regolatore, l'Autorità Portuale intende promuovere lo sviluppo economico dell'area del Porto di Taranto, al fine di incrementare i traffici, la produttività e la competitività dello scalo nel bacino del Mediterraneo, agevolando altresì l'impianto di stabilimenti industriali nell'area franca, a beneficio della Città di Taranto e dell'intero sistema Paese. All'interno della Zona Franca possono essere realizzate attività quali: stoccaggio, manipolazioni usuali, trasformazione sotto controllo doganale, perfezionamento attivo, commercializzazione di merci terze. Le merci immesse nella Zona Franca potranno appartenere ad ogni categoria merceologica ricompresa nella Nomenclatura Combinata. L'obiettivo da perseguire nell'area del Porto e retroporto di Taranto è proprio quello di rilanciare l'economia di un punto produttivo strategico, anche per l'effetto trainante che se ne determina. Ciò che si vuole realizzare è, dunque, incrementare lo sviluppo dei traffici e del commercio internazionale, incentivando il transito e la spedizione delle merci, nonché le vendite e gli scambi commerciali con il resto del mondo favorire l'insediamento e la permanente localizzazione di nuove imprese che creino occupazione e incentivino lo sviluppo economico favorire i consumi, migliorando le condizioni di vita della popolazione e incentivando il turismo in quelle aree.

18. La Zona Franca è una delle possibili destinazioni doganali cui può essere destinata una merce in ingresso nel territorio doganale della UE, così come disposto dall'art. 4, n. 15), lett. b) del CDC. Si tratta, più in particolare, di un'area appartenente al territorio doganale degli Stati Membri nella quale, ai sensi dell'art. 166 del CDC: le merci non comunitarie sono considerate sia ai fini della fiscalità doganale che delle misure di politica commerciale, come merci non situate nel territorio dell'Unione, purché non siano immesse in libera pratica o assoggettate ad un altro regime doganale, né utilizzate o consumate in condizioni diverse da quelle previste dalla regolamentazione doganale; le merci comunitarie beneficiano, a motivo del loro collocamento nella Zona Franca, di misure connesse in linea di massima alla loro esportazione, quando vi sia una normativa comunitaria a prevederlo specificamente. Detto istituto è interamente disciplinato dalle disposizioni ricomprese negli artt. da 166 a 181 del CDC e da 799 a 814 delle DAC, in particolare, è l'art. 167 del CDC che riconosce la possibilità agli Stati membri dell'Unione di destinare talune parti del loro territorio doganale alla Zona Franca. A questo fine, «gli stati membri stabiliscono il limite geografico di ciascuna zona». Il codice declina il regime di ZFD in due distinte tipologie: la Zona Franca costituita da un'area appositamente designata e circo-

nell'Autorità Portuale di Taranto[19]. Il regime è utilizzabile da ogni settore mer-

scritta con punti di entrata e uscita vigilati e sottoposti alla sorveglianza dell'Autorità doganale, definita Zona Franca interclusa, o di Tipo I (ZFDÌ), contemplata dall'art. 799, par. 1, lett, a), le cui modalità di controllo sono basate principalmente sull'esistenza di una recinzione soggetta a vigilanza doganale; la Zona Franca costituita da uno spazio aperto, per la quale valgono le disposizioni del regime di deposito doganale (ex art. 813, DAC) e le cui modalità di controllo si basano principalmente «sulle formalità espletate conformemente al regime di deposito doganale» (art. 799, par. 1, lett. b) delle DAC), qualificata come Zona Franca non interclusa o assoggettata a controllo di tipo II (ZFDII).

19. Sarà l'Autorità doganale, una volta ricevuta l'istanza, a verificare se il singolo soggetto è in grado di soddisfare le pretese di tracciabilità e trasparenza richieste per accedere ad un regime sospeso. Al fine di ottenere ulteriori e più ampie garanzie "soggettive" da parte di coloro che vorranno accedere ai benefici della ZFD/II, la Dogana potrebbe subordinare il riconoscimento della contabilità ai soli soggetti qualificati AEO quantomeno nella configurazione AEO Customs. Vale la pena di ricordare quali caratteristiche e quali requisiti debba possedere un soggetto AEO. Tali norme stabiliscono criteri soggettivi ed oggettivi per l'attribuzione di un rating di affidabilità ai soggetti che richiedano di essere qualificati come AEO. Relativamente ai criteri soggettivi, si fa riferimento al fatto che l'AEO deve essere stabilito nella comunità (con le eccezioni previste all'art. 14 octies) ed è tenuto gestire le informazioni preferibilmente su supporti elettronici. Per quanto concerne i criteri oggettivi, il Legislatore si affida principalmente a: la comprovata osservanza degli obblighi doganali negli ultimi tre anni; un efficace sistema di gestione delle scritture commerciali; la solvibilità finanziaria del richiedente negli ultimi tre anni; le norme di sicurezza del richiedente devono essere soddisfacenti (in caso di AEO F). La comprovata osservanza degli obblighi doganali – di cui all'art. 5 bis, par. 2, primo trattino, del codice – è considerata adeguata se nel corso degli ultimi tre anni che precedono la presentazione della domanda non è stata commessa un'infrazione grave o infrazioni ripetute alla regolamentazione doganale da parte di una delle seguenti persone: il richiedente; le persone responsabili della società del richiedente o che ne esercitano il controllo della gestione; se del caso, il rappresentante legale del richiedente in materia doganale; la persona responsabile delle questioni doganali nella società del richiedente. Per permettere alle autorità doganali di stabilire l'esistenza di un efficace sistema di gestione delle scritture commerciali il richiedente si conforma ai seguenti obblighi: utilizzare un sistema contabile che sia compatibile con i principi contabili generalmente accettati applicati nello Stato membro in cui è tenuta la contabilità e che faciliterà i controlli doganali mediante audit; permettere l'accesso fisico o elettronico alle scritture doganali e, se del caso, relative ai trasporti all'autorità doganale; disporre di un sistema logistico che permette di distinguere le merci comunitarie dalle merci non comunitarie; disporre di un'organizzazione amministrativa che corrisponda al tipo e alla dimensione dell'impresa e che sia adatta alla gestione dei flussi di merci, e di un sistema di controllo interno che permette di individuare le transazioni illegali o fraudolente; all'occorrenza, disporre di procedure soddisfacenti che permettono di gestire le licenze e le autorizzazioni relative alle misure di politica commerciale o agli scambi di prodotti agricoli; disporre di procedure soddisfacenti di archiviazione delle scritture e delle informazioni dell'impresa e di protezione contro la perdita dei dati; assicurare che i dipendenti siano consapevoli della necessità di informare le autorità doganali ogniqualvolta incontrino difficoltà nell'ottemperare alle norme doganali e prendano idonei contatti per informarne le autorità doganali; organizzare misure adeguate di sicurezza delle tecnologie dell'informazione utilizzate per proteggere il sistema informatico del richiedente contro qualsiasi manipolazione non autorizzata e proteggere la sua documentazione. Si intende per solvibilità finanziaria una situazione finanziaria sana, sufficiente per permettere al richiedente di adempiere alle proprie obbligazioni, tenendo debitamente conto delle caratteristiche del tipo di attività commerciale. In definitiva, dunque, la disciplina doganale consente di esercitare la ZFD/II secondo le disposizioni del deposito doganale, lasciando all'operatore la scelta su quale formu-

la utilizzare tra quelle previste a livello comunitario. Perseguendo, quindi, l'opzione del deposito pubblico di Tipo B, identificata l'autorità portuale come soggetto richiedente/promotore, la responsabilità sulla movimentazione della merce ricadrà su ogni singolo "operatore" che vorrà accreditarsi nella ZFD/II, al fine di ottenere il riconoscimento della propria contabilità. La Dogana potrebbe anche decidere di circoscrivere l'accesso alla "ZFD/II – Tipo B" ai soli soggetti già certificati AEOC. Per quanto riguarda la nascita dell'obbligazione doganale, occorre avere innanzitutto riguardo alla teoria generale che disciplina i casi in cui sorge l'obbligazione doganale, per poi poter chiarire quando si ha l'obbligazione nel caso di merce destinata ad essere immessa in Zona Franca. La prima definizione di "obbligazione doganale" si rinviene all'interno dell'art. 4, numero 9, del CDC, laddove si legge che per obbligazione doganale deve intendersi «l'obbligo di una persona di corrispondere l'importo dei dazi all'importazione (obbligazione doganale all'importazione) o l'importo dei dazi all'esportazione (obbligazione doganale all'esportazione) applicabili in virtù delle disposizioni comunitarie in vigore ad una determinata merce». Per debitore doganale, deve intendersi «qualsiasi persona tenuta al pagamento dell'obbligazione doganale». Sorge in seguito a) all'immissione in libera pratica di una merce soggetta a dazi all'importazione, oppure b) al vincolo di tale merce al regime dell'ammissione temporanea con parziale esonero dai dazi all'importazione. Sorge al momento dell'accettazione della dichiarazione in dogana. Il debitore è il dichiarante». Con particolare riguardo alle movimentazioni riferite a merci che devono essere introdotte in Zona Franca, l'art. 203 recita, «L'obbligazione doganale all'importazione sorge in seguito: ... alla sottrazione al controllo doganale di una merce soggetta a dazi all'importazione». In tali casi, il debitore è: la persona che ha sottratto la merce al controllo doganale; le persone che hanno partecipato a tale sottrazione sapendo o dovendo, secondo ragione, sapere che si trattava di una sottrazione di merce al controllo doganale; le persone che hanno acquisito o detenuto tale merce e sapevano o avrebbero dovuto, secondo ragione, sapere allorquando l'hanno acquisita o ricevuta che si trattava di merce sottratta al controllo doganale e; se del caso, la persona che deve adempiere agli obblighi che comporta la permanenza della merce in custodia temporanea o l'utilizzazione del regime doganale al quale la merce è stata vincolata. Da ultimo e con esplicito riferimento alla Zona Franca, l'art. 205 prevede che «l'obbligazione doganale all'importazione sorge in seguito – al consumo o all'utilizzazione, in Zona Franca o in deposito franco, in condizioni diverse da quelle previste dalla normativa in vigore, di una merce soggetta a dazi all'importazione». In caso di scomparsa di merci e nel caso in cui tale scomparsa non possa essere giustificata in modo soddisfacente presso l'autorità doganale, questa può considerare che le merci sono state consumate o utilizzate nella Zona Franca o nel deposito franco. L'obbligazione sorge nel momento in cui la merce è consumata o utilizzata per la prima volta in condizioni diverse da quelle previste dalla normativa in vigore. Il debitore è la persona che ha consumato o utilizzato la merce nonché le persone che hanno partecipato a questo consumo o a questa utilizzazione, sapendo o dovendo ragionevolmente sapere che tale consumo e tale utilizzazione avveniva in condizioni diverse da quelle previste dalla normativa in vigore. Quando, in caso di scomparsa di merci, l'autorità doganale ritiene che queste siano state consumate o utilizzate nella Zona Franca o nel deposito franco e che non sia possibile applicare il comma precedente la persona tenuta all'adempimento dell'obbligazione doganale è l'ultima persona che, a conoscenza dell'autorità, è stata in possesso di merci». Ogni singolo "operatore" sarà ritenuto responsabile per ogni violazione da cui discenda un'obbligazione doganale in ambito di ZFD/II e sulla sua responsabilità particolare potrà essere esercitato il diritto dell'Amministrazione di rivalersi sulle garanzie a suo tempo prestate. Nessuna responsabilità, invece, è in capo al soggetto che ha richiesto la ZFD/II in configurazione deposito di Tipo B, poiché non prevista da alcuna disposizione. Dunque, sarà ciascun depositante ad essere responsabile delle merci custodite. Quindi *mutatis mutandis*, ciascun operatore che si trovi a collocare la propria merce nella Zona Franca dovrà assumersi la responsabilità dinanzi all'Autorità doganale di: «garantire che le merci non siano sottratte alla sorveglianza doganale durante la loro permanenza» nella Zona Franca; «rispettare gli obblighi risultanti dall'immagazzinamento delle merci che si trovano in un regime di» Zona Franca; osservare talune condizioni particolari fissate nell'autorizzazione con la quale l'Ufficio doganale ha concesso il «riconoscimento della contabilità».

ceologico[20]. Di particolare rilevanza per gli sviluppi potenziali è l'opportunità offerta ai soggetti depositanti di gestire l'attività di lavorazione e trasformazione delle merci localizzate all'interno della Zona Franca senza i "riflessi" della fiscalità indiretta nazionale e comunitaria (dazi, accise e Iva). La ZFD di Taranto è stata catalogata in alcuni casi come modello "ibrido", in quanto in essa si individuano la disciplina della Zona Franca vera e propria e quella più "agile" del deposito doganale. Il Porto di Taranto presenta dotazioni infrastrutturali adeguate a soddisfare le necessità di import/ export delle merci con particolare riferimento ai traffici containerizzati con destinazione e provenienza da/verso la Regione Puglia e le regioni limitrofe, quale scalo privilegiato per i collegamenti con il Medio ed Estremo Oriente, il nord Africa e tutti i porti del Mediterraneo. È in grado di sviluppare tutta la gamma di tipologie di traffico merci e, soprattutto, di proporsi come area cerniera e filtro. Taranto può conservare una certa valenza sfruttando le proprie potenzialità per divenire una porta d'accesso ai mercati, instradando i container direttamente su rotaia fino a destinazione e risparmiando così una rottura di carico. Il sistema ferroviario potrebbe, quindi,

20. La domanda di autorizzazione, in particolare, deve essere fatta per iscritto e il richiedente deve fornire all'autorità doganale tutte le informazioni che permettano a quest'ultima di valutare se concedere o meno la creazione della ZFD. All'interno di una Zona Franca possono essere collocati tutti i generi di merci, indipendentemente dal tipo, dalla qualità e dall'origine, fatte salve le disposizioni particolari recate da legislazioni riferite a specifici settori merceologici. Le merci possono essere custodite senza limiti temporali, in sospensione dei diritti daziari gravanti sull'importazione fino a quando alle stesse non venga assegnata una delle seguenti destinazioni: esportazione definitiva verso Paesi extra – UE; immissione in libera pratica nel territorio comunitario. L'impiego di una ZFD non si esaurisce nella funzione di mero stoccaggio. Ai sensi dell'art. 173 CDC, infatti, è previsto che durante la loro permanenza all'interno della Zona Franca le merci possano: formare oggetto di manipolazioni usuali, anche senza previa autorizzazione; essere vincolate al regime di perfezionamento attivo; essere vincolate al regime di trasformazione sotto controllo doganale; essere vincolate al regime dell'ammissione temporanea; essere abbandonate; essere distrutte; essere utilizzate o consumate, alla sola condizione che si tratti di merci che, in caso di immissione in libera pratica o di ammissione temporanea, non andrebbero soggette a dazi all'importazione o a misure di politica agricola comune o di politica commerciale. Nel perimetro identificativo della Zona Franca è, altresì, possibile svolgere qualsiasi attività di natura industriale o commerciale e qualsiasi tipo di prestazione di servizi, anche se l'esercizio dell'attività deve essere previamente notificato all'autorità doganale che può disporre alcuni divieti o alcune limitazioni, in particolare nei confronti delle persone che non offrono le garanzie necessarie alla corretta applicazione delle disposizioni del CDC (art. 172, comma 3). Possono entrare in una Zona Franca sia merci comunitarie che merci non comunitarie: sono sufficienti i documenti che scortano la merce, ma le formalità doganali sono previste: per le merci già vincolate ad un regime doganale; per le merci già collocate in una Zona Franca in posizione di merci terze in quanto hanno usufruito di un rimborso o di uno sgravio dei dazi all'importazione; per le merci comunitarie che, introdotte in tali luoghi, beneficiano di misure connesse all'esportazione. I prodotti compensatori ottenuti da perfezionamento attivo o trasformazione sotto controllo doganale, esercitati all'esterno della ZFD, possono essere introdotti in una Zona Franca con il conseguente appuramento del regime.

teoricamente, divenire il volano d'un incremento di competitività della portualità pugliese ed in tal senso sono state adottate misure di rilievo quali il protocollo d'intesa per la realizzazione del collegamento tra la rete ferroviaria nazionale e il bacino logistico del Porto di Taranto. In tale ottica la Regione Basilicata ha mostrato interesse a promuovere Distretti Produttivi, attivi e formalmente riconosciuti. Un significativo traffico di import–export attraverso il Porto di Taranto, potrebbe fornire maggior ricchezza al territorio lucano coinvolgendo una molteplicità di imprese e generando occupazione. A tal fine, nel febbraio 2013, è stato sottoscritto un *Protocollo d'Intesa tra Regione Basilicata e Autorità Portuale di Taranto* per promuovere una collaborazione finalizzata a sviluppare iniziative e azioni di cooperazione e reciproco coordinamento al fine di stimolare ed incoraggiare, attraverso la utilizzazione delle aree e dei servizi del Porto di Taranto. Il progetto è finalizzato alla realizzazione di un Centro intermodale di satellite e supporto al Porto di Taranto, individuando allo scopo un'area dismessa (di circa 46 ettari) da riqualificare e recuperare urbanisticamente nell'ambito dell'agglomerato industriale della Valle del Basento. Il Progetto di piattaforma logistica intermodale per prodotti agricoli ed agroalimentari è stato ideato con la finalità di valorizzare l'area esistente nella Zona industriale di Ferrandina, al fine di renderla idonea allo svolgimento di un ruolo adeguato nel supporto al Porto di Taranto per la veicolazione dei flussi di prodotti agricoli. In questo modo eserciterà un ruolo proattivo di centro integrato di promozione ed avvio alla commercializzazione delle produzioni ortofrutticole autoctone che si sommeranno ai flussi di quelle provenienti, attraverso il Porto di Taranto, da Paesi esteri. Tale piattaforma sarà dotata anche di una struttura ricettiva di eccellenza atta ad ospitare manifestazioni, congressi, seminari e corsi di formazione, nonché laboratori per la certificazione di qualità e controllo igienico–sanitario dei prodotti agricoli ed agro–alimentari;

– *il caso Sardegna*: le Zone Franche sono istituite «... nei porti di Cagliari, Olbia, Oristano, Porto Torres, Portovesme, Arbatax ed in altri porti ed aree industriali ad essi funzionalmente collegate o collegabili». I porti indicati hanno aree industriali contigue già funzionalmente collegate. In altri casi il collegamento non è così evidente e tuttavia esiste. È noto che nel 2004, in concomitanza con la prima ondata dell'allargamento dell'Unione europea, la Sardegna è uscita dal novero delle regioni rientranti nel c.d. obiettivo 1, poiché il PIL pro capite dell'isola non poteva più ritenersi inferiore al 75% della media UE. È emerso che l'insularità è la ragione che distribuisce i maggiori costi su ogni fattore della produzione, trasporti delle materie prime e dei prodotti finiti, costi dei materiali, energia, credito. Lo strumento compensativo più idoneo fu individuato in una riduzione del carico fiscale e contributivo, di carattere permanente, per l'attività di impresa. Si pone

quindi, a questo punto, un'ulteriore, stringente domanda: può l'insularità comportare una condizione di svantaggio competitivo strutturale tale da consentire sempre una deroga di cui all'art.107, par. 3, lett. *a*), a prescindere da altri indicatori che rivelino un tenore di vita abnormalmente basso e gravi forme di sottoccupazione? Oggi l'art. 174 TFUE (*ex* art. 158 TCE), così come modificato ad Amsterdam, attribuisce all'insularità valenza di ostacolo determinante alla coesione economico–sociale della UE e ciò comporta di dover riconoscere al territorio in questione un deficit strutturale di sviluppo economico–sociale che merita un trattamento di favore, sia in termini di allocazione di risorse rivenienti dai Fondi strutturali, sia in termini di deroga al divieto di aiuti di Stato[21]. Ma questo non si è verificato;

– *il caso Sicilia*: nel 2009 il Ministero dello Sviluppo Economico ha istituito le ZFU di Catania, Erice e Gela, scelte tra le proposte presentate dalle amministrazioni comunali che rispettavano i requisiti di ammissibilità. Ma soltanto nel 2014 è stato emanato il bando per l'attuazione dell'intervento in favore delle micro e piccole imprese localizzate nelle 18 ZFU che includono, oltre alle tre zone individuate inizialmente, anche quelle che ricadono nei territori comunali di Aci Catena, Acireale, Barcellona Pozzo di Gotto, Bagheria, Castelvetrano, Enna, Giarre, Lampedusa e Linosa, Messina, Palermo, Sciacca, Termini Imerese, Trapani e Vittoria. L'intervento prevede la concessione di agevolazioni per complessivi 182 milioni di euro, oltre alle risorse finanziarie aggiuntive predisposte dalla Regione, e ha previsto la possibilità dei 18 comuni beneficiari di indicare delle riserve finanziarie di scopo nelle ZFU per alcune tipologie imprenditoriali. Innanzitutto occorre sottolineare che le imprese beneficiarie sono nella stragrande maggioranza imprese locali che hanno espresso la volontà di trasferirsi da un quartiere della città alla ZFU per fruire delle agevolazioni. Pur godendo dello stanziamento maggiore, la zona di Librino accoglie soltanto 214 aziende che consentono di collocare la zona al quinto posto per la peggiore performance tra le 18 ZFU siciliane, dopo Castelvetrano, Erice, Brancaccio–Palermo e Aci Catena. Mentre la zona più attrattiva risulta essere quella di Messina seguita da quella di Acireale. Nella performance di Librino, probabilmente hanno giocato un ruolo negativo la scarsa attrattività del quartiere e la presenza di ben 4 ZFU nella stessa provincia etnea, alcune delle quali ben più

21. Oggi, l'art. 174 TFUE (*ex* art. 158 TCE), testualmente afferma: «Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale». In particolare l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite. Tra le regioni interessate, un'attenzione particolare è rivolta alle Zone rurali, alle Zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna».

attrattive. Le aziende manifatturiere e artigianali sono maggiormente presenti nella zona di Brancaccio, grazie all'area industriale e ai suoi servizi. Mentre le aziende che offrono servizi alle imprese sono presenti soprattutto nella zona porto di Palermo, specializzate soprattutto nella fornitura di servizi legati al comparto marittimo e alla manutenzione di natanti. La logica che ha animato la scelta della ZFU della città di Catania è direttamente riferibile alla filosofia che ha ispirato le ZFU francesi di riqualificazione dei quartieri più svantaggiati e periferici delle città.

6. È evidente che la direzione di marcia è segnata. Le free tax zone devono ispirarsi ad un modello comune, puntando ad interagire tra di loro, come, peraltro, ben spiegato dalla Svimez in recenti documenti, soprattutto in riferimento al territorio meridionale[22]. Dal 2013 ad oggi, presso il Parlamento sono stati depositati diversi disegni di legge per l'istituzione delle Zona Economica Speciale. Caratteristiche comuni in relazione alle agevolazioni da concedere possono essere così sintetizzate: esenzione dall'imposta sul reddito delle società (IRES) e dall'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) per i primi periodi d'imposta, esenzione dall'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) per i primi periodi d'imposta ed eventualmente negli esercizi successivi, esenzione dall'imposta municipale propria (IMU) e dalla tassa sui rifiuti (TARI) per i primi anni per gli immobili posseduti dalle imprese e utilizzati per l'esercizio delle nuove attività economiche, riduzione dei contributi sulle retribuzioni da lavoro dipendente a carico delle imprese per i primi anni di attività, riduzione delle imposte doganali e dall'imposta sul valore aggiunto (IVA) per l'importazione, l'esportazione, il consumo e la circolazione dei prodotti che entrano e che sono lavorati nella Zona Economica Speciale e che sono esportati dalla stessa Zes. Ulteriore slancio verso la creazione di Zone Economiche Speciali in Italia è conferito da recenti provvedimenti normativi che si muovono in questa direzione. Si pensi ai "patti per il Sud" firmati tra il Governo e le Regioni meridionali per la realizzazione di zone in cui sperimentare un regime derogatorio rispetto alla normativa nazionale dal punto di vista fiscale e degli incentivi agli investimenti[23]. Un credito d'imposta per maxi investimenti fino a 50 milioni, tem-

22. "Quale «visione» per la ripresa di una strategia nazionale di sviluppo?" *Dibattito sul Rapporto SVIMEZ 2015 sull'economia del Mezzogiorno*, Quaderno SVIMEZ n. 46, febbraio 2016.

23. Nell'ambito del "Patto per la Campania" firmato lo scorso aprile tra Governo e Regione, ad esempio, sono previste risorse per almeno 200 milioni di euro per creare una zona economica speciale che riguardi il sito di Bagnoli e le aree portuali e retro portuali di Salerno e Napoli. Nella stessa direzione le istituzioni si sono mosse in relazione al "Patto per la Calabria", in cui le parti hanno concordato sulla necessità di avviare, sulla base di quanto proposto con provvedimento del Consiglio Regionale della Calabria del 25 settembre 2015, un percorso finalizzato a sottoporre alla Commissione Europea la proposta di realizzazione di Zone Economiche Speciali, comprendenti anche l'area Portuale e Retro-

pi dimezzati per autorizzazioni e procedure (con il Governo pronto a esercitare i poteri sostitutivi) e oneri amministrativi e istruttori più bassi. Prende corpo l'identikit delle Zes, le Zone economiche speciali che puntano ad attrarre investimenti anche dall'estero nei grandi porti del Sud per agganciare i flussi di merci in grande crescita nel mediterraneo che passano per il Nord Africa e il canale di Suez per arrivare alla Cina con il suo grande progetto della nuova via della seta. Il premier Paolo Gentiloni firma il Dpcm con i requisiti per le Zes, previste dal decreto Sud dell'estate 2017. L'obiettivo è battezzare subito le prime due Zone speciali – quella di Napoli – Salerno e di Gioia Tauro che sono praticamente pronte – entro fine febbraio (serviranno due appositi Dpcm). Ma in pole per i prossimi mesi ci sono anche Bari–Brindisi, Augusta (con Catania e Siracusa), Palermo, Cagliari e Taranto (collegate anche alle zone industriali di Matera e della Basilicata) con infine un ultimo porto ancora da individuare che dovrebbe unire aree delle Regioni Molise e Abruzzo. Il decreto prevede infatti la possibilità di costituire delle Zes interregionali associando anche aree a vocazione industriale delle Regioni sprovviste di porti con Regioni contigue che invece ne dispongono. In questo caso la Zes interregionale avrà un'estensione in ettari che somma le disponibilità previste in modo dettagliato per ogni Regione dal decreto appena varato. Nel Dpcm sono indicati anche i requisiti che dovranno avere i piani di sviluppo strategico che dovranno essere presentati dai candidati al ministero della Coesione territoriale regista di tutta l'operazione Zes. E i compiti del Comitato di indirizzo delle Zes dove siederanno al massimo 5 membri (autorità portuale, Regione, Palazzo Chigi e Mit). L'incentivo sostanzioso è la possibilità di accedere al credito d'imposta per gli investimenti potenziato con la soglia a 50 milioni (quello normale è al massimo a 15 milioni per le grandi aziende). Un bonus che ora sembra funzionare bene visto che nell'ultimo anno dopo essere stato modificato ha mobilitato 4 miliardi di investimenti. Le altre misure che dovrebbero attrarre gli investitori sono le semplificazioni che saranno scritte in un altro Dpcm ancora in elaborazione insieme alle Regioni. Come detto sono allo studio dimezzamenti dei tempi per autorizzazioni (come l'apertura di stabilimenti nuovi) e riduzione degli oneri amministrativi e istruttori. Con la possibilità per chi governa le Zes di chiedere al Governo di esercitare il potere sostitutivo. Tutte semplificazioni, queste, di cui potranno approfittare in futuro anche le Zls, Zone logistiche speciali. In pratica la versione "light" delle Zes prevista nell'ultima manovra per i porti del Nord. L'unica differenza sarà nell'esclusione dal credito d'imposta. Dal Sud sono già arrivate le prime reazioni negative perché la misura – dicono – farebbe perdere competitività alle Zes.

portuale di Gioia Tauro. Provvedimenti simili sono stati licenziati praticamente in tutte le regioni del Mezzogiorno eleggibili ad attivare tale strumento, come in precedenza sottolineato.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Barabino P. (2015). *Le Zone Franche Urbane; Mercato europeo e Ordinamenti tributari*. Milano: Giuffrè.

Barabino P. (2017). *Le Zone Franche Urbane nel diritto tributario*. Torino: Giappichelli.

Basilavecchia M. (2002). Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario). *Rass. trib.*, p. 421.

Berlinguer A. (2016). *Porti, retroporti e zone economiche speciali*. Torino: Giappichelli.

Berlinguer A. (2018). *Porti, retroporti e zone economiche speciali.* Torino: Giappichelli.

Ceraso L. (2008). Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale. *Riv. it. Dir. pubbl. com.* I, p. 97.

Colapinto F. (2013). Gli aiuti pubblici alle imprese. *Dir. pubbl. comp. eur*, fasc.4, pp. 1526–1540.

Colombo C.M. (2013). Aiuti di Stato. *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, fasc.3–4, pp. 906–909.

Colombo C.M. (2014). Aiuti di Stato. *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, fasc.1, pp. 287–290.

Coppola P. (2009). Dopo il lungo cammino delle zone franche urbane a Bruxelles, renderle inutili non appare una scelta saggia. *Innovazione e diritto*, p. 1 ss.

D'Ancona S. (2013). La giurisprudenza recente in tema di aiuti di Stato: in particolare, il controllo di compatibilità delle esenzioni fiscali con l'ordinamento europeo. *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, fasc. 3–4, pp. 888–906.

Daniele L. (2012). *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*. Milano: Giuffrè.

Del Federico L. (2007). L'autonomia tributaria delle Regioni ed i principi di coordinamento della finanza pubblica. *Riv. dir. fin.,* 3, p. 411.

Del Federico L. (2009), Grandi attese per le zone franche urbane. *Corr. trib.*, 13, p. 1043 ss.

Ferrara R. (2013). Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza. *Dir. econ*, fasc. 2, pp. 321–337.

Ficari V. (2001). Prime note sull'autonomia tributaria delle regioni a Statuto speciale. *Rass. Trib,* 5, p. 1307.

Fichera F. (1998). Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario. *Riv. dir. fin.* n,1, I, pp. 83 – 137.

Gonzales Pinero R. (2010). Aiuti di Stato, "selettività regionale" e politiche fiscali agevolative delle Regioni. *Riv. dir. trib.,* 9, p. 935.

Grasso G. (2013). Rassegna di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di aiuti concessi agli stati (2008–2013). *Foro it.*, fasc. 6, 7 ,8,10, pt.4.

Ingrosso M., Nocerino O., Roccatagliata F., Sacchetto C. (1998). *Le zone franche*. Napoli: Jovene.

Ingrosso M., Tesauro G. (2009). *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*. Napoli: Jovene.

Letizia L. (2011). Strumenti innovativi di intervento pubblico per lo sviluppo del Mezzogiorno: profili giuridici e riflessioni critiche. *Amministrazione in cammino*, p. 1 ss.

Picciaredda F. (2007). Federalismo fiscale e tributi propri della Regione Sardegna tra esigenze di coordinamento e tassazione ambientale. *Riv. dir. trib.*, 10, 2, p. 919 ss.

Roccatagliata F. (1999). La zona franca. Problematiche di ordine fiscale. *Fisco,* 41, p. 13055 ss.

Salvini L. (2007), *Aiuti di Stato in materia fiscale*. Padova: Cedam.

Selicato P. (2005). La nuova autonomia impositiva degli Enti territoriali. *Dir. prat. trib.,* 6.

Serrano V. (2011). L'incerto destino delle zone franche urbane: porvi rimedio. *Boll. trib*., 7, p. 485 ss.

Tesauro F. (2012). *Istituzioni di diritto tributario – 2° volume (Parte speciale)*. Milano: Utet Giuridica.

Uricchio A.F. (2010). *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*. Bari: Cacucci, pp. 139-140.

Uricchio A.F. (2013). *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*. Bari: Cacucci.

Uricchio A.F. (2016). Porti, retroporti tra fisco, dogane e zone economiche speciali, in: Berlinguer A., a cura di, *Porti, retroporti e zone economiche speciali.* Torino: Giappichelli, pp. 27-47.

Uricchio A.F., Selicato P. (2008). *Agevolazioni fiscali di carattere locale per la promozione dell'adozione di tecnologie innovatrici a tutela dell'ambiente*. Bari: Cacucci.

Villani U. (2013). *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*. Bari: Cacucci.

VITA ACCADEMICA

GIUSEPPE BUFFON

SANTI E CITTÀ: IL CONTRIBUTO FRANCESCANO ALLA GIUSTIZIA SOCIALE E ALLO SVILUPPO SOCIOECONOMICO*

Premessa. Con la stesura di queste pagine, senza pretesa sul piano del rigore scientifico, si intende mettere a disposizione idee, stimoli e materiali, utili ad avviare lo studio della santità civica di Egidio Maria da S. Giuseppe, che le autorità ecclesiastiche e civili di Taranto, all'indomani della prima guerra mondiale, ottengono che venga proclamato patrono della città. Figura inserita nell'alveo della tradizione francescana, Egidio partecipa, a suo modo, dell'ideale di interazione tra dimensione religiosa e dimensione civile, che contraddistingue l'Ordine francescano, fondato dal figlio di un mercante che, restituendo i panni al padre, non ha però, disertato la città, benedicendola in punto di morte e inserendo nel Cantico delle creature una strofa sul perdono, scritta appositamente per esortare alla riconciliazione il vescovo e il podestà. Sul suo esempio, anche i suoi frati si sono spesso offerti di fare da paceri e, con l'avvento dell'encomia di mercato, di mediare una conciliazione tra Chiesa e denaro, religione e interesse, pellegrino e mercante. Quando, poi, anche la religione cede all'attrattiva verso un'eccessiva acquiescenza nei confronti di poteri contrari al bene comune, sorgono nuovi eremiti a riaccendere la dialettica tra "ozio e negozio".

Questuanti e analfabeti, laici, come lo stesso Francesco, si sono addentrati tra le maglie stesse della compagine sociale, ritessendo dalla base un legame sociale, minacciato da forze disgregatici, mentre altri si sono costituiti specchio dei ceti infimi, marginalizzati, permettendo loro un riconoscimento, capace di restituire dignità, senso di umanità, identità. Egidio è certamente più simile a questi ultimi, che propongono uno sguardo capovolto sulla realtà, che fanno della fragilità il loro elemento di forza. Tutti si dimostrano, però, uniti dal tentativo di armonizzare realtà apparentemente contrapposte, in nome di una inclusività, di una integralità

* Testo riveduto ed ampliato della relazione tenuta presso il Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro in data 31 maggio 2018, nell'ambito della seconda edizione della Festa del Pittaggio del Baglio.

sinfonica, auspicata attualmente non solo dal papa della *Laudato si'*, ma anche dalle scienze naturali contemporanee, sempre più estranee al positivismo, e perfino dall'economia, secondo la quale gli indicatori statistici del Pil, pur rassicuranti sul presente, non lo sono più riguardo al futuro, anche quello assai prossimo.

1. *I pregressi della mediazione sociale francescana.*

Elogio della mobilità. I mendicanti, e in particolare i francescani, come si è detto, fondati dal figlio di un mercante, nascono in concomitanza con lo sviluppo delle città e a servizio di una società urbana, connotata dall'emergere di nuove classi sociali, costituite da artigiani e, appunto, da mercanti. La loro scelta in favore della povertà volontaria li conforma alla nuova tipologia del cittadino, individuo privo di terra e perciò relegato al margine della società feudale, il quale emigra alla ricerca di uno spazio di libertà, condizione giuridica essenziale per l'avvio di nuove professionalità e per il sorgere stesso del nuovo ceto mercantile.

Anche i francescani, come i mercanti e gli artigiani, trovano nell'ambiente cittadino, libero da pastoie feudali, uno spazio consono al proprio sviluppo, perché adatto a favorire la mobilità, non consentita, invece, dal sistema agrario stanziale, chiuso alla circolazione dei beni e più ancora delle idee. Calcando le medesime piste carovaniere di mercanti veneziani e genovesi, in viaggio per Karakorum e anche fino a Khanbaliq, via Caffa o passando per Tana, in India; quindi, ospiti delle navi iberiche, sulla rotta per il Capo di Buona Speranza o verso le distese oceaniche, i seguaci del pellegrino di Damietta si distinguono nettamente dalle gerarchie ecclesiastiche, ancorate agli ideali delle riforme monastiche del secolo X e XI, fautrici del grande impulso allo sviluppo agrario altomedievale.

A differenza del monachesimo rurale dell'XI secolo, i francescani dimostrano, con evidenza ancora maggiore dei domenicani, di non aver mai ceduto al sospetto nei confronti della nuova socialità mercantile, fondata sulla mobilità, sullo scambio dei prodotti su scala nazionale e internazionale e, soprattutto, sul guadagno creditizio, giudicato illecito, rispetto a quello proveniente dal lavoro. Mai essi hanno condiviso i timori di una chiesa feudale, preoccupata che in città i guadagni siano più alti rispetto alla campagna, che le occasioni per arricchirsi siano maggiori e che l'accumulo dei capitali richieda tempi assai meno lunghi. Se da Bernardo di Chiaravalle, altro rappresentate del modo monastico, i *fraters* accolgono l'impulso a rendere più affettivo e femminile il linguaggio sulle realtà soprannaturali, i medesimi, non possono, però, condividere il suo giudizio tagliente sulla mobilità mercantile, che egli apostrofa come sterile agitazione, rifiuto della contemplazione, detta anche "deserto", caratteristica prediletta dei monasteri cistercensi, collocati nel folto delle foreste, in luoghi selvatici e appartati.

Per i francescani, sostenitori della mondializzazione pontificia e quindi iberica, la mobilità possiede un valore imprescindibile, in quanto connotabile come autentica azione missionaria: quel *Ire ad infedeles,* ritenuto dalla loro regola già missione, a prescindere da un eventuale successivo annuncio del messaggio evangelico. Essi, pertanto, non trovano difficoltà alcuna a riconoscere l'importanza e il valore dell'itineranza mercantile, canone della professionalità stessa dell'agente di commercio e prova della sua virtù morale. Anzi, proprio nel riconoscere il valore della mobilità si sentono impegnati a sostenerne anche la monetizzazione, a difendere la necessità che si assegni ad essa un prezzo, corrispondente al lucro, che il mercante ricava come corrispettivo della sua industria, adeguato compenso per l'audacia nell'affrontare i rischi del viaggio. Francescani e mercanti vivono, di fatto, una situazione connaturale per una identica visione della società e della cultura: parlano il medesimo linguaggio. Il principio della *paupertas*, che struttura la vita e l'identità dei *fratres,* si dimostra, infatti, solo una variante del lessico economico vigente, ricco di lemmi quali transazione, proprietà, possesso, uso, interesse. Il discorso sulla povertà, perciò, non può non essere anche un discorso sulla ricchezza, di cui è, in effetti, elemento perfettamente speculare.

La bolgia dei traffici cittadini. Lo sdoganamento della figura del mercante, la legittimazione della sua professionalità, il superamento dei pregiudizi sui traffici cittadini si configurano, però, come un lungo processo, spesso non indolore, che impegna gli Ordini mendicanti, e in particolare i francescani, in un arduo sforzo di chiarificazione dell'intera dottrina cristiana sul prestito del denaro. Sull'etica economica professata dalle gerarchie ecclesiastiche grava ancora, infatti, il giudizio espresso dal *Decretum* di Graziano (1140), che segue il commento dello Pseudo Crisostomo al brano evangelico sulla cacciata dei mercanti dal tempio (cfr. Mt 21,12): "Mai o quasi mai un commerciante può essere gradito a Dio. [...] Alla stessa maniera di colui che stando fra due nemici non può, né piacere a entrambi, né ingraziarseli se non con la menzogna (deve infatti dir male dell'uno o dell'altro), così anche chi compra per rivendere non può farlo senza mentire ed essere spergiuro. Bisogna infatti che quando questa compra affermi che la merce non vale tanto, e quando vende deve fare l'opposto"[1].

Esponenti rappresentativi del ceto monastico, come Pier Damiani, in Italia, Guiberto di Nogent in Francia, Ruperto di Deuz in Germania non risparmiano pesanti critiche nei confronti dell'arricchimento illecito che connota la vita cittadina, additata, proprio per questo, come emblema di immoralità. Non si fanno scrupolo di riprendere gli stessi contadini che, cedendo alla smania di facili gua-

1. Crisostomo 1862, coll. 839–840.

dagni e alla brama di libertà, fuggono dalle zone rurali, non esitando a ribellarsi ai vescovi, detentori di poteri comitali.

La privazione della sepoltura cristiana, decretata dal Lateranense II (1139) per chi pratica attività creditizia, autentica demonizzazione del patto mercantile, mina il fondamento dell'intera impalcatura commerciale. Si disgrega, così, la stessa socialità cittadina, tessuta dagli impresari di forme associative, chiamate "commenda" o "colleganza", il cui scopo consiste nel reperire finanziatori per le imprese commerciali. Proprio il patto fiduciario, che permette di condividere non solo gli utili, bensì i rischi dell'impresa, si dimostra, invece, la forza che aggrega i membri delle colleganze, stimolando in essi un senso di appartenenza assai più saldo degli stessi rapporti di parentela, determinanti soltanto nella fase iniziale del processo aggregativo.

Dalla *charitas* verso la *fraternitas.* A rafforzare il giudizio di immoralità nei confronti del patto mercantile concorre, inoltre, un fenomeno tipico di una mentalità rurale, avversa all'ambiente cittadino. La dogmatizzazione della gratuità degli scambi, rispondenti al valore della *caritas*, ma attuabili unicamente in una società contadina, conduce a giudicare come vero peccato l'interesse, alla base del patto mercantile. Non si considera il fatto che, nella società rurale, la gratuità del prestito si pratica a motivo dell'asimmetria dei contraenti. Lo scambio avviene, infatti, tra un benestante ad un indigente; perciò, la pretesa di un interesse da parte del mutuante deve essere giudicata come usura. Nella società urbana, invece, i contraenti del patto mercantile appartengono solitamente al medesimo livello sociale: risultano, appunto, mercanti entrambi.

Segno embrionale del passaggio dalla *charitas* rurale alla *fraternitas*, introdotta dalla rivoluzione commerciale, la lettera *Naviganti* (ca. 1227–1234)[2], inclusa tra le decretali di Gregorio IX, per prima intravede la novità rappresentata dal patto tra mercanti, distinguendolo da quello tra un benestante e un indigente. L'attenzione prestata al nuovo genere di patto si dimostra, tuttavia, ancora insufficiente per ammettere la liceità di un interesse, quale forma di compenso per il *pericolum maris*, interesse che la stessa legislazione giustinianea censurava come usura. Il domenicano Raimondo de Peñafort (1180–1275) si conferma, invece, il primo che, sensibile alla nuova prospettiva introdotta dalla *Naviganti*, giunge a considerare lecito il prestito ad interesse, adducendo la giustificazione dell'insistenza del richiedente. Questi, infatti, concedendo in prestito una certa somma, si trova costretto a dilazionare il proprio investimento.

La *Naviganti* apre, dunque, la strada alla considerazione del mondo dell'econo-

2. Gregorio IX, 1991, pp. 472–473.

mia e alla sua eventuale eticizzazione. Successivamente, infatti, nell'analizzare le cause della povertà involontaria, anche Innocenzo IV (1190 ca. – 1254), Sinibaldo Fieschi, assume criteri ispirati a principi di autentica politica economica, lasciando ormai da parte le speculazioni teologiche, avulse dal contesto socio–economico. Evitando perciò di assegnare all'usura l'etichetta di peccato, egli si preoccupa unicamente di rilevarne le conseguenze negative per il corpo sociale, per la *fraternitas*. La sua inquietudine riguarda la sproporzione tra i proventi dell'attività commerciale e quelli del lavoro agricolo, la quale, spostando i capitali dalla campagna alla città con il conseguente innalzamento dei prezzi delle risorse alimentari, avrebbe condannato le classi meno abbienti alla fame e, talvolta, perfino alla morte.

Anche Enrico di Susa, come papa Fieschi, evita speculazioni astratte sul prestito usuraio e, rinunciando a categorie teologiche, si attiene a parametri esclusivamente economici. Segnando addirittura un progresso, rispetto alle posizioni del pontefice giurista, egli per primo giunge ad escludere dalla proibizione di usura il prestito ad interesse, qualora esso venga concesso *una tantum*. La ragione economica, cui ricorre Enrico di Susa (1200–1271), in maniera maggiore dei giuristi, canonisti e teologi suoi predecessori, in sintonia con il cambiamento d'epoca, dettato dal passaggio dal regime agrario a quello urbano, predispone alla svolta, prodotta dall'apporto francescano, dalla *charitas* alla fraternitas.

Pietro di Giovanni Olivi. Ad offrire un approfondimento del fatto economico, al fine di approntare una lettura etica dell'attività commerciale, capace di arginare la precedente condanna indiscriminata del lucro, è Pietro di Giovanni Olivi. Come afferma Spicciani: «Nessun'altro autore medievale, né prima né dopo Olivi ha affrontato l'argomentazione economica con pari acutezza e genialità»[3]. La liceità del finanziamento dell'attività commerciale non poteva continuare ad essere considerata un'eccezione, consentita solamente per casi sporadici oppure per deroga. Il rischio della mobilità carovaniera e marina, cui si sottoponeva il mercante, esigeva una remunerazione. Anche il rischio del finanziatore, che si esponeva al pericolo di perdere il proprio capitale, del quale comunque si privava per tutta la durata dell'operazione commerciale, necessitava di essere valutato. Occorreva, perciò, offrire una valutazione positiva del ruolo del mercante e del mercato, come pure della ricchezza, frutto della mobilità dei prodotti e delle idee. Si imponeva la creazione di un nuovo lessico, coniando termini legati a concetti come quelli di giusto prezzo, mercato, valore economico dei beni, così da tessere una trama culturale, atta a fornire diritto di cittadinanza al mercante, quale nuovo soggetto socio–politico e culturale.

3. Spicciani, 1977, p. 185.

Per far fronte a tale improrogabile impellenza, Olivi prende avvio dalla domanda fondamentale, che dà origine all'intero dibattito economico basso medievale: «Può ritenersi eticamente ammissibile la vendita di un prodotto ad un prezzo superiore al suo valore naturale?». Nel rispondere al quesito, il francescano intende proporre dei criteri per stabilire il valore dei beni, il loro giusto prezzo, quanto cioè, è lecito guadagnare ad un mercante, che presta la sua opera in favore della circolazione delle merci, a tutto vantaggio del bene comune. Per determinare il valore dei prodotti, si rendeva perciò necessario considerare, non solo l'oggettiva bontà della loro natura, data dalla qualità delle risorse e dal lavoro impiegato per la loro produzione o trasformazione, bensì la loro stessa utilità sociale, il vantaggio da essi procurato al *civis* e quindi all'accrescimento del bene comune.

Olivi conia, così, un nuovo parametro per la stima dei beni: il valore d'uso, stabilendo che esso venga applicato per il calcolo del giusto prezzo, in aggiunta a quello tradizionale del valore intrinseco, naturale. Esso rappresenta, di fatto, il valore propriamente economico dei beni, in quanto costituito da una variabile, che dipende dal contesto sociale, relazionale e dall'utilità collettiva, prima che individuale. I criteri stabiliti da Olivi per determinare il giusto prezzo sulla base del bene comune si possono perciò enumerare nel modo seguente: 1. l'ordine naturale delle cose usabili, 2. la loro rarità; 3. il lavoro, il rischio e l'industriosità necessarie alla loro produzione; 4. la determinazione delle retribuzioni.

Nel produrre i parametri per stabilire il giusto prezzo dei beni, Olivi differisce dallo stesso Tommaso d'Aquino, la cui appartenenza ad un Ordine mendicante, come i domenicani, avrebbe dovuto abilitarlo ad una maggiore considerazione per la componente sociale, cittadina, mercantile, quale elemento fondamentale per determinare il valore d'uso del bene. Tommaso si limita, invece, a proporre una valutazione dei beni unicamente sulla base del loro valore oggettivo, naturale. La sua valutazione si ferma, per così dire, al punto che precede la loro traduzione in termini monetari. Egli, in questo modo, dimostra assoluta miopia nei confronti della componente umana, sociale, politica, che connota la sua epoca, imponendosi ormai definitivamente sul passato regime rurale.

Olivi, al contrario, si professa immerso nei traffici cittadini e, come tale, dà rilevanza al concetto di mercato, di *communitas*, distintivi della società urbana, della città. Per lui, non è dunque solo la terra del contadino, né la bottega dell'artigiano a forgiare il bene di consumo, ma anche l'ingegno sociale del *civis*, facoltà di cui egli fa uso con la finalità di favorire il bene comune. È il mercato, in quanto esercizio della *communitas*, animata dai *cives*, l'ambito più consono per fornire indicazioni, atte a stabilire il giusto prezzo. Il mercato, per il francescano, non differisce, infatti, dalla *fraternitas*, connotata dalla relazione, in cui l'individuo vince la *cupiditas* individuale, orientandosi verso la realizzazione del *bonum commune*. Il mercante, in

quanto modello del *civis*, è l'animatore principale del benessere sociale, esito dello stesso bene comune.

L'artefice dei traffici cittadini, proprio in virtù del ruolo cardine, svolto in favore del bene comune, merita una remunerazione superiore a quella del contadino e del tagliapietre, sebbene essi siano gravati da un carico superiore di fatica fisica. Si deve, infatti, alla sua imprenditorialità se la *communitas* può fruire della disponibilità di beni altrimenti inaccessibili. Viene, così, a giustificarsi pienamente anche l'aumento del prezzo alla vendita, in confronto con quello fissato al momento dell'acquisto, aumento che, per lo *Pseudo Crisostomo* e per il *Decretum Gratiani*, era passibile di condanna, in quanto mero *lucrum* mercantile, esito di cupidigia e di avidità. Si deve anche osservare, come l'eccessiva sete di guadagno, che spinge ad attribuire alle merci un prezzo troppo elevato, costituisca una lesione del bene comune, prima che un peccato di avidità da parte del singolo: si tratta, dunque, più che di un atto peccaminoso, di un comportamento anti economico.

Un'etica intrinseca al sistema economico. Anti economica e irrazionale, contraria all'equità, alla giustizia e, quindi, lesiva del bene comune è pure la vendita dell'uso che, non essendo separabile dall'oggetto, non appartiene al venditore: «È palese ingiustizia che tu venda a me una cosa mia e soprattutto il tempo in cui è mia in modo evidente, giacché l'oggetto prestato è di colui che l'ha ricevuto in prestito»[4]. Per Olivi, il giudizio sul delitto di usura si basa unicamente su parametri di etica economica: equità, giustizia, bene comune.

Applicando il medesimo criterio, egli distingue, ad esempio, il semplice denaro dal capitale, qualificando il primo come mero strumento di scambio, che serve per l'acquisto dei prodotti, il secondo come prodotto stesso, che genera altro denaro, grazie all'ingegno e all'operosità del mercante. Per Olivi, il valore del capitale, il suo giusto prezzo, è costituito, perciò, dal valore d'uso del medesimo, un *plus* valore, che si aggiunge a quello del semplice denaro, come compenso dovuto alla maestria e all'audacia dell'agente commerciale. Solamente la riscossione di un guadagno superiore al valore d'uso può essere ritenuto delitto di usura, non tanto perché lesivo del principio della sterilità del denaro, ma in quanto nocivo al bene comune, alla giustizia e alla fraternità, escludendo una parte della società civile dal mercato del lavoro.

Nell'analisi di Olivi, dunque, il prestito ad interesse, se mantenuto entro i canoni del valore d'uso, diventa lecito, perché il lavoro del mercante, la sua industriosità, la sua professionalità vengono considerati parte integrante del fatto economico, quale *plus* valore, da sommare al solo valore materiale dell'oggetto commercializzato.

4. Olivi, 1990, p. 103.

Al lavoro del mercante viene assegnato un prezzo, segno di un apprezzamento per il suo servizio alla *civitas*. In questo modo non è solo il mercante ad essere riscattato, valorizzato e apprezzato, ma la stessa componente umana dell'economia, la sua funzione di incentivo agli scambi, di motore della *fraternitas*. Il concetto di economia, nel senso della circolazione dei prodotti per il bene comune, si dimostra, perciò, non solo coevo, bensì connaturale a quello di fraternità francescana.

L'approfondimento del fatto economico, conseguente all'abitare la città dei traffici mercantili, permette, dunque, a Olivi di individuare un principio etico, interno al meccanismo economico, pertinente alla razionalità economica, un canone etico, intrinseco al sistema economico e non estrinseco, imposto dal di fuori, quale obbligo moralistico, cioè avulso da una conoscenza approfondita della materia.

Bernardino da Siena e i Monti di pietà. Erede e divulgatore della speculazione economica oliviana, Bernardino da Siena predispone l'organizzazione etica della città. Nei vizi della classe mercantile italiana del XV secolo, egli individua, infatti, le lacune stesse del dinamismo commerciale, le anomalie che inceppano il sistema economico. L'avarizia, ad esempio, proprio in quanto causa principale della bramosia di guadagno che, provocando l'aumento dei prezzi, abbassa il potere d'acquisto di un'ampia porzione del ceto sociale, viene da lui stigmatizzata come il peggiore dei vizi. Per il Senese, non è, perciò, la ricchezza mercantile in sé stessa che va condannata, bensì quella bramosia del guadagno che, in quanto nociva alla *communitas*, si dimostra avversa al bene comune. L'idolatria della ricchezza, infatti, costituisce peccato, non perché contraria al principio, aristotelico prima che teologico, della sterilità del denaro, presupposto della proibizione dell'usura, ma perché forma irrazionale del possedere, ovvero inclinazione contraria alla logica del bene comune, garante della ricchezza dell'intera *fraternitas*.

Anche l'usura, allora, intesa da Bernardino come accentramento improduttivo della ricchezza, si sarebbe dovuta vietare, non perché proibita dal dettato biblico, così come dal principio della *charitas*, bensì in quanto prassi lesiva delle relazioni fraterne, ovvero contraria alla circolazione virtuosa della ricchezza: concentrando il capitale nelle mani di pochi, ne impediva, infatti, l'investimento a favore del bene comune. L'usura, per Bernardino, è, quindi, semplicemente, pratica 'anti cittadina' e, perciò, anche, antieconomica, anti sociale prima ancora di essere teologicamente perversa. L'usuraio, dunque, merita di essere privato della qualifica di *civis*, figura che, per Bernardino, equivale a quella del promotore del bene comune.

Allo scopo di porre un freno all'attività usuraia, nel 1462, a Perugia, gli eredi di Olivi e di Bernardino danno vita all'istituzione del Monte di Pietà. Il processo per la costituzione del Monte viene avviato dalla predicazione, offerta, nella stragran-

de maggioranza dei casi, da un francescano, alla quale segue la stesura degli statuti, cui sovrintende il medesimo religioso, nel ruolo di consulente e, in parte, di garante dell'equità. Si passa, poi, alla raccolta del denaro e alla nomina degli *offitali*, scelti tra le persone moralmente più affidabili della città, cui viene affidato il compito di gestire, in tutta trasparenza e onestà, l'amministrazione del denaro e dei pegni.

L'erogazione dei prestiti avviene nella forma di microcredito, allo scopo di poter garantire un soccorso al maggior numero possibile di soggetti, che possono così rientrare nelle dinamiche cittadine, essendo reintegrati nel sistema mercantile. Il prestito dura sei/diciotto mesi, per un'erogazione non superiore ai tre/quattro fiorini, che all'inizio viene elargita a tasso gratuito, quindi, ad un interesse del quattro/sei percento. I clienti sono artigiani e contadini, che, per mancanza di mezzi economici, si sono trovati costretti a rinunciare perfino ai propri utensili da lavoro e che, grazie al prestito, possono continuare a contribuire al bene della *communitas*. Se l'usura determina disgregazione, povertà e conflitti sociali, questa forma creditizia riaccende la solidarietà, restaura i legami all'interno della società, oltre a nutrire il dinamismo economico e, non ultimo, il bene comune. Dopo i sospetti iniziali, soprattutto da parte dei domenicani, l'istituzione riceve piena approvazione dal papa Leone X (1475–1421), con la bolla *Inter multiplices*[5], emanata durante il Concilio lateranense V (1515).

2. *La città, meta esistenziale e spirituale.* Carlo da Sezze, rispetto a Pietro di Giovanni Olivi e alle grandi figure dell'osservanza, rappresenta una tappa di avvicinamento alla figura di Egidio da Taranto, sia cronologicamente, sia soprattutto per il fatto di esprimere una maggiore affinità tipologica con quest'ultimo, in quanto laico e illetterato. Per Carlo da Sezze, inoltre, l'approccio alla città non consiste soltanto nella dimostrazione di una particolare sensibilità sociale, politica, legata all'evoluzione della dimensione economica, propria dello sviluppo urbano, come nel caso di Olivi, di Bernardino e dell'intera compagine osservante, bensì tocca la sfera culturale e antropologica. La città, nel caso specifico Roma, per Carlo costituisce la meta finale della prioria evoluzione umana e, dunque, anche la meta della sua autobiografia, che è scandita dalle tappe da lui percorse, nell'avvicinamento all'esito esistenziale e spirituale del suo itinerario. La città diventa, per Carlo, il vertice della sua esperienza di comunione con Dio, come il polo verso cui è attratto, la forza gravitazionale, che muove tutta la sua vicenda mistica. A Roma, infatti, riceve le stimmate. A Roma si compie anche il suo esercizio di scrittura, che è pari ad un martirio, perché impostogli per obbedienza, e obbedienza dal costo assai elevato, dal momento che egli è un illetterato.

5. *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio 32*, pp. 622–623.

> Nostro Signore che tutto vuole per la sua gloria, mi cominciò a far sentire nell'anima un impulso assai potente, che grandemente mi agitava a scrivere la mia vita, ché sarebbe stata di molto profitto a gli nostri prossimi; e più andava avanti, maggiormente questo desiderio mi crescieva, senza però sapere in che risolvermi. Mi se presentò fra questo tempo il caso di uscir for di Roma, per andare a domandar elimosina, e di abboccarmi con una religiosa di Santa Chiara, che aveva nome di gran serva di Dio, e conferirgli questo mio segreto acciò facesse particolare orazione al Signore, e ci mostrasse quale fusse la sua volontà [...] Non remasi del tutto quietato per questo e non presi resoluzione alcuna, ma prima volsi ricorrere alla santa obbidienza con la quale non si pole errare, e restano mortificate le persuasioni de' demonii, che alle volte ci pongono nelli nostri cuori tali cose per farci incorrere in qualche inciampo e dare in un qualche gran precipizio di superbia[6].

La città è vertice e polo di attrazione di un processo, che introduce le nozioni di spazio e di tempo, la dinamicità stessa della storia, nella staticità contemplativa del rapporto con l'assoluto. La città è, infatti, meta letteraria di una autobiografia, che si dimostra mezzo per storicizzare l'esperienza di Dio, che si fa, così, racconto autobiografico: le categorie del trattato di ascetica e mistica si sciolgono allora nella narrazione della quotidianità minuta.

> [Carlo, infatti,] non si limita ai fenomeni mistici, come l'autobiografia di santa Veronica Giuliani, né si presenta come una cronaca eterogenea come quella del Salimbene (citazione del Gori riferibile con grande probabilità alla Chronica del de Adam). Vi rientra al vivo tutto lui e tutto l'ambiente religioso e mondano, in cui egli vive ed opera, fin quasi alla vigilia della sua morte (1670). Ha qualche somiglianza con l'Autobiografia della grande Teresa d'Avila, ma più di questa si trattiene sugli avvenimenti esterni[7].

La città è l'approdo di un tempo e di uno spazio, compenetrato dall'esperienza con un assoluto atemporale e spaziale, che, però, si rende incontrabile e sperimentabile nella frammentarietà dei giorni e dei luoghi attraversati da Carlo. La città, per Carlo, è anche aspirazione ad una modernità che, con l'avvento delle scienze empiriche, si fida soltanto della cognizione per via sperimentale. Le stimmate ricevute a Roma rappresentano, infatti, l'apice di un linguaggio del corpo, che Carlo usa già nel suo percorso a tappe verso l'Urbe, che usa nella proposta stessa della sua scrittura: linguaggio orale, dialettale, gergale, fissato sulla carta con il pennino, che egli stesso paragona ad una lancia affilata, strumento di tortura nelle mani del carnefice, pari al bisturi primordiale impiegato dal cerusico – chirurgo settecentesco –, lama di luce che gli procura la stessa stimmatizzazione.

6. Seza, 1965, I, pp. 258–259.
7. Gori, 2011, p. XIV.

> Restavi ferito dalla mano del Signore con il dardo del suo amore, in quel cuore che era stato tanto vano [...]. Quello che di dolore intesi, e come restai, non saprei immaginarlo per poterlo descrivere[8].

La città, proprio perché si tratta di Roma, costituisce anche la meta di un itinerario antropologico–religioso, oltre che moderno. La città dei martiri Pietro e Paolo si traduce, nell'esperienza esistenziale e letteraria di Carlo, in luogo della massima obbedienza, considerata dalla tradizione agiografica francescana un martirio altro, la versione moderna del martirio, quello dell'epoca successiva alla primitiva epopea dei martiri, evocata dai patrocinatori dei pellegrinaggi alle catacombe romane, nuovamente in auge con l'avvio dell'età barocca.

> Et da qui conobbi chiaramente che la volontà di Dio era che non morissi martire, ma che abbracciasse il martirio della santa obbedienza[9].

La stessa cronologia della narrazione carolina sviluppa un andamento progressivo, scandito dai gradi del trinomio, obbedienza–martirio–scrittura: un primo quinquennio di vita religiosa, nel quale Carlo sembra strutturare la propria esperienza attorno all'asse dell'*obbedienza*; un secondo quinquennio, durante il quale egli si avvia alla pratica della *scrittura*, che applica, adeguandosi ai ritmi dell'obbedienza, con le rispettive ingiunzioni e censure:

> In questo convento fu che cominciai a scrivere alcune cose di devozione, come furono le Meditazioni della passione del Signore con altre cose divote, le quali, per comando del mio confessore, furono abbruciate[10].

Un ultimo periodo, la cui durata oltrepassa il doppio della somma dei due quinquenni precedenti, coincide con la fase romana dell'autore.

> Et in fare quanto dalla santa obbedienza mi vien comandato, attenderò in quelle cose che sono più essenziali, cominciando dal principio della mia vita fino allo stato presente, raccontando come fra le molte cadute risorgeva allo stato di grazia, con la vocazione alla religione et le grazie e favori che in essa mi ha fatto il Signore, incamminandomi alla perfezione con molti modi di orazione. Et acciochè il tutto segue con ordine, dopo il racconto del secolo, ne seguirà immediatamente quello della religione de conventi dove sono stato di famiglia[11].

8. Seza, 1965, II, p. 142.
9. Seza, 1965, II, p. 50.
10. Seza, 1965, II, pp. 87–92.
11. Seza, 1965, I, p. 258.

È a Roma, che Carlo compone la maggior parte dei suoi scritti, ed è sempre a Roma, che la pratica dell'obbedienza diventa più gravosa, per il moltiplicarsi delle imposizioni e dei dinieghi da parte dei superiori. Tuttavia è ancora a Roma, che Carlo sperimenta nuovi spazi di libertà, abbattendo le barriere obbedienziali, tracciate dall'appartenenza istituzionale. Qui, infatti, Carlo amplia la cerchia delle sue conoscenze, aprendosi all'incontro con rappresentanti di altri istituti religiosi e giungendo a dilatare in tal modo i confini della sua geografia congregazionale.

La Roma di Carlo da Sezze diventa, perciò, l'esito finale della sua ricerca religiosa, scandita dall'oblatività martiriale e dalla dilatazione cognitiva degli spazi, anche relazionali, e contemporaneamente configurata come sbocco del suo impegno letterario.

> Giongiendo al quarto, il quale contiene li sette viaggi di Cristo che fece per noi nella sua acerbissima passione, et per averla molto meditata in tanti anni, credevo di ritrovarci grandissima facilità, avenendomi poi tutto al contrario; perché dal principio che vi volsi ponere la penna, mi si pose nella mente un'ottusione più d'altre straordinaria; et quando volevo cominciare ciaschedun capitolo, ero come stolito, et più dell'ordinario, sentivami nell'interiora mordermi et riprendermi aspramente dal cane, che altre volte ho detto[12].

3. *Nuovo negoziato tra eremo e città. Riforme e urbanizzazione.* La città, con i suoi traffici, e non, invece, l'isolamento della campagna, si dimostra sin dall'inizio l'ambiente ideale per l'insediamento dei mendicanti. Il loro rifiuto della proprietà fondiaria li obbliga, infatti, a inserirsi nella società urbana, dove il denaro abbondante, di cui usufruiscono sotto forma di elemosina e di lasciti testamentari, diventa risorsa indispensabile al mantenimento della comunità. Il loro stesso distacco dai poteri feudali e signorili contribuisce, inoltre, a renderli graditi alla borghesia mercantile e all'intera popolazione urbana. Il ceto mercantile elargisce volentieri donazioni a vantaggio di Minori, gravati dal senso di colpa per guadagni, spesso assai elevati, che esponenti della dottrina ecclesiastica tradizionale denunciano ancora come illeciti. Inoltre, le famiglie del medesimo ceto mercantile fanno seppellire i propri cari nelle chiese ufficiate dai frati, erogando ingenti offerte per suffragi da applicare a vantaggio delle loro anime.

La completa urbanizzazione dell'Ordine minoritico non lascia, però, tranquille le correnti più radicali di esso, che temono il tradimento del primitivo ideale di povertà, assai intransigente sull'importanza di una reale precarietà economica e, quindi, sull'obbligo di rinunciare a mezzi stabili di sussistenza, a rendite fisse oppure, nella peggiore delle ipotesi, addirittura a proprietà. Alcuni preferiscono, quindi, ritirarsi negli eremi, collocati in posti isolati, lontano

12. Seza, 1965, II, pp. 262–263.

dai traffici urbani. Avvantaggiandosi di un distacco sul piano geografico, ma soprattutto economico, i riformatori intendono rinegoziare il rapporto con la città, allacciando rapporti anche con ceti non abbienti, di indole maggiormente popolare.

Nascono, allora, gli spirituali, dei quali, però, fa parte anche lo stesso Pietro Giovanni Olivi, la cui sensibilità verso il fattore economico e le problematiche socio–politiche ad esso connesse non lascia dubbio alcuno. Ad una delle maggiori correnti riformistiche, che si rifà agli spirituali, appartengono anche gli osservanti, inventori dei Monti di pietà, il cui fondatore, Bernardino da Siena, si dimostra il più grande divulgatore del pensiero economico dell'Olivi e, in quanto tale, autentico araldo della piazza, nonché guida etica della città.

In realtà, anche le successive correnti riformistiche, sorte nel corso dei secoli XVI e XVII, dimostrano un'apparente ambiguità nel loro rapporto con l'ambiente urbano: quasi scostanti nelle fasi iniziali, gradualmente si attirano una profonda simpatia, proprio in ragione di un diverso stile di gestione delle risorse patrimoniali, incentivo per nuove sinergie tra sacro e profano, tra l'eremo e la città. L'impatto negativo, prodotto sulla cittadinanza dalla fondazione di nuovi insediamenti riformistici, incluse rimostranze popolari, dipende in gran parte dalla determinazione con la quale i riformatori rinunciano alle rendite economiche stabili, come, ad esempio, legati, per la celebrazione di messe in suffragio dei defunti e offerte, elargite con regolarità, sulla base di strumenti contrattuali, quali possono essere il patronato o altre forme giuridiche, finalizzate alla gestione di risorse patrimoniali ed economiche. Operando un taglio netto dei legami con gli antichi benefattori, viene automaticamente messo in discussione il loro *status* sociale, i privilegi loro riconosciuti fino a quel momento, come il diritto di sepoltura nella chiesa conventuale o, più semplicemente, legami di mutuo scambio, attuati dai *fratres* con ritrovi mangerecci, predisposti addirittura all'interno degli spazi claustrali.

Reazioni al bisturi economico ed estetico. In occasione della fondazione del ritiro di Fucecchio, ad esempio, Teofilo da Corte, responsabile dell'iniziativa, viene costretto a subire accuse di ingratitudine in ragione dei benefici elargiti dalla comunità cittadina:

> la comunità vi ha speso più migliaia di scudi, come può vedersi da Nostri Registri nel corso di tanti anni e quante elemosine hanno conferito tanti particolari, per il mantenimento de' Religiosi dimoranti[13].

13. Paiotti, 1930, p. 252.

Una lettera di protesta dell'autorità comunale, determinata a imporre il divieto di ogni innovazione, per timore di una sollevazione popolare, viene fatta recapitare allo stesso ministro provinciale, del tutto favorevole all'iniziativa riformistica intrapresa da Teofilo:

> questa novità non può causare nel popolo che sollevazione con strepito della Religione, perché un pubblico sollevato con giusto motivo non si sa né si pesano le risoluzioni che potrà prendersi[14].

Il popolo si manifesta, infatti, furente, tanto che in occasione della processione del Corpus Domini, al medesimo Teofilo viene imposta la segregazione in sacrestia, nel timore che «la gente in cambio di guardare il Sacramento non rimirasse noi, o pure a ciò che co' fiori, che in tale occasione si sogliono buttare, non buttassero assieme qualche sasso, e romperci la testa»[15].

A Fucecchio, in realtà, Teofilo rifiuta non solo il denaro come offerta per la celebrazione delle Messe, che fa dire gratuitamente, ma anche le elargizioni delle "congreghe", inclusi i doni eccessivamente raffinati e confezionati con materiali troppo preziosi, si trattasse pure di paramenti sacri o arredi liturgici; alle medesime congreghe vieta, inoltre, l'annuale consuetudine di pranzare con i frati; interdice ai ragazzi la frequentazione della biblioteca, anche soltanto per gli studi, e alle donne la decorazione degli altari; proibisce ai laici, in generale, l'ingresso in sacrestia, l'accesso ai chiostri e alle celle dei frati.

Alle misure di natura squisitamente economica, Teofilo affianca interventi architettonici, significativi specialmente sul piano simbolico, al fine di marcare la separazione tra il convento e la città, a beneficio di una risacralizzazione dello spazio religioso. Istituisce, ad esempio, la figura del portinaio, con l'incarico di fare da filtro a richieste rivolte ai frati dall'ambiente esterno, riservando al superiore la facoltà di accettarle o meno; mura, quindi, gli intercolunni, allo scopo di eliminare ogni distrazione proveniente dalla portineria, dove le persone erano solite intrattenersi in conversazioni più o meno prolungate; fa poi alzare di un metro il parapetto della loggia, allo scopo di impedire la vista sulle case vicine e dissuadere dalla curiosità di sbirciare sul piazzale della chiesa; fa applicare, infine, cancellate di legno, per consentire il necessario isolamento alle celle, al coro, alla sacrestia e al chiostro. Anche queste nuove risoluzioni, adottate da Teofilo allo scopo di rafforzare il distacco della struttura conventuale dall'agglomerato sociale, scate-

14. Ivi, p. 253
15. Ivi, p. 257.

nano reazioni violente da parte della popolazione. Incitato dalla folla, Francesco Guidotti scardina di forza la porta principale della medesima cancellata e la getta nell'Arno[16].

Analoghi episodi di ribellione popolare si registrano anche nei vari tentativi di fondare ritiri, effettuati dal medesimo Teofilo da Corte nella sua terra natale, la Corsica: prima a Farinola, poi a Nonza, quindi a Campoloro, infine a Zúani. I drastici provvedimenti per l'eliminazione delle rendite fisse, nella convinzione di dover instaurare un regime di reale precarietà economica, come si addice a un Ordine mendicante: l'abolizione della questua generale del grano e del mosto (generi a lunga conservazione), l'eliminazione degli alveari (finalizzati a ricavare la cera per il culto liturgico), il taglio delle vigne e il divieto delle elemosine per le Messe irrita la popolazione, al punto da indurla a respingere i frati "cercatori", inviati a elemosinare meri generi di prima necessità, insultandoli e perfino minacciandoli, pistole alla mano.

Anche in Corsica, come a Fucecchio, la sobrietà liturgica, ottenuta con il divieto di usare organo e paramenti ricercati nelle stesse funzioni solenni, la "meschina e brutta semplicità", come il popolo stesso la definisce, costituiscono l'altro grave capo d'imputazione, contro le iniziative del movimento dei ritiri, che la gente, al primo impatto, apostrofa, con disprezzo, usando per i loro animatori l'epiteto di "ritiranti"[17]. Le dicerie, diffuse inizialmente nei confronti dei riformatori, li ritraggono, infatti, come indisponibili ad offrire il ministero della confessione e dell'assistenza spirituale, oltre che altezzosamente refrattari nei confronti del soccorso materiale delle elemosine.

Il fascino del gratuito. L'iniziale avversione, però, nel giro di qualche mese si cambia in ammirazione:

> Aggiungo per sua consolazione, che questi Signori si son dichiarati ieri, particolarmente il Sig. Pievano del Clero con parte Clero, ed il Signor cancelliere a nome di tutta la Comunità, che son talmente contenti di questa vita, che uno de maggiori dispiaceri che potessero avere sarebbe la nostra partenza o mutazione[18].

Il cambiamento di giudizio nei confronti dei riformatori, da parte dell'osservatorio popolare e cittadino, viene attribuito innanzitutto all'impatto con un nuovo stile di predicazione che, sempre nel caso di Teofilo da Corte, si connota per sem-

16. Domenichelli, 1896, p. 276.
17. Ivi, p. 205.
18. Paiotti, 1930, p. 269.

plicità di linguaggio, immediatezza della comunicazione, popolarità dei contenuti, elementi agli antipodi dell'omiletica tradizionale, assai incline alla retorica:

> Il giorno di S. Antonio, toccato dall'omelia di padre Teofilo, Domenico Checchi, appaltatore di forni, mandò al convento tutto il pane a sua disposizione. Il suo esempio venne seguito poco a poco da altri[19].

Al ripristino della simpatia nei confronti dei riformatori concorre, inoltre, un esercizio dei ministeri che, contrariamente ai timori iniziali, rafforzati da misure di austerità tendenti a incentivare l'isolamento, si dimostra in assoluta sintonia con le esigenze quotidiane della gente: ascolto prolungato nelle confessioni, cura della direzione spirituale, esercizi spirituali a comunità religiose e a terz'Ordini e missioni popolari alle parrocchie, pratica assidua delle devozioni e, soprattutto, reiterata consuetudine della visita ai moribondi, quale dimostrazione di grande prossimità alla gente, sconvolta dalla crisi del trapasso. Predicazione e ministeri vengono, poi, corroborati dalla fama di miracoli, che si manifestano come strettamente correlati alle scelte stesse di sobrietà. I testimoni al processo di canonizzazione di Teofilo da Corte riferiscono, ad esempio, di vino che non diminuisce, di candele che non si consumano, oltre ad altri fatti prodigiosi, quali guarigioni di muti e di arti lesionati.

Il definitivo prevalere della stima sull'iniziale moto di diffidenza si dimostra, in gran parte, esito della scoperta di un legame sociale alternativo, cui fa da modello l'assoluta gratuità degli scambi tra i riformatori e i loro nuovi benefattori, appartenenti in gran parte al ceto popolare, non ancora "monetizzato". Il medesimo Teofilo da Corte, ad esempio, vieta ai questuanti di barattare con i pastori il pane in eccesso, scambiandolo con il formaggio e con la carne; ordina loro, invece, di distribuirlo ai medesimi gratuitamente. Il formaggio e la carne non vengono, infatti, accettati, perché non si trattava di generi di prima necessità, bensì di alimenti che consentono una discreta conservazione e, perciò, contrari al canone della precarietà, che una se realmente vissuta necessitava, poi, dell'esercizio della questua quotidiana, a tutto vantaggio di una frequentazione assidua e subordinata della popolazione, anche la più socialmente marginale, fosse solo per ridistribuire il cibo in eccesso. In convento non è prevista, infatti, la cantina per l'accumulo degli alimenti, come, d'altra parte, non si conserva il registro per la rendicontazione delle offerte pecuniarie, assolutamente vietate.

Sugli effetti di tale rifiuto di sicurezze economiche, in termini di nuova e virtuosa reciprocità tra convento e popolazione, non mancano interessanti testimonianze:

19. Domenichelli, 1896, p. 262.

> Non voglio al proposito lasciar di notificarle che l'istesso giorno che cominciammo le nostre funzioni non essendoci olio in convento, ci fu mandato un barile d'olio da un benefattore incognito; molti si sono offerti per quel che ci può bisognare, e questa mattina avendo il padre presidente mandato alla cerca del pesce c'è stata offerta la limosina di sei barili di vino[20].

In Corsica, poi, la stima nei confronti di Teofilo e dei suoi seguaci aumenta al punto che lo si incarica perfino di mediare la tregua con il principe Virtemberg, comandante della truppa austriaca, accorso in aiuto della repubblica di Genova, per sedare i moti di rivolta regionali. L'opera dei ritiri di Teofilo non è da reputarsi estranea al processo di pacificazione della Corsica, in atto a cominciare dagli anni della fondazione del ritiro. Gli accordi per la pace generale, conclusi e purtroppo non mantenuti, furono preceduti, infatti, dall'indulto parziale ottenuto da Teofilo.

4. *Salvatore da Horta e la "sardità". Il profugo emancipa la regione trascurata dal continente.* L'interessante fenomeno della riappropriazione tarantina della figura di Egidio Maria di S. Giuseppe dimostra grande affinità con quello della riscoperta sarda di Salvatore da Horta, un santo nato e vissuto in Catalogna e giunto in Sardegna solamente pochi mesi prima della morte, ma la cui santità viene colta e valorizzata quasi esclusivamente per iniziativa della popolazione isolana, protesa alla ricerca di simboli identitari a supporto della propria autonomia regionale. Nel crescendo della devozione al santo, sull'onda di un moto popolare, animato dalla fama di numerosi prodigi, assai rispondenti all'impellenza della crisi isolana, gli attori stessi del processo di canonizzazione, i francescani sardi, per primi individuano nell'Ortense il volano che ha incentivato e accompagnato anche l'autonomia istituzionale della circoscrizione francescana sarda. Essi, addirittura, giungono ad attribuirgli il merito della promozione al grado di provincia religiosa, che viene a coincidere, per i medesimi, non casualmente, con l'anno stesso della canonizzazione del taumaturgo.

La compenetrazione tra il santo e l'isola, come quella tra Egidio e la sua Taranto, si dimostra l'esito di un reciproco riconoscimento, nel quale il profugo, l'emarginato, l'esiliato, per iniziativa dei propri compatrioti e dei suoi stessi confratelli, esercita come una funzione speculare nei confronti del ceto popolare isolano, "razza barbara", ostracizzata dal processo di unificazione italiana, perché giudicata inferiore al livello comune di sviluppo nazionale. La Sardegna profonda, popolare, priva di orizzonte futuro, perché depressa da una malaria cronica, che ne infetta

20. Paiotti, 1930, p. 267.

l'anima, prima dello stesso corpo, trova nell'immagine tradizionale del medico delle febbri il profilo ideale del proprio "salvatore".

Riconosciuto "santo della città", come dimostra un prezioso saggio di Tonino Cabizzosu[21], fin dal suo arrivo nella Cagliari cinquecentesca, il profugo catalano si afferma come taumaturgo sardo soprattutto negli anni della lotta per l'emancipazione isolana, come dimostra il successo stesso della sua canonizzazione, celebrata nel 1938[22]. Non la Sardegna delle aristocrazie barocche e di un ordine francescano sostenuto dalla politica degli eredi dei re cattolici, bensì la Sardegna popolare e rozza della brigata Sassari, affiancata da un francescanesimo impaurito dalle soppressioni liberali e timidamente incamminato sulla via dello sviluppo, giunge a ottenere da Roma l'universale proclamazione della santità del taumaturgo dell'isola malarica. Esito di un processo di autentica scrittura collettiva si dimostra la stessa costruzione agiografica del profilo salvatoriano, armonica fusione tra l'imprenditoria religiosa del comitato redazionale del Bollettino Beato Salvatore, coevo di quello dedicato al Beato Egidio, e la devozione appassionata della popolazione isolana, che invia narrazioni di numerose "grazie" e di fatti straordinari, risultato dell'intercessione del loro santo dei miracoli.

La campagna antimalarica di Rockefeller non guarisce l'isola profonda. La gigantesca impresa antimalarica, finanziata nel 1947 dalla fondazione Rockefeller e immortalata dalla macchina fotografica di Wolfgang Suschitzky, come a produrre l'immagine di un miracoloso intervento di guarigione, non ottiene, invece, il medesimo consenso popolare né soddisfa l'aspirazione all'autonomia e all'emancipazione, perseguite dalle genti sarde. "La più santa delle guerre, molto più santa di quelle che si sono finora combattute"[23], come l'aveva definita l'alto commissario per la Sardegna, generale Pietro Pinna, non era riuscita a sostituire l'antico guaritore delle febbri malariche. Eppure, già nel 1950, si era osato annunciare, con

21. Cabizzosu, 1999, pp. 13–24.

22. Salvatore da Horta nasce a Santa Coloma de Farnés, nella Spagna catalana, nel 1520. Frate minore, si conquista ben presto l'ammirazione della popolazione per l'alto tenere della sua vita morale e soprattutto per i fatti straordinari che accompagnano il suo operato a vantaggio di sofferenti, poveri ed emarginati. Nel 1865 viene trasferito in Sardegna, anche per sedare l'irruenza del fenomeno popolare, divenuto ormai incontenibile. Muore a Cagliari nel 1567. Nonostante i prodigi attribuiti alla sua intercessione continuino anche dopo la sua morte, attirando innumerevoli pellegrini presso la sua tomba, la venerazione vero di lui, a causa di vicissitudini politiche e sociali, non ultime le soppressioni applicate dal Regno d'Italia (1866), scema alquanto. Il culto verso il Taumaturgo, certo, catalano, ma soprattutto Sardo, viene riscoperto solo all'inizio del XX secolo, quindi incentivato fino a ottenere il riconoscimento della canonizzazione, nel 1938.

23. Pietro Pinna, *First meeting of Committee*, maggio 1946, Rockefeller Foundation Archives, folder 103, box 12, series 700, R.G. 1.2, citato da Tognotti e Montella 1996, p. 88.

l'estinzione della crisi malarica, la completa soluzione della questione sarda. Lasciato ormai alle spalle l'antico tempo immobile, per la prima volta si era guardato al futuro con il desiderio di esprimere una coscienza comune, di lottare per una causa comune, di riconoscere una identità unitaria moderna. Si erano avviate, così, l'esperienza autonomistica sarda e la parziale riforma agraria voluta da Antonio Segni. L'invenzione della costa Smeralda, laddove prima si praticava una pastorizia primitiva, un'agricoltura misera, laddove non esistevano scuole, nè presidi sanitari, tanto da far sorgere toponimi come Infarru e Mortorio, doveva esprimere in modo emblematico l'ansia di riscatto e di rinascita, suscitato dalla sconfitta della malaria, ottenuta dal Sardinian Project.

Purtroppo, il messianismo tecnico industriale, commerciale e turistico dell'impresa Rockefeller, tanto emblematica da assumere connotati addirittura religiosi, privilegiava unicamente una ristretta fascia di popolazione, residente nei centri urbani e impiegata nei settori commerciale e turistico, la quale, inoltre, risultava in maggioranza di origini continentali. Come, infatti, constata la stessa commissione nazionale UNESCO[24], durante il convegno cagliaritano sugli esiti dello sviluppo economico sardo nel decennio immediatamente successivo all'impresa Rockefeller (1949–1958), il 60% della popolazione isolana, costituita soprattutto da contadini e pastori, risulta escluso. sia dalla trasformazione dei costumi, favorita dall'istruzione, sia dalla diffusione dei mezzi di comunicazione di massa, sia dalla tecnologia applicata per la realizzazione di opere pubbliche e per la riforma agraria, sia, infine, dallo sviluppo commerciale e turistico. Proprio in considerazione della frattura sociale, culturale e identitaria, provocata dal progresso sanitario, economico, sociale e culturale, successivo alla campagna antimalarica Rockefeller, la medesima commissione UNESCO si pone un interrogativo cruciale: per ottenere l'ammodernamento di culture non progredite, è lecito imporre sistemi di Paesi progrediti o non è necessario, invece, costruire modelli culturali *ex novo*?

La popolazione traccia il profilo del suo taumaturgo e protettore. La figura di Salvatore da Horta, così com'era stata delineata dalla convergenza sinergica tra il francescanesimo locale e la popolazione isolana, costituisce invece punto di riferimento sicuro per Arcangelo Mazzotti, arcivescovo di Sassari e padre spirituale del movimento dei giovani turchi, che indica proprio nel ceto popolare, costituito da pastori e contadini, il soggetto privilegiato di una politica capace di favorire un autentico processo di emancipazione culturale, sociale, politica ed economica.

In realtà, già l'antica agiografia salvatoriana presenta caratteristiche rispondenti allo specifico anelito delle popolazioni dell'isola pestilenziale, come si rileva dalle

24. Alberoni, 1960, pp. 19–166.

testimonianze presentate al processo di canonizzazione, raccolte durante il XVII secolo. Il popolare "medico delle febbri", cantato successivamente anche dai *gozos*, come liberatore da ogni male, al sopraggiungere della crisi sanitaria del periodo interbellico si adatta alle sfide della scienza medica, che vaglia le guarigioni a conferma di una santità canonica. Le febbri risanate dal taumaturgo della Sardegna non vengono presentate mediante una sintomatologia generica, bensì ricorrendo ai segni di quel male sardo, che Grazia Deledda scolpisce nel profilo dei suoi personaggi: non la febbre della letteratura, bensì quella dei proverbi sardi: «Sa febbre terzana non est tuccu de campana».

«Il beato Salvatore è invocato da tutti nelle febbri più disperate»[25], scrive l'arcivescovo di Cagliari, Mons. Ernesto Piovella, nell'annuncio della futura canonizzazione del Beato, sicuro di incontrare l'entusiasmo della popolazione con il solo ricorso al tradizionale modello del medico delle febbri.

La febbre descritta dai redattori del Bollettino in collaborazione con i devoti non corrisponde più alla febbre malarica tradizionale, ma a quella moderna patologia cronica che, se non è più mortale, costituisce, però, l'humus di altre malattie, proprie di un popolo affetto da *palsmodium*: enteriti, polmoniti, tumori, otiti, meningiti e oftalmie.

Anche il soccorritore delle partorienti, pregato per dodici mercoledì consecutivi, costituisce una variante del medico delle febbri, in versione sarda. È, infatti, il deficit riproduttivo e non la generica mortalità da malaria a segnare l'identità antropologica e culturale della Sardegna contemporanea, come dimostra anche la statistica sull'aspettativa di vita a zero anni, che colloca la regione all'ultimo posto della graduatoria nazionale, dopo Sicilia, Basilicata e Calabria: un meridione questo, certo, afflitto dalla medesima malaria che si manifesta in Sardegna, ma non da una altrettanto elevata mortalità delle puerpere per complicazioni da parto.

Nel soccorrere le partorienti, il taumaturgo sardo viene presentato, inoltre, con le sembianze dell'empirica che, nella sfera femminile sarda, svolge la funzione di assicurare parti felici. Anche Salvatore da Horta, infatti, viene spesso chiamato il taumaturgo dei parti felici.

Il "protettore dei piccoli" costituisce l'approdo finale dell'evoluzione intrapresa dall'agiografia salvatoriana, nella costante aspirazione ad adeguarsi alle problematicità non solo sanitarie, ma anche sociali e culturali della popolazione sarda. Per la Sardegna, infatti, la mortalità infantile, che colpisce soprattutto bambini da due a dieci anni, si dimostra la vera crisi sanitaria del ventesimo secolo. I bambini,

25. Piovella, 1927, p. 4.

d'altro canto, come afferma l'igienista Giovanni Loriga, sono le vere vittime delle «stimmate della malaria»[26].

Vera di Sardegna, penna nota ai lettori del bollettino Beato Salvatore, vede, invece, nel protettore dei piccoli il "piccolo santo", perché piccoli, cioè afflitti da antropometria negativa, sono quei sardi scartati dal servizio militare, che provengono in prevalenza dall'iglesiente e dal cagliaritano, dove la devozione a Salvatore da Horta beneficia di maggiore diffusione. Nella prosa simboleggiante di Vera di Sardegna, il piccolo costituisce la misura della santità sarda di Salvatore da Horta, perché solidale con gli scartati prima di essere loro patrono[27].

5. *Egidio, santo della città.* Il titolo richiama l'idea concepita anni or sono da Robert Orsi, con il fortunato volume *Gods of the city: Religion and American Urban Landscape* (1999). Sulle le orme di Orsi, a soli tre anni di distanza si colloca la raccolta di studi curata da John Giggie e Diane Wilson, *Faith in the Market. Religion and the Rise Urban Commercial Culture*. La questione che sollecita queste ricerche, condotte nel contesto nord americano tra gruppi di immigrati cattolici e sette protestanti di tendenze fondamentaliste, riguarda l'impatto tra la dimensione sacrale, funzionale all'appartenenza e alla stessa identità dei medesimi gruppi, e la spinta secolarizzante, che connota contesti segnati da un forte sviluppo economico. L'economia, specie nella seconda opera, *Faith in the Market*, viene assunta come cifra principale della secolarizzazione e, più in generale, dell'intero processo di modernizzazione, come già indicato da Max Weber. Tanto dall'una, quanto dall'altra opera affiora comunque il medesimo proposito, quello di dimostrare come il sacro non sempre sia ostracizzato dall'irruenza della modernità, lezione impartita magistralmente già nel 1983 dallo stesso Eric Hobsbawm, con l'ormai classico: *The Invention of Tradition*. Anzi, proprio per accompagnare i processi di modernizzazione, il riferimento ai segni della sacralità si rende spesso indispensabile. Esso assicura, infatti, un punto di ancoraggio simbolico–tradizionale, necessario a sostenere la velocità e la latitudine dei cambiamenti, che mettono a dura prova la stessa identità e appartenenza culturale, sociale, geografico–territoriale delle aggregazioni umane. *Faith in the Market*, in particolare, mette in luce anche come gli stessi patrocinatori del sacro, nell'assumersi il compito della divulgazione di esso, non rinuncino ad avvalersi di sofisticati mezzi pubblicitari, tecnologicamente all'avanguardia.

Un altro volume, il cui titolo richiama apparentemente i due citati in precedenza, *The Gods of the City. Protestantism and Religious Culture in Strasbourg*

26. Loriga, 1914, p. 98.
27. Buffon, 2017, pp. 137–139.

(1870–1914), pubblicato nel 2008 da Anthony Steinhoff, indaga, invece, i processi di modernizzazione del "religioso", lungo il corso del XIX secolo europeo, soprattutto in riferimento alle denominazioni protestanti. La linea storiografica di questo volume non apporta novità significative rispetto, ad esempio, alle indagini condotte in Italia nella prospettiva del "cattolicesimo sociale", praticate già nel corso degli anni intorno al 1990, e proposte, ad esempio, nell'opera collettiva a cura di Mario Rosa, intitolata, *Clero e Società*, o in quella pubblicata successivamente, a cura di Gabriele de Rosa, affiancato da André Vauchez e Tullio Gregory, dal titolo: *Storia dell'Italia religiosa*. Dopo la fine del partito cattolico, si tentava di sostituire la nostalgia del potere politico con il ricordo del cattolicesimo politico di mediazione, già concepito dal movimento cattolico, erede del cattolicesimo liberale. Lo evidenzia lo stesso De Rosa, capo gruppo DC fino alla sua transizione nel partito popolare (1994), citando, in una nota dell'introduzione, Luigi Sturzo:

> La nostra tecnica e la nostra fraseologia vanno diventando quelle di una setta incomunicabile [...] Bisogna rifare quel che fecero Agostino (adottando la tecnica platonica) e Tommaso (quella aristotelica); oggi noi dobbiamo – pur rigettandone gli errori – prendere la tecnica (bada la tecnica e anche la fraseologia fin dove è possibile) di Kant, di Hegel, di Croce e così via. Altrimenti parlando due linguaggi, ci fraintenderemo sempre[28].

Il sacro che oggi interessa non è più soltanto quello tipico di una santità civica, urbana, già cara al cattolicesimo politico, quello della mediazione cattolico liberale e sturziana. E neppure può essere interamente quello di Orsi, assai più interessante, che viene indagato con l'obiettivo di evidenziarne la funzione di collante delle società moderne e quella, ancora più pressante, di ancoraggio identitario di gruppi sprovvisti di memoria, perché stressati dalla velocità di un surplus tecnologico. Il mondo politico anteriore alla fine del muro di Berlino è ormai un ricordo lontano, come, del resto, il mondo sociale ed economico, che precede la scoperta delle bolle speculative, si dimostra ormai estinto. Sul piano religioso, anche l'ormai classico, *Catholicisme, la fin d'un monde* (2003), di Danièle Hervieu–Léger rivela scarsa efficacia ermeneutica, perché si limita all'analisi del solo piano culturale, di "una storia dell'intelligenza", che dirige la "storia della vita", mentre oggi sembra prodursi un capovolgimento di fronti, che ha come conseguenza l'alterazione delle strutture della vita stessa, senza che ciò affiori sul piano della consapevolezza (Ray Kurzweil). Il processo precede l'intelligenza, che dovrebbe accompagnarlo, generando, perciò, una profonda alterazione della mente umana, la cui registrazione, qualora possibile, giungerebbe, comunque, fuori tempo massimo per una eventua-

28. Giordani – Sturzo, 1987, p. 112, cit. in de Rosa, Gregory, Vauchez, 1995, p. XXXV, nota 9.

le correzione di rotta. Non solo, ma lo stesso bisogno di consumare pare preceduto dal bisogno di acquistare, elevando l'appropriazione al di sopra dell'appetito, l'immaginazione sopra il corpo.

Il sacro che stimola il ricercatore, posto di fronte all'inedito di una crisi antropologica, segnata dal degrado ambientale e sociale, presto irreparabile, non può essere, perciò, diverso da quell'incanto per la semplicità e l'innocenza di una vita, ora ostaggio di un consumismo sempre più sofisticato e di una produttività cinica e senza pudore, ignara della spontaneità della bellezza. Il sacro di cui siamo alla ricerca è quello, ad esempio, che salva la gratuità del gioco da un'industria dell'azzardo, pronta ad appropriarsi di ogni brandello di spazio ludico, pur di mettere a segno i suoi obiettivi di profitto. Non è un sacro totalmente funzionale, quello che può aprire prospettive di innovazione, ma un sacro capace di rinegoziare con la modernità dei numeri, del digitale, dei robot, della velocità, la pertinenza della visione, del corpo, della reciprocità, dell'*otium*, per una necessaria integralità della vita, in tutte la sue manifestazioni.

Non si tratta, tuttavia, di un sacro pregiudizialmente refrattario nei confronti della mentalità moderna, irrigidito nel sostenere un'antimodernità di retroguardia, totalmente assorbito dal miraggio della conservazione di un passato ormai estinto; ma di un sacro capace di interpellare provocatoriamente la modernità. Non un sacro che boccia l'intero assetto tecnico–scientifico moderno, la ricerca di una giusta crescita economica, ma un sacro capace di accompagnare un mutamento di paradigma in vista di una nuova economia.

Si dimostra, al riguardo, sorprendentemente premonitore quanto affermava, già nel natale del 1968, proprio rivolgendosi agli operai dell'Ilva, Paolo VI cui, in segno di gratitudine per la dimostrazione di prossimità verso i suoi lavoratori, Taranto ha dedicato uno dei quartieri della città:

> Qui due mondi si incontrano, la materia e l'uomo; la macchina, lo strumento, la struttura industriale da una parte, la mano, la fatica, la condizione di vita del lavoratore dall'altra. Il primo mondo, quello della materia, ha una segreta rivelazione spirituale e divina da fare a chi la sa cogliere; ma quest'altro mondo, che è l'uomo, impegnato nel suo lavoro, carico di fatica e pieno lui stesso di sentimenti, di pensieri, di bisogni, di stanchezza, di dolore, quale sorte trova qui dentro? Qual è, in altri termini, la condizione del lavoratore impegnato nella organizzazione industriale? Sarà macchina anche lui? Puro strumento che vende la propria fatica per avere un pane, un pane per vivere; perché prima e dopo tutto, la vita è la cosa più importante d'ogni altra[29].

29. Paolo VI, 1968.

Un breve profilo biografico. Francesco Antonio Domenico Pasquale Pontillo nasce a Taranto, il 16 novembre 1729, da Cataldo e Grazia Procaccio. A dieci anni circa, il padre lo incoraggia ad intraprendere la professione del fabbricante di cordami e reti da pesca, detto funaio, introducendolo, come apprendista, nella bottega di Ciccio Martucci, amico di famiglia, del quale condivide anche la visione etico–religiosa. Il medesimo lo inserisce nel contempo nella Confraternita del Santissimo Rosario, di cui egli pure è membro, che si raduna presso la vicina chiesa di S. Domenico. Successivamente, al fine di migliorare la sua professionalità, il padre lo incoraggia ad apprendere il mestiere dei felpai. Dal 1743 al 1747, Francesco si dedica assiduamente alla nuova professione, ma trovando l'ambiente di lavoro contrario al suo progetto esistenziale e religioso, sceglie di far ritorno nella bottega di Martucci.

Nel 1747 muore Cataldo Pontillo e Francesco, in quanto primogenito, si trova costretto ad assumersi la responsabilità di capofamiglia. Si impegna a supportare economicamente e moralmente la madre e i suoi tre fratelli, avvertendo, però, l'iniziale desiderio di una scelta religiosa, stimolata dall'arrivo di un nuovo gruppo di francescani, che si ispiravano al modello di s. Pietro d'Alcantara, figura di riformatore e mistico spagnolo, già direttore spirituale di Teresa d'Avila. Questi religiosi, detti Alcantarini si insediano, temporaneamente, nella chiesa di S. Michele, dove Egidio, adolescente, ha frequentato il catechismo; essi troveranno, poi, stabile dimora nel convento di S. Pasquale.

Quando nel 1749 Grazia Procaccio si risposa, Francesco si sente sollevato dalla responsabilità del mantenimento economico della famiglia e libero di seguire il suo progetto vocazionale. Rinunciando ai suoi beni in favore dei poveri, chiede di unirsi ai francescani Alcantarini e nel mese di febbraio 1754 viene ricevuto dal loro ministro provinciale, che lo ammette al noviziato nel convento di Lecce. Il 27 febbraio di quello stesso anno indossa l'abito religioso, assumendo il nome di Egidio della Madre di Dio. Pronunciando i voti di povertà, castità e obbedienza, il 28 febbraio 1755, assume il nome definitivo di Egidio Maria di San Giuseppe. Trasferito successivamente nel convento di Squinzano, viene incaricato del servizio di cucina, come cuoco. Il 16 maggio 1759 lascia la Puglia, sua terra natale, assegnato al convento di San Pasquale a Chiaia, in Napoli, dove gli viene chiesto di lasciare l'ufficio di cuoco e di assumere prima, quello di portiere, quindi, quello di questuante. Dal 1760 al 1810 Egidio trascorre il suo tempo intinerando tra la gente della città, chiedendo l'elemosina, ma elargendo parte dei prodotti raccolti ai più poveri e offrendo consigli a tutti, senza distinzione di classe sociale. Gli eventi prodigiosi che accompagnano la sua generosa solidarietà si imprimono nella coscienza della popolazione, diventando oggetto di narrazione collettiva, connotata da tinte squisitamente popolari.

Egli sostiene, poi, con incoraggiamenti la popolazione e i suoi stessi confratelli,

durante il biennio dell'occupazione francese (1808–1809). Nel natale del 1810 si manifestano i sintomi di una malattia, che fa temere per la sua stessa vita. Egli muore, infatti, due anni dopo, il 7 febbraio, 1812, attirando la venerazione di innumerevoli devoti, che già lo acclamano come santo. Nonostante il governo francese vieti le esequie, la salma rimane esposta durante quattro giorni e, dopo la tumulazione di essa, prende avvio una lunga serie di prodigi. Si comincia, perciò, la raccolta di testimonianze sulla sua vita e le sue opere, in vista del processo di canonizzazione. Il 24 febbraio papa Pio IX firma il decreto sull'eroicità delle virtù e a distanza di un ventennio, il 5 febbraio, il suo successore, Leone XIII, lo proclama beato. Ripresa la causa di canonizzazione dall'arcivescovo di Taranto, monsignor Ferdinando Bernardi, il 14 marzo 1952, proprio in seguito alla guarigione prodigiosa di una tarantina, la signora Angela Mignona, Egidio viene canonizzato da s. Giovanni Paolo II il 2 giugno 1996.

L'incanto del religioso e il pragmatismo tecnologico. Da un primo sguardo alle testimonianze dei tarantini al processo di canonizzazione di Egidio di S. Giuseppe, si percepisce come l'affiorare della dicotomia, poi evidenziata anche da Paolo VI, tra una religiosità spontanea, popolare e un mondo lavorativo connotato da professionalità, tempismo, efficienza, meccanicismo. Egidio supera la prova e conquista i colleghi alla prospettiva religiosa: "Da quando è venuto lui, la mia bottega sembra un oratorio!"[30]. Successivamente, per sfuggire alla concorrenza tra i funai, dei quali ben otto risiedevano a Taranto, il padre lo invia in una bottega, dove si lavora la felpa, arte che a Taranto conta due soli laboratori. L'ambiente si dimostra, però, alquanto "tossico", sia a motivo delle tecnologie impiegate (l'ambiente chiuso, la "puzza" nauseabonda degli impianti di lavaggio e tintura, il rumore assordante dei telai), sia a causa dell'ambiente sociale, soggetto a degrado morale: «Non ne posso più di stare in un ambite del genere»[31].

Egidio è costretto a lasciare la bottega dei felpai, attività molto più redditizia, e a tornare nella bottega del funaio, amico di famiglia. Il segnale di una conflittualità sociale, prodotta dall'ambiente lavorativo e dalle strategie economiche della concorrenza, risultano evidenti. Il deficit sanitario, prezzo imposto da offerte lavorative, economicamente più redditizie, già comincia a fare breccia nella Taranto di Egidio, ma anche nella Taranto dei suoi testimoni, quella della rivoluzione industriale. Il segnale è inequivocabile. L'identità religiosa e sociale tarantina non supera la prova di questa modernità, perché l'elemento popolare che si identifica in Egidio, acclamandolo successivamente patrono della città, non riesce a penetrare,

30. *Processo canonico*, p. 77, cit. da Montonati, 1996, p. 27.
31. *Processo canonico*, p. 69. Ivi, p. 28.

a uniformarsi alle nuove esigenze della competizione e non trova le risorse umane per far fronte alle pressioni tecnocratiche.

Il disagio che i testimoni al processo di canonizzazione riconoscono nella vicenda di Egidio, apprendista nel laboratorio della felpa, pesa come un macigno sulla Taranto di metà Ottocento, epoca nella quale si svolge l'inchiesta canonica

Il ruolo degli agiografi nella riappropriazione tarantina. Notevole interesse riveste, poi, l'analisi del significato attribuito dagli agiografi alla figura di Egidio da Taranto, proiettata sullo sfondo dell'evoluzione della società tarantina, che si avvia verso l'epoca moderna, l'epoca industriale, dalla prima guerra mondiale, fino alle soglie del terzo millennio. È la Taranto che si sente minacciata da una guerra che, per la prima volta non si combatte più solo sui campi di battaglia, guerra mondiale appunto; la Taranto dell'immigrazione interna e internazionale, attanagliata dalla crisi occupazionale; la Taranto del mutamento sociale e dei conflitti intergenerazionali, famigliari; la Taranto della difficile transizione ecclesiale, segnata dal trasbordo dottrinale, promosso dal Concilio Vaticano II, e, nello stesso tempo, attraversata dal cattolicesimo sociale e soprattutto popolare, che trova in Aldo Moro uno dei suoi maggiori rappresentanti; la Taranto della colonizzazione industriale, della finanza, della crisi sanitaria. In realtà, si potrebbe dire che è sulla figura stessa del Santo, che gli agiografi, come in uno schermo, proiettano i sentimenti, le paure, le aspirazioni, le domande, le aspettative di una città che si incammina verso la modernità democratica, industriale, interclassista, tecnologica, permissivista, consumistica.

Sorprende specialmente il fatto che la società tarantina del XX secolo attribuisca il patronato sulla città a un Egidio, il quale trascorre la maggior parte della sua vita lontano da Taranto. Lo stesso Egidio, dal canto suo, è attirato dagli Alcantarini, corrente rigorista francescana, che costituisce una novità per l'ambiate religioso pugliese e tarantino. Ad attirare l'attenzione su Egidio è anche il mito dell'emigrante, come emigranti sono i patrocinatori dei festeggiamenti newyorkesi che, a cominciare dagli anni intorno al 1930, diventano i grandi sponsor del bollettino *Il Beato Egidio Maria di S. Giuseppe*, con l'invio di racconti di miracoli, corredati di numerose foto. È forse il mito dell'emigrante, che incontra la fortuna lontano dal luogo della propria nascita ed iniziale educazione, come accade per lo stesso Paisiello, a sollecitare l'interesse dei suoi concittadini verso il "frate dei bassi" napoletani? È la lontananza che accende uno sguardo positivo sulla terra in cui affondano le proprie origini? È la necessità di riappropriarsi del mito positivo, incarnato dall'emigrante di successo, capace, dopo la realizzazione di guadagni economici, di tornare a guardare con serenità al valore di una memoria che la fortuna economica e sociale non è riuscita a surrogare?

Sul protagonismo a favore della diffusione della devozione al Santo, da parte degli immigrati pugliesi negli Stati Uniti, si dimostra, ad esempio, di grande interesse la prima lettera pubblicata del bollettino *Il Beato Egidio Maria di S. Giuseppe*, il cui autore, Egidio Trisolini, già miracolato del medesimo, diventa il grande patrocinatore del movimento dei devoti d'oltre oceano. Il dato più rilevante del documento è l'assoluta ignoranza della popolarità della devozione al Santo tra gli immigrati newyorkesi, nonché l'iniziale disinteresse per il fenomeno, la cui importanza si dimostrerà determinate per la stessa riappropriazione tarantina:

> In altra mia ... La pregai di farmi sapere quanto costa in Italia una statua del B. Egidio, come quella che c'è nel convento di S. Pasquale. Su di questa domanda lei non mi fece risposta: mi mandò semplicemente a dire di fare un quadro e di metterlo in una Chiesa col consenso del parroco. Tutto ciò a me non mi serve. Io sono un gran divoto del nostro Beato da quando ero di piccola età. Se vuol trovare il mio nome è alla pag. 79 dei *Cenni della vita del B. Egidio* [S. Pasquale a Chiaia, Notizie, Tip. Del Diogene, Napoli 1892]. Ed ecco io vengo pure a dirLe che io essendo grande divoto del nostro Beato, col consenso del giudice della Corte Suprema di questa grade città, come pure con l'autorizzazione del Dipartimento dello stato, ho fondato un'associazione sotto il nome del nostro Beato, col vincolo che tutti i soci devono essere pure fedeli del nostro B. Egidio. Ora, essendo il numero dei soci aumentato di parecchie centinaia, gli facciamo annualmente la festa in una grande chiesa di questa Città. Le dirò pure che ogni divoto si trova in possesso, in casa, di una piccola statua del nostro Beato, che ho fatto fare io stesso qui da un buon scultore. Quest'anno però è mio desiderio di avere in Chiesa, prima della festa, una statua come quella del Convento di S. Pasquale. Poi le dirò che per me sarebbe una grande soddisfazione se lei mi pubblicasse sul Bollettino del nostro B. Egidio le grazie che hanno ottenuto queste due signorine, socie e divote del B. Egidio, delle quali mando pure le fotografie per pubblicarle[32].

Le riletture tarantine della trasferta egidiana a Napoli, durante il corso del Novecento, mettono in luce la sua prossimità alla popolazione, ignara dell'avvicendarsi della classe politica straniera e schiavizzata dalla truppa di turno. Le narrazioni della straripante e quasi magica ondata miracolistica costituiscono il tentativo di materializzare il sogno di un popolo, privo di soccorsi sociali, sanitari ed economici. L'indugio sulla fitta rete di relazioni sociali, intessute di solidarietà, fotografa le potenzialità sociali del popolo, capace di generosità e soprattutto di fiducia reciproca, di slanci di orgoglio comunitario, se stimolato da chi condivide in tutto la sua marginalità. Le fonti stesse di questi studi e narrazioni sono le testimonianze raccolte tra il popolo, che non ha voce e che, perciò, non avrebbe avuto nemmeno storia, se non fosse intervenuta l'irruenza di interventi celesti, a beneficio dei dimenticati dai potenti della terra. Nella storia dell'agiografia, infatti, spesso

32. *Il Beato Egidio Maria di S. Giuseppe di Taranto. Bollettino mensile*, VIII/3 (1933), p. 7.

i miracoli sono il linguaggio di un popolo che, dimenticato dai potenti, ricorre ai protettori celesti.

Per una cronologia della riappropriazione tarantina di Egidio Pontillo

– La prima tappa è costituita dalla raccolta delle testimonianze per il processo di canonizzazione, avviato nel 1844, quando già era stata pubblicata la biografia di Roberto Rosario Frungillo (Napoli 1844), primo biografo di Pontillo; il medesimo ne scriverà una revisione nel 1877. Nel profilo per la beatificazione, pubblicato il 3 febbraio 1888, Pontillo viene ancora definito: "Il consolatore di Napoli"[33].

– Un passaggio determinante si compie con la pubblicazione del breve di Leone XIII, che concede la «recita dell'ufficio e la celebrazione della Messa soltanto nella diocesi di Lecce e Taranto»[34], oltre che nelle chiese degli Alcantarini. La canonizzazione si solennizza non solo a Napoli, con un triduo, dal 17 al 19 aprile, ma anche a Taranto, con l'intervento del Vescovo mons. Jorio, del gesuita Canger e del procuratore degli Alcantarini, Federico dell'Apparizione. Nel 1889, primo anniversario della beatificazione, Taranto e Napoli rivaleggiano nel proporre iniziative a ricordo dell'avvenimento, ma a Taranto si riversa la popolazione dell'intera Puglia, oltre a quella della città: 10.000 persone, come riferisce *La voce del popolo*. Squinzano, Lecce e Galàtone costituiscono, infatti, altri luoghi della memoria, oltre a Taranto.

– Nel 1912, si celebra il primo centenario della morte, mentre già incombe la minaccia della prima guerra mondiale. Per la riappropriazione tarantina di Egidio giunge la svolta definitiva: «Se la città fosse stata esente da distruzione durante il conflitto, il beato ne sarebbe diventato il compatrono»[35]. Le celebrazioni per la beatificazione avevano ottenuto una risposta plebiscitaria, esito di un capillare processo di identificazione con il concittadino, solo prestato al capoluogo partenopeo. L'inedito, rispetto ai patroni medievali, rispondenti alla figura di vescovi, grandi promotori di iniziative politiche, oltre che sociali, è costituito dal fatto che Egidio appartiene alla classe popolare. Gli stessi regimi monarchici, d'altro canto, si trovano ormai lungo il viale del tramonto, costretti a lasciare il governo, la società e la politica nelle mani del popolo. L'Italia stessa diventa popolo nelle trincee della prima guerra mondiale, mentre nasce l'idea di partito popolare (gennaio 1919). A Taranto in quel tempo sono ospiti la flotta francese e inglese oltre a quella italiana, mentre l'arsenale militare funziona a pieno ritmo. Uscita indenne dal conflitto,

33. Montonati, 1996, p. 136.
34. *Tra la sua gente,* 1990, p. 7.
35. Montonati, 1996, p. 139.

il 29 giugno 1919, Taranto proclama Egidio compatrono della città per bocca di mons. Orazio Mazzella. Un'epigrafe commemorativa viene affissa alle pareti della sua casa natale.

– La costruzione dell'agiografia egidiana tarantina conosce una nuova svolta nel 1926, quando Primaldo Coco, storico e postulatore della causa di canonizzazione, fonda la rivista *Il beato Egidio Maria di San Giuseppe*, nonché la Pia unione per il suo culto. «Taranto e la Puglia sembrano davvero riappropriarsi del loro Beato», afferma l'ultimo biografo, Angelo Montonati (p. 141). Nel 1929, secondo centenario della nascita, ma anche anno del concordato Stato–Chiesa, con il riavvicinamento della sfera religiosa a quella pubblica e viceversa, la reliquia del Beato viene portata da Napoli, dando inizio alle celebrazioni cittadine. Il Bollettino riproduce le foto del corteo, che riporta il "sacro" in luogo pubblico[36]. A New York, i moltissimi emigrati pugliesi, che hanno lasciato la terra natale nel periodo precedente o immediatamente successivi alla prima guerra mondiale, lo venerano nella chiesa di Sant'Antonio e di Santa Chiara il 7 febbraio. La manifestazione pubblica per loro si compie due volte l'anno, mentre nella chiesa fanno collocare una statua di carta pesta, fatta eseguire appositamente. Non temono di inviare racconti di miracoli, munendoli delle foto delle persone che hanno usufruito delle grazie.

– Nel 1950, l'arcivescovo Ferdinando Bernardi insedia il comitato per la canonizzazione e nomina presidente Guglielmo Motolese, futuro arcivescovo della città. Ora Napoli passa in second'ordine. Il comune di Taranto, riscattata la casa di Egidio, la dona ai Frati e il 10 ottobre 1960 lo stesso mons. Motolese vi celebra la prima Messa.

– Dal 1960 al 1970, seguono altre iniziative: nel 1962, la *peregrinatio salentina*; nel 1967, il 150° della morte; nel 1968, il primo centenario della dichiarazione delle virtù eroiche. In pieno clima conciliare, i vescovi della Puglia parlano di "Pentecoste dello spirito". Nel clima arroventato dalla contestazione studentesca, si registra un episodio miracoloso proprio a beneficio di una studentessa, che al passaggio dell'urna del Beato ironizza sui suoi poteri taumaturgici.

– Il ventennio 1950–1970 si dimostra perciò cruciale per la trasformazione di una agiografia, nel tentativo di costruire la figura del santo della città. La casa materna diventa santuario, promuovendo una forma di sacralizzazione del quotidiano e operando nello stesso tempo una desacralizzazione della santità, celebrata non dentro il tempio, ma in una semplice abitazione domestica, che il comune stesso si impegna a riscattare.

– Nel 1986 si dedica a lui una parrocchia nella stessa Taranto.

36. *Il Beato Egidio Maria di S. Giuseppe di Taranto. Bollettino mensile* IV/8–9 (1929), pp. 3,5,7.

– Nel 1987, si apre l'anno egidiano. Sintomo della spinta attualizzante si dimostra il convegno su Egidio e il suo tempo, che mira a metterne in luce elementi di contemporaneità. Si punta particolatamente sulla dimensione sociale, lavorativa.

> L'anno egidiano fu anche l'occasione per studiare a fondo alcuni aspetti della spiritualità del Beato, alla luce dei nostri tempi: temi come la famiglia, il lavoro, la vita, il dolore, accanto a quelli più propriamente religiosi [...] interpellano quotidianamente il cristiano, e niente quanto l'esempio di un santo può aiutare ad attualizzarli nella vita concreta[37].

Anche i discorsi pronunciati da autorità civili e religiose evidenziano il significato civico della santità di Egidio:

> Noi, Beato Egidio abbiamo bisogno di te; tu torni nella tua città, e il sindaco, ha detto, in un momento difficile, difficilissimo. Si ha la sensazione che questa città dotata da Dio di tante bellezze e di tante potenzialità, vada collocandosi sempre più al di sotto nella scala delle città che contano, delle città che si collocano al servizio degli altri (Saluto di mons. Salvatore De Giorgi)[38];

il sindaco, Mario Guadagnolo, dal canto suo, ricorda la crisi sociale e morale della popolazione, che non «sente il desiderio di condividere la passione civile». Il medesimo rileva, infatti, uno sfilacciamento del tessuto sociale: alla ricostruzione materiale dell'intera città deve seguire soprattutto quella morale, civile e religiosa[39]. Concorda con lui il medesimo arcivescovo, affermando: «Noi dobbiamo capire perché accade tutto questo. Le ragioni sono semplici: [... esse stanno] nell'aver dimenticato quelle radici profonde della fede, che i nostri padri ci hanno lasciato come un patrimonio prezioso; quelle radici profonde della fede alle quali sempre tu sei rimasto legato e fedele»[40].

Per continuare l'approfondimento. In questa serie cronologica di manifestazioni si evidenzia nettamente lo sforzo messo in atto per la costruzione del luogo della memoria civica e religiosa, con la trasformazione della casa natale del patrono della città in spazio pubblico e luogo di culto, monumento ai valori civili e tempio delle virtù religiose. Sulla dimensione civica del laico, professionalmente impegnato, del lavoratore capace di far fronte all'incertezza occupazionale, del cittadino impegnato nella costruzione del legame sociale, si incentra anche un discorso,

37. Montonati, 1996, p. 145.

38. *Saluto di S. Ecc.za Mons. Salvatore de Giorgi, arcivescovo di Taranto*, in *Tra la sua gente*, 1990, p. 175.

39. *Saluto del prof. Mario Guadagnolo, sindaco di Taranto*, ivi, p. 172.

40. *Saluto di S. Ecc.za Mons. Salvatore de Giorgi*, p. 174.

pronunciato da Salvatore de Giorgi, arcivescovo di Taranto, il 7 febbraio 1988. Quasi a compendio della lunga serie di iniziative per la riappropriazione tarantina di Egidio Maria di S. Giuseppe, il discorso dell'arcivescovo offre la possibilità di tracciare come un programma di studio, utile a individuare le differenti funzioni di una agiografia civica, cui le autorità ecclesiastiche e civili hanno demandato il compito di coadiuvare un'operazione di politica sociale, culturale, economica a beneficio della città. La serie di messaggi a differenti categorie sociali dello spazio cittadino, strutturanti l'intervento del prelato, intitolato «Dal beato Egidio un messaggio per tutti», apre un ventaglio di temi, relativi a quella Taranto, religiosa e civile, che per oltre mezzo secolo si era impegnata a riconoscere, nel santo patrono, il modello e l'antidoto per affrontare e sciogliere le criticità più disparate, da quelle famigliari a quelle del mondo giovanile, da quelle lavorative, occupazionali a quelle sociali ed economiche[41].

L'interesse dello storico per la riappropriazione tarantina di Egidio riguarda allora le ragioni di questa convergenza religiosa, sociale e civile, orientata a farne un santo per la città. Quali allora le componenti, gli aspetti, non soltanto del culto civico attribuito ad Egidio, ma della componente antropologica, culturale, di questa figura? Lo studio della sua vicenda e più ancora l'approfondimento della riappropriazione tarantina servono a leggere la storia di una città, nel suo complesso intreccio di fattori religiosi ed economici, istituzionali e spirituali, etici e materiali, nell'ottica di una integralità, cui non si può rinunciare se si vuole tentare di capire l'attuale crisi, che minaccia la possibilità di futuro. La guarigione del 1937, occorsa ad una donna in coma in conseguenza di una gravissima operazione di tumore all'utero, assume, dunque, un alto valore simbolico, al di là dell'eccezionale esito sanitario.

41. *Dal Beato Egidio un messaggio per tutti*, in *Tra la sua gente*, 1990, pp. 63–65.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Alberoni F. (1960). I fattori culturali dello sviluppo economico in Sardegna. In: *Commissione nazionale italiana UNESCO, I fattori culturali dello sviluppo economico. Atti del convegno* (Cagliari 9–12 aprile 1959), Milano: Vita e Pensiero, pp. 19–166.

Buffon G. (2017). *Salvatore da Horta, il medico delle febbri. Un culto per l'identità sarda*, Roma: Carocci;

Cabizzosu T. (1999). Salvatore da Horta: il santo e la città. In: *Ricerche socio–religiose sulla Chiesa Sarda*, Cagliari: Edizioni della Torre, pp. 13–24;

Crisostomo G. (Pseudo) (1862). Opus imperfectum in Matheum, homilia XXXVIII, in *Patrologia Graeca* 56, Parigi: Apud Fratres Garnier;

de Rosa G. – Gregory T. – Vauchez A. (1995). *Storia dell'Italia religiosa* 3. *L'età contemporanea*. Roma–Bari: Laterza;

di Giovanni Olivi P. (1990). De emptionibus et venditionibus, de usuris, de restitutionibus, trad. in A. Spicciani – P. Vian – G. Andenna (curr.). *Usure, compere, vendite. La scienza economica del XIII secolo*. Novara: Europía, pp. 73–170.

Domenichelli T. (1896). *Vita del Beato Teofilo di Corte dell'Ordine dei Minori*, Quaracchi: Collegio S. Bonavantura, p. 276.

Giordani I. – Sturzo L. (1987). *Un ponte tra due generazioni*, cur. P. Piccoli, *prefazione* G. de Rosa. Roma–Bari: Laterza;

Gori S. (2011). *La mia vita, ovvero i fioretti di Carlo raccontati da lui stesso* (Introduzione). Assisi: Porziuncola;

Gregorio IX (1991). Decretales 1, V, tit. 19, c. 19 in Heinrich Denzinger, *Enchiridion Symbolorum*, cur. Peter Hünermann. Bologna, n. 828 p. 472–473.

Il Beato Egidio Ma di S. Giuseppe di Taranto. Bollettino mensile, VIII/3 (1933), p. 7.

Il Beato Egidio Maria di S. Giuseppe di Taranto. Bollettino mensile IV/8–9 (1929), pp. 3,5,7

Loriga G. (1914). La malaria in Sardegna. In *Atti del Primo Congresso regionale Sardo.* Roma: Cooperativa tipografica Manuzio, pp. 96–106;

Montonati A. (1996). *Egidio di Tutti. La leggenda del santo cercatore Fra Egidio Maria di San Giuseppe*. Milano: San Paolo;

Paiotti A. (1930). *S. Teofilo da Corte dell'Ordine dei frati Minori*. Roma: Postulazione Generale OFM;

Paolo VI (1968). *Santa messa di mezzanotte nel centro siderurgico di Taranto*, Notte Santa, 24–25 dicembre 1968, in https://w2.vatican.va/content/paul–vi/it/homilies/1968/documents/hf_p–vi_hom_19681225.html (11 06. 2018);

Piovella E. (1927). *Per la canonizzazione del B. Salvatore da Orta.* Cagliari: Tipografia Editoria Cattolica (Bollettino B. Salvatore da Orta n. 0);

Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio 32, cur. Gian Domenico Mansi, Firenze 1902, 905D–907C, in Heinrich Denzinger, *Enchiridion Symbolorum*, nn. 1442–1444, pp. 622–623.

Seza C. (1965). Le grandezze delle misericordie di Dio in un'anima aiutata dalla grazia divina o vero il racconto della vita di fra Carlo di Seza, minore osservante riformato di s. Francesco della Provinzia di Roma, scritta da lui medesimo, per comandamento del suo padre confessore, in R. Sbardella, cur., *Opere Complete*, con introduzione e note, 2 voll. Roma: S. Bonaventura al Palatino, pp. 258–259.

Spicciani A. (1977). La mercatura e la formazione del prezzo nella riflessione teologica medievale. In *Atti dell'Accademia Nazionale*

dei Lincei, Roma: Salviucci, VIII–XX/3, pp. 127–293,

Tognotti E. – Montella A. (1996). La nuova «morfologia delle genti sarde» e l'evoluzione dell'immaginario geografico sulla Sardegna. In: L. Marrocu, cur., *La Sardegna contemporanea. Idee, luoghi, processi culturali*. Roma: Donzelli, p. 88.

Tra la sua gente (1990). *Celebrazione centenaria della Beatificazione di Fr. Egidio Maria di S. Giuseppe da Taranto: 1888–1988*. Lecce: Vice Postulazione per la causa dei Santi, p. 7.

DANILA CERTOSINO

PROCESSO PENALE MINORILE E MECCANISMI DI *DIVERSION**

1. Un processo veramente "giusto" nei riguardi di un soggetto minorenne è quello che prevede una sua rapida espulsione dal circuito giudiziario. Occorre garantire che il minore, in quanto soggetto con una personalità ancora in via di formazione, subisca il minor danno possibile se coinvolto in una qualsiasi situazione conflittuale. La componente "pedagogica" del rito minorile non può essere sottovalutata e la rieducazione deve rappresentare l'obiettivo primario da perseguire, all'interno di un percorso giudiziario che vada alla ricerca delle cause del disagio che ha determinato comportamenti antisociali.

L'esigenza primaria di recupero del minore è suscettibile di tradursi in istituti e meccanismi volti a far concludere il processo in modi e con contenuti diversi dal processo penale ordinario, tra i quali rientra, innanzitutto, la sentenza di non luogo a procedere per "irrilevanza del fatto", *ex* art. 27 del d.p.r. n. 448/1988.

Com'è noto, durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero può chiedere al giudice l'emissione della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudicherebbe le esigenze educative del minorenne.

Il proscioglimento per irrilevanza del fatto, dunque, è legato all'esigenza di eliminare tempestivamente dal circuito penale i comportamenti che, pur costituendo reato, non suscitano però alcuno specifico allarme sociale, essendo, dal punto di vista soggettivo, l'espressione dell'esuberanza giovanile, e rivestendo, dal punto di vista oggettivo, un modestissimo rilievo concreto. Si tratta di fatti bagatellari, «per i quali sarebbe eccessivo anche solo pervenire all'udienza preliminare, con un superfluo dispendio delle risorse dell'apparato giudiziario e un inutile allarme per il minore e per i suoi familiari»[1]. La *ratio* è quella di consentire la «fuoriuscita

* Relazione svolta nell'ambito del Convegno di Studio *Il "giusto processo" penale minorile* (Taranto, Dipartimento Jonico dell'Università di Bari "Aldo Moro", 17 aprile 2018).

1. Musacchio, 2007, 740.

rapida e definitiva dal circuito penale di quei minorenni la cui condotta deviante appare con tutta evidenza l'espressione di un "incidente di percorso", con minime o nulle ricadute in termini di danno o allarme sociale, e per i quali la prosecuzione del procedimento non si prospetta di alcuna reale utilità, ma potrebbe anzi risultare sostanzialmente dannosa sotto il profilo educativo»[2].

L'art. 27 d.p.r. n. 448/1988 risponde a molteplici esigenze, riconducibili a due matrici principali: minima offensività e deflazione del processo penale. A tali obiettivi di fondo si possono ricondurre: l'intento di inibire gli effetti stigmatizzanti del giudizio penale; la necessità di evitare processi inutili e per ciò stesso dannosi; l'esigenza di fare della detenzione uno strumento residuale; lo sforzo per estromettere nel più breve tempo possibile dal circuito penale condotte criminose prive di allarme sociale; il tentativo di attivare le energie positive dell'imputato minorenne e del suo ambiente di vita per favorire lo spontaneo riassorbimento della condotta deviante non strutturale.

L'istituto costituisce una delle applicazioni più innovative del principio di adeguatezza del processo alla personalità del minore e del principio di proporzionalità tra la condotta criminosa posta in essere e la reazione istituzionale che ad essa consegue. Simili esigenze non si erano mai tradotte, in passato, in scelte legislative assimilabili a quella compiuta con l'introduzione dell'art. 27 d.p.r. n. 448/1988, ma hanno dei riferimenti normativi ben precisi: basti pensare all'art. 31, comma 2, Cost., ai paragrafi 1, 5, 11 e 20 delle Regole di Pechino, nonché ai paragrafi n. 2 e 4 della Raccomandazione R(87)20 del Consiglio d'Europa "Sulle risposte sociali alla delinquenza minorile".

Per quanto concerne la qualificazione giuridica da attribuire alle condizioni necessarie per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere, se sul requisito in chiave oggettiva della tenuità non sembrano esserci dubbi, è il presupposto della occasionalità a destare maggiori perplessità: secondo una prima chiave di lettura, tenuità del fatto e occasionalità del comportamento hanno entrambe natura oggettiva[3], mentre, secondo una diversa ricostruzione, la tenuità del fatto si configura come condizione oggettiva, l'occasionalità come condizione soggettiva[4]. La differenza non è di poco conto, dato che concepire l'occasionalità come requisito oggettivo equivale ad escludere le condotte abituali o sistematiche, mentre attri-

2. In questi termini, Martucci, 2017, 1229.

3. Cesari, 2009, 302; Musacchio, 2007, cit., 739; Pansini, 2011, 1319.

Negli stessi termini, in giurisprudenza, Cass. 23.12.1994 n. 1208, CED Cass., n. 200865.

Esprime perplessità sulla connotazione oggettiva dei presupposti della tenuità e della occasionalità, Quattrocolo, 2008, 522 ss., secondo cui un'analisi approfondita sconfinerebbe, in entrambi i casi, sul piano soggettivo.

4. Di questo avviso, Palomba, 2002, 358.

buirle natura soggettiva vuol dire considerare quelle condotte frutto di una scelta consapevole e non di impulsi momentanei[5].

Al fine di valutare la possibilità di emissione della sentenza *de qua*, occorre individuare in concreto gli elementi necessari per poter stabilire se un fatto di reato sia al tempo stesso tenue ed occasionale, dato che, al riguardo, il dettato normativo si rivela abbastanza laconico, non specificandone l'esatto significato.

Una corretta valutazione sulla tenuità del fatto richiede che il giudice prenda in esame globalmente una serie di parametri, tra cui la natura del reato e la pena edittale, l'allarme sociale provocato, la capacità a delinquere, le ragioni che hanno spinto il minore a compiere il reato e le modalità con le quali quest'ultimo è stato eseguito[6]. Ad ogni modo, il tenore complessivo dell'art. 27 d.p.r. n. 448/1988 «sembra suggerire che la completezza del giudizio sulla tenuità del fatto commesso dal minore, pur necessariamente collegato con il profilo fattuale della vicenda, non possa ritenersi raggiunta in assenza di una prognosi di carattere personalistico»[7]; in effetti, «la sentenza di non luogo a procedere trova pur sempre collocazione all'interno del quadro sistematico tracciato dall'art. 1 d.P.R. n. 448, ove è sancito a chiare lettere che l'intero procedimento a carico dell'imputato infradiciottennne deve svolgersi in modo adeguato alla sua personalità *in fieri*: pertanto, anche l'analisi del fatto pare dover essere compenetrata con la ponderazione dei profili soggettivi dell'autore»[8].

Per consentire il proscioglimento anticipato, il fatto deve essere lievissimo in sé «perché di scarsa consistenza lesiva e sostanziale episodicità nel vissuto del minore, mentre deve escludersi che tale possa diventare per effetto di una condotta successiva, in parte indipendente dall'imputato e non prevista dalla legge»[9].

La dottrina ha, altresì, chiarito che non va confuso il giudizio di tenuità del fatto con quello del danno eventualmente procurato, potendosi integrare un fatto tenue

5. Cfr. Della Casa, 2018, 1193.

6. Cass. 4.10.2012 n. 42361, CED Cass., n. 253997; Cass.13 luglio 2010, p.m. in proc. S, Il diritto di famiglia e delle persone, 2011, 613 ss., con nota di Pennisi, *Riflessioni sulle finalità educative e riparatrici della giustizia penale minorile*.

Precedentemente, Cass. 23.12.1994, p.g. in proc. M, Cass. pen., 1997, 3436 ss., con nota di Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del G.I.P. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, ove si afferma che la tenuità può essere ritenuta se il fatto sia oggettivamente modesto e sia posto in essere con modalità che lo rendano ascrivibile alla naturale leggerezza delle persone di giovane età, le quali spesso non riflettono adeguatamente sulle conseguenze della loro condotta.

Nella giurisprudenza di merito, cfr. T. Min. Milano 10.07.1998, Foro ambr., 1999, 200.

7. Quattrocolo, 2008, cit., 523.

8. V., ancora, Quattrocolo, 2008, cit., 523.

9. Cesari, 2005, 125 s., ad avviso della quale «neanche il tenore dell'art. 9 d.P.R. n. 448/1988 autorizza un'esegesi così ampia».

anche in presenza di un danno rilevante, così, come, di converso, può ritenersi non tenue un fatto che ha cagionato un danno lieve[10].

Per quanto concerne il secondo requisito richiesto, ovvero quello della occasionalità del comportamento, sulla sua corretta qualificazione si scorgono due diverse interpretazioni: la prima, ancorata al dato cronologico, identifica l'occasionalità con la primarietà della condotta illecita[11]; la seconda, costruita in chiave psicologica, dà rilievo al concreto atteggiamento dell'agente rispetto all'azione e reputa occasionale il fatto commesso sotto l'impulso del momento, che non sia frutto di una scelta deviante premeditata[12]. In posizione intermedia fra le due opzioni, si colloca chi, valorizzando tanto l'aspetto cronologico quanto quello psicologico, non identifica a priori il concetto di occasionalità con quello di unicità e ravvisa il requisito *de quo* nella «mancata reiterazione abituale o sistematica»[13]. Secondo quest'ultimo orientamento, che appare maggiormente condivisibile, un comportamento può, quindi, essere considerato occasionale quando non risulta essersi ripetuto nel tempo uguale a se stesso.

Costituisce opinione condivisa sia in dottrina che nella giurisprudenza di merito la circostanza che presupposto indispensabile ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere sia l'accertamento della responsabilità del minore, concepito come *prius* logico che deve necessariamente precedere la verifica dei requisiti indicati nell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988[14]. Non può, al riguardo, essere favorevolmente accolto l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui «il giudice delle indagini preliminari è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta del pubblico ministero in astratto e assumendo l'ipotesi accusatoria come mera ipotesi, e non dopo aver accertato in concreto che il fatto è stato effettivamente commesso e che sia ascrivibile all'imputato»[15]. Secondo questa tesi, quindi, «ove si tratti di un fatto irrilevante e occasionale, il sistema è tenuto ad espellere il più velocemente

10. Cfr. Cesari, 2016, 393 ss.; Colamussi, 1996, 1671 ss.; Di Nuovo–Grasso, 2005, 314 ss.; Palomba, 2002, 368 ss.; Pepino, 1989, 529 ss.; Rizzo, 2009, 1835 ss.

Contra Dosi, 2010, 405, secondo cui il danno non può che essere considerato una componente del fatto.

11. Spirito, 1991, 4148.

12. Palomba, 2002, cit., 371.

13. Cfr., per tutti, Pepino, 1994, 284.

14. In questi termini, Garuti, 1998, 389.

In senso analogo si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità. Cfr., al riguardo, Cass. 17.03.2006 n. 11349, CED Cass., n. 233447, ove si afferma che «la declaratoria di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto pretende, sulla base del materiale investigativo allo stato disponibile, la verifica di merito dell'ipotesi accusatoria circa l'esistenza e l'entità del fatto e la sua effettiva riferibilità alla persona dell'imputato minorenne».

15. Così, C. Cost. 22.10.1997 n. 311, Giur. cost., 1997, 2922.

possibile il minore dal circuito giudiziario, anche a scapito di un approfondimento della sua colpevolezza»[16]. Tuttavia, «a fronte dell'esigenza di ridurre l'impatto del giovane con la giustizia, di accelerare il processo di rielaborazione di una vicenda che si vuole non "segni" in modo troppo pesante un soggetto la cui personalità è ancora in evoluzione, per un fatto valutato "irrilevante" e "occasionale", la finalità cognitiva non può essere degradata a valore di rango sussidiario»[17]. Ne deriva che «l'accertamento non può essere meramente ipotetico e ciò deve valere tanto quando l'irrilevanza è pronunziata nel corso delle indagini preliminari, quanto allorchè è in corso il processo»[18].

Con riferimento alla necessità che l'imputato presti il proprio consenso alla definizione anticipata della vicenda processuale, si ritiene che la modifica dell'art. 32 d.P.R. n. 448/1988, ad opera dell'art. 22, l. 1° marzo 2001, n. 63, secondo cui è necessario che il giudice chieda all'imputato se consente alla definizione del processo in udienza preliminare[19], sia estensibile anche alla fase delle indagini[20], sul presupposto di un'accertata responsabilità cui non può pervenirsi senza una raccolta in contraddittorio delle prove, ovvero senza rinuncia ad esse da parte dell'interessato[21]. In questa prospettiva si propone di considerare l'audizione del minore prevista dall'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 «come occasione "fisiologicamente" deputata a raccogliere il consenso dell'imputato all'esito precoce del processo»[22].

Merita segnalare che il nostro ordinamento conosce due istituti corrispondenti a quello in esame, introdotti nel sistema per gli imputati adulti e disegnati sulla falsariga dell'antesignano minorile.

16. Per queste considerazioni, cfr. Ciavola, 2010, 295.

17. Cfr. Ciavola, 2010, cit., 296.

18. Ancora, Ciavola, 2010, cit., 297.

19. Merita ricordare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 16.5.2002, n. 195, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 31, comma 2, Cost., l'art. 32, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, come modificato dall'art. 22 della legge n. 63/2001, nella parte in cui, in mancanza di consenso dell'imputato, preclude al giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere che non presuppone un accertamento di responsabilità. Tale scelta è stata criticata in dottrina, affermando che «nel tentativo di recuperare ad una dimensione di conformità al dettato costituzionale la disciplina dell'udienza preliminare nel processo minorile, attraverso la previsione del consenso dell'imputato quale presupposto indefettibile per la definizione del procedimento in tale fase, il legislatore ha inspiegabilmente circoscritto la latitudine operativa di tale previsione normativa ai soli epiloghi favorevoli dell'imputato». Così Patanè, 2002, 3406.

20. Così Giambruno, 2004, 69.

21. Cass. 21.03.2001, p.g. in proc. O., Cass. pen., 2002, 2848, con nota di Gallucci, *Consenso dell'imputato alla definizione anticipata nel procedimento a carico di imputati minorenni*.

Contra Cass. 2.10.2003, p.g. in proc. M., ivi, 2005, 3969, che esclude la prestazione del consenso da parte del minore nel caso in cui nel corso delle indagini preliminari il giudice, su richiesta del p.m., ravvisi l'opportunità di pronunciare la sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto.

22. Così Cesari, 2016, cit., 413.

Per prima è stata varata l'"esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto", disciplinata dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, in tema di competenza penale del giudice di pace. L'affinità con l'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 è evidente, vista la pressoché coincidenza dei presupposti che giustificano, nel rito minorile, il proscioglimento per irrilevanza, e nel rito penale di pace, la desistenza dell'azione. Tale ultimo esito, infatti, è consentito quando il fatto ha prodotto un danno o un pericolo esiguo, è occasionale, è connotato da un grado di colpevolezza non elevato e non giustifica perciò l'esercizio dell'azione penale, anche tenendo conto del possibile pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento potrebbe arrecare alle esigenze di lavoro, studio, famiglia, salute dell'imputato o indagato.

Più recentemente, il sistema della giustizia penale per adulti ha varato con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, un istituto gemello di quello in esame, applicabile nel rito penale ordinario. Si tratta dell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, applicabile per i soli reati punibili con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero con pena pecuniaria (sola o congiunta alla predetta pena detentiva), quando per "le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p., l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale". La relativa declaratoria è ammissibile già all'esito delle indagini, con un provvedimento di archiviazione; può, altresì, essere dichiarata nel prosieguo con sentenza, come qualunque causa di estinzione della pena, sia in udienza preliminare che in giudizio, ma altresì in fase di atti preliminari al dibattimento, ai sensi dell'art. 469, comma 1–*bis*, c.p.p. Tale istituto è palesemente ricalcato sull'antecedente minorile, rispetto al quale presenta, tuttavia, non poche differenze, sia quanto ai presupposti, sia in merito al procedimento di applicazione.

2. Accanto all'irrilevanza del fatto, un altro istituto che è in grado di realizzare una vera e propria diversione dal procedimento ordinario è "la messa alla prova" dell'imputato minorenne, disciplinata dall'art. 28 d.p.r n. 448/1988, che può essere realizzata dal giudice affidando il minore ai Servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, per lo svolgimento di un programma di osservazione, trattamento e sostegno, al fine di valutare la personalità del minorenne al termine della prova[23]. In caso di esito positivo, il giudice dichiarerà con sentenza estinto il reato[24].

23. Al riguardo l'art. 3 lett. e) legge–delega 16 febbraio 1987, n. 81 ha previsto espressamente il dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti, nonché la facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti, con sospensione in tal caso della prescrizione.

24. Sulla messa alla prova dell'imputato minorenne la letteratura è particolarmente ampia. Limitata-

La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne rappresenta «senza ombra di dubbio l'innovazione più significativa introdotta dalla riforma del processo penale minorile del 1988»: consente di «interrompere il processo e deviare il suo corso, offrendo al minore la possibilità di non andare incontro alla condanna e alla pena, in cambio della dimostrazione di un suo ravvedimento»[25]. Intervenendo prima della pronuncia sul merito in ordine al fatto di cui il minore è imputato, si realizza una vera e propria forma di *probation* processuale che implica una "sospensione impropria", perché con l'ordinanza si apre una fase incidentale (la messa alla prova appunto) che si svolge sempre davanti allo stesso giudice che l'ha disposta[26].

Il fondamento costituzionale dell'istituto è rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost., i quali affidano al legislatore il compito di individuare, per gli imputati minorenni, strumenti sanzionatori che ne favoriscano il recupero, tenendo conto della specificità della loro condizione psicofisica nonché, secondo la dottrina, negli artt. 2, comma 2, 3, comma 2, e 4, comma 2, Cost., che descrivono il quadro costituzionale del diritto del minore a un pieno e completo sviluppo della persona e a un proficuo inserimento sociale[27].

La *ratio* della messa alla prova «è espressione da un lato della logica "riduzionista" che mira a limitare al massimo oltre che la prisonizzazione del minore, la sua stessa permanenza nel circuito penale, dall'altro risponde all'intento di indurre l'imputato non solo a non commettere altri reati, ma ad attivarsi positivamente in un percorso di maturazione e cambiamento, avviando una rimeditazione critica del suo passato in vista di un costruttivo reinserimento nella vita della collettività»[28]. L'intento è quello di offrire all'imputato minorenne «un itinerario di responsabilizzazione in un contesto, quale quello penale, dove la responsabilità delle proprie

mente agli studi monografici e alle opere di carattere generale, cfr. Colamussi, 2000, 391 ss.; Ead., 2004, 395 ss.; Ead., 2008, 331 ss.; Ead., 2010; Coppetta, 2012, 607 ss.; Giambruno, 2003, 119 ss.; Ead., 2004, cit., 70 ss.; Ingrascì, 2005, 113 ss.; Lanza, 2003; Larizza, 2012, 279 ss.; Moro, 2019, 646 ss.; Musacchio, 2007, cit., 743 ss.; Palomba, 2002, 395 ss.; Pansini, 2011,1321 ss.; Pulvirenti, 2012, 328 ss.; Ricciotti, 2007, 68 ss.; Scardaccione–Merlini, 1996; Scomparin, 2009, 174 ss.; Spangher, 2012, 397 ss.; Triggiani, 2011, 31 ss.; Tripiccione, 2013, 231 ss.

25. Testualmente Triggiani, 2011, cit., 34 s.

26. Cfr., in dottrina, Losana, 1994, 291.

In giurisprudenza, v. C. Cost. 14.04.1995 n. 125, Giur. cost., 1995, 972, ove si precisa che «la sospensione del processo con messa alla prova, di cui agli artt. 28 e 29 delle disposizioni sul processo penale minorile, costituisce un istituto del tutto nuovo nel nostro ordinamento, in quanto, pur aggiungendosi ad altre analoghe ipotesi già esistenti, è caratterizzato dal fatto di inserirsi, in via incidentale, in una fase (udienza preliminare o dibattimento) antecedente la pronuncia sulla regiudicanda e di poter dar luogo, in caso di esito positivo della prova, ad una sentenza pienamente liberatoria».

27. Cfr. Cesari, 2016, cit., 344; Di Paolo, 1992, 2866; Triggiani, 2011, cit., 40.

28. Così, Martucci, 2017, 1231.

azioni è un obiettivo di conoscenza per gli operatori sociali e del diritto e, al tempo stesso, una finalità dell'intervento»[29]. Attraverso questo istituto lo Stato, di fronte all'impegno serio e fattivo del minore durante la realizzazione del progetto di trattamento, risponde rinunciando non solo all'applicazione della pena detentiva, ma alla pronuncia stessa di una sentenza di condanna.

Raccogliendo i moniti della legislazione internazionale, l'istituto *de quo* soddisfa l'esigenza di introdurre percorsi alternativi al procedimento penale, che puntino alla rieducazione del minore autore di reato, evitando l'applicazione di misure di carattere custodiale. Analogamente a quanto analizzato in tema di irrilevanza del fatto, anche la messa alla prova consente di vedere concretizzato il principio di minima offensività del processo penale minorile, alla stregua del quale il processo «va evitato tutte le volte in cui può risultare "inutile", o addirittura pregiudizievole perché interrompe i percorsi educativi in atto, specie al cospetto di reati di scarso allarme sociale»[30].

In ossequio al principio di legalità e di presunzione di innocenza, appare evidente che presupposto applicativo principale per la sospensione del procedimento sia la verifica della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato. Come ha affermato il Giudice delle leggi, l'accertamento di

29. Patrizi, 1997, 179.

In giurisprudenza, cfr. già Cass. 7.04.1997 n. 1600, CED Cass., n. 208249, secondo cui «a norma degli artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, la sospensione del processo è finalizzata all'estinzione del reato, che viene dichiarata soltanto a seguito dell'esito positivo del periodo di prova, al quale deve essere sottoposto il minore, valutato sulla base del comportamento da lui tenuto e dell'evoluzione della sua personalità. La *ratio* della norma va individuata nell'esigenza di dare al giudice il potere di valutare in concreto la possibilità di rieducazione e inserimento del minore nella vita sociale, con una misura innovativa che ha valore aggiunto rispetto sia al perdono giudiziale sia all'improcedibilità per irrilevanza del fatto, e con l'attribuzione di una discrezionalità molto ampia, non circoscritta nei limiti di cui all'art. 169 cod. pen. e dell'art. 27 del citato d.P.R. Il beneficio prescinde infatti, dai precedenti penali e giudiziari, ostativi all'applicazione del perdono giudiziale, e dalla tenuità del reato e dall'occasionalità del comportamento delittuoso, che sono richieste, invece, per la pronuncia d'improcedibilità per irrilevanza del fatto, postulando soltanto una prognosi di positiva evoluzione della personalità del soggetto». Più recentemente, v. Cass. 25.03.2014, www.dirittoegiustizia.it, 3 aprile 2014, ove si afferma che scopo della messa alla prova è quello di consentire il recupero di colui che si sia trovato a delinquere nel corso della minore età «utilizzando l'occasione del processo per sperimentare un tentativo spiccatamente specialpreventivo che, rifuggendo dalla stigmatizzazione della detenzione (dalla quale si ottiene sovente l'effetto perverso contrario che si vorrebbe scongiurare) o riducendola al minimo utile per innestare processi di rivisitazione, tende al superamento del percorso deviante ed al reinserimento sociale del minore».

30. Così, Colamussi–Mestitz, 2010, 559, le quali precisano altresì che «con la messa alla prova si evita di stigmatizzare penalmente l'imputato minorenne, salvaguardando al tempo stesso quegli inevitabili processi di auto ed etero–svalutazione che possono essere devastanti in una personalità in via di formazione».

responsabilità «costituisce un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova», in assenza del quale si impone il proscioglimento[31]. In ogni caso, tale misura dovrebbe essere esclusa ogni qual volta sussistano le condizioni per l'immediata declaratoria di una delle cause di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p., ovvero per l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere *ex* art. 425 c.p.p., o ancora di non doversi procedere *ex* art. 529 c.p.p. o di assoluzione *ex* art. 530 c.p.p.[32]. L'istituto non dovrebbe, altresì, trovare applicazione, qualora ricorrano altre formule di proscioglimento tipiche del sistema processuale minorile, come la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto o il perdono giudiziale[33].

Anche se non espressamente previsto a livello normativo, altro requisito indefettibile è rappresentato dalla capacità di intendere e di volere, in quanto sarebbe paradossale pretendere che il minore incapace di effettuare scelte autonome e consapevoli assuma precisi impegni in ordine all'attuazione del progetto di intervento elaborato dai servizi[34].

Questione particolarmente controversa è la necessità del consenso da parte del minore imputato. Secondo una prima chiave di lettura, trovandoci «in sede di udienza preliminare, è inevitabile che l'accertamento probatorio sia incompleto»; pertanto, «il consenso del minore diviene necessario perché, ai sensi dell'art. 111, commi 4 e 5, Cost., possa prescindersi da tale verifica e giungersi, con la sospensione del processo e la messa alla prova, ad una definizione anticipata della vicenda processuale»[35]. Quanto appena affermato si ritiene trovi fondamento nella circostanza che l'art. 32, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, così come modificato dalla l. n. 63/2001, nel prescrivere al giudice dell'udienza preliminare di acquisire, prima dell'inizio della discussione, il consenso del minore alla definizione del processo in quella stessa fase, si riferisca anche alla messa alla prova, non contenendo la

31. C. Cost. 14.04.1995 n. 125, cit.

32. In questi termini, Caraceni, 2000, 1038; Cesari, 2016, cit., 465; Colamussi, 2010, cit., 105; Coppetta, 2012, cit., 460; Gatti–Marugo, 1992, I, 93; Ghiara, 1991, III, 88; Lanza, 2003, cit., 95; Losana, 1994, 299 s.; Moro, 2019, cit., 647; Palomba, 2002, cit., 414 s.; Triggiani, 2011, cit., 43 s.

33. Dottrina e giurisprudenza hanno osservato che il beneficio del perdono è più vantaggioso rispetto alla sospensione del processo con messa alla prova poiché viene immediatamente realizzato l'obiettivo dell'uscita del minore dal circuito penale. Cfr., in dottrina, Losana, 1994, cit., 293. In giurisprudenza, T. Min. Ancona 28.02.1995, Arch. n. proc. pen., 1995, 647, secondo cui «l'istituto della sospensione rimane riservato ai casi in cui si renda necessaria la valutazione della personalità del minore nell'ambito di un progetto strutturato con la predisposizione di impegni precisi ulteriori rispetto alle sue normali attività e dimostrativi, sotto costante controllo dei servizi e del giudice, della volontà di modifica sostanziale dello stile di vita, meritoria di estinzione del reato».

34. In questi termini, Coppetta, 2012, cit., 461.

35. Così, Pulvirenti, 2012, 392. Negli stessi termini, Cesari, 2004, 165 s.; Ciavola, 2010, cit., 290.

disposizione normativa alcuna specificazione in merito al tipo di definizione per cui il consenso è necessario[36].

Secondo un altro indirizzo esegetico, invece, il consenso del minorenne non è richiesto, sia perché manca un chiaro riferimento normativo, sia perché «pretendere l'assenso del minore significherebbe presumere che egli abbia una personalità strutturata a tal punto da poter effettuare la scelta migliore per il suo futuro»[37].

La soluzione che appare preferibile è quella che, partendo dalla constatazione della mancanza di un'espressa previsione legislativa, non riconduca il consenso del minore ad elemento indispensabile ai fini della sospensione del procedimento, essendo compito del giudice valutare l'opportunità o meno di sospenderlo[38], ma lo interpreti come manifestazione di partecipazione attiva al programma rieducativo. Quindi non condizione di applicabilità, ma elemento necessario per il buon esito della prova. Diversamente, il rifiuto di collaborare da parte dell'imputato, inficerebbe la realizzazione stessa del progetto di intervento, con probabile esito negativo della misura, che invece di favorire il recupero sociale del minore deviante, finirebbe solo per allungare la sua permanenza all'interno del circuito giudiziario.

Ai fini dell'operatività dell'istituto, la dottrina concorda sul fatto di non ritenere condizione necessaria la confessione, non solo perché non si tratta di un requisito richiesto dalla legge, ma anche perché introdurla come presupposto imprescindibile del *probation* renderebbe l'istituto incompatibile con la presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa, invertendo l'onere della prova sulla responsabilità, gravante, secondo i principi generali, sul pubblico ministero[39].

Deve, al riguardo, segnalarsi un'opinione contraria della giurisprudenza, secondo cui «la confessione o la parziale ammissione dell'addebito da parte del

36. Cfr. Coppetta, 2012, cit., 392.

37. Lanza, 2003, cit., 74.

38. Il consenso del minore all'adozione del provvedimento di messa alla prova viene nettamente escluso dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui «il legislatore non ha condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore (né del pubblico ministero), ma ha rimesso al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minorenne all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata "sentite le parti"». Così, C. Cost. 14.04.1995, n. 125, cit.

39. Cfr. Cesari, 2016, cit., 349; Ciavola, 2010, cit., 291; Colamussi, 2010, cit., 107 s.; Coppetta, 2012, cit., 460; Di Nuovo–Grasso, 2005, cit., 363; Triggiani, 2011, cit., 45 s.

Contra Bouchard, 1995, 153, secondo cui il giudice può emettere un provvedimento di messa alla prova solo quando la responsabilità penale sia pienamente accertata anche attraverso la completa ammissione degli addebiti, «diversamente la messa alla prova costringerebbe l'imputato a sopportare obblighi di condotta non correlati ad un fatto di cui si proclami, eventualmente, innocente, con violazione dei parametri di costituzionalità non solo in ordine al diritto di difesa quanto soprattutto per la natura abnorme che la messa alla prova verrebbe ad assumere».

minore rappresenta un elemento sintomatico da cui desumerne il ravvedimento, necessario per formulare un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione e sull'evoluzione della personalità verso un costruttivo reinserimento sociale»[40]. Un orientamento che non appare condivisibile perché la responsabilizzazione del minore deviante deve rappresentare non il punto di partenza, bensì il traguardo della disciplina[41]; ragionando in termini contrari, si rischierebbe di trasformare la finalità rieducativa in una condizione di applicabilità dell'istituto[42].

Verificata la sussistenza dei presupposti applicativi, il giudice, ai sensi dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, può sospendere il procedimento, affidando il minore ai servizi sociali minorili, al fine di eseguire un progetto di prova, concordato e predisposto insieme ai servizi medesimi, con l'obiettivo di offrire un'opportunità di rieducazione e di cambiamento, stimolando, altresì, positivamente l'evoluzione della personalità del minorenne. Il compito più difficile è quello di effettuare un giudizio prognostico positivo sulla congruità della sospensione del processo e sulla modalità del programma di messa alla prova più idonea ad aiutare il minore[43]; l'organo giudicante è così chiamato ad una valutazione non statica, ma dinamica della personalità[44], che verifichi la maturazione di un processo di crescita in grado di realizzare un positivo inserimento sociale. Nella valutazione sull'opportunità della messa alla prova, occorre tenere in considerazione molteplici elementi, come il tipo di reato commesso, le modalità esecutive, i motivi a delinquere, la presenza di eventuali precedenti penali, la personalità e il carattere dell'imputato, nonché qualunque altra circostanza utile ai fini della valutazione[45]. Al riguardo, la gravità del reato non produce un effetto preclusivo in merito alla concessione, potendo la misura essere disposta con riferimento a qualsiasi tipo di illecito[46]. Chiaramente,

40. Cass. 6.06.2008 n. 27754, CED Cass., n. 240825. Nella giurisprudenza di merito, cfr. T. Min. Bologna 10.09.1992, Giust. pen., 1993, II, 242; succesivamente, in senso conforme, T. Min. Milano 10.05.2004, www.utetgiuridica.it

41. Cfr. Colamussi, 2010, cit., 107.

42. Sull'argomento, v. l'analisi dettagliata di Miedico, 2000, 1292 ss.

43. Cass. 5.03.2013 n. 13370, CED Cass., n. 255267. Precedentemente, in senso conforme, Cass. 5.03.2007, P., Foro. it., 2007, II, 615; Cass. 18.05.2006, R., ibidem; Cass. 9.04.2003 n. 19532, CED Cass., n. 224810; Cass. 19.01.2001, p.m. in proc. M., Dir. pen. proc., 2001, 619; Cass. 29.11.2000 n. 10119, CED Cass., n. 218213.

44. Cfr. Losana, 1994, cit., 293.

45. Cfr. Cass. 23.03.1990, L., Giur. it., 1991, 290, con nota di Manera, *Sull'applicabilità della* probation *processuale nel giudizio d'appello*. Successivamente, nello stesso senso, Cass. 19.03.2008, X, Guida dir., 2008, 21, 70; Cass. 9.06.2003, p.m. in proc. S., Foro it., 2004, II, 14, con osservazioni di Di Chiara; Cass. 24.04.2001 n. 24656, CED Cass., n. 219404; Cass. 20.01.1999 n. 519, ivi, n. 212546; Cass. 27.10.1998 n. 13240, ivi, n. 211875.

46. Cfr. C. Cost. 27.09.1990 n. 412, Giur. cost., 1990, 2505, che ha ritenuto compatibile la sospensione del processo con messa alla prova anche nei confronti di reati particolarmente gravi, sanzionati con

l'entità della fattispecie criminosa dovrà essere presa in considerazione dal giudice nell'ambito della valutazione sulla personalità del minorenne.

Un fattore essenziale è rappresentato dalla considerazione se il fatto contestato sia da considerare un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita, che faccia escludere un giudizio prognostico positivo sull'evoluzione della personalità del minore verso modelli socialmente adeguati[47]. Per acquisire le conoscenze necessarie, l'organo giudicante può avvalersi dell'ampio ventaglio di strumenti di indagine offertogli dall'art. 9 d.P.R. 448/1988, richiedendo eventualmente anche ai servizi minorili di elaborare il progetto di rieducazione.

Se l'esito della valutazione risulta positivo, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo e, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, può impartire «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa». È qui che entra in gioco in fase processuale l'istituto della mediazione, che si configura come un meccanismo a carattere non stigmatizzante, che stimola una forte attitudine educativa nel minore, favorendo un processo di autoresponsabilizzazione volto a comprendere le conseguenze dannose del comportamento posto in essere[48].

3. Il settore della giustizia minorile offre indubbiamente maggiori spazi, rispetto al procedimento ordinario, per interventi di mediazione e conciliazione tra autore e vittima del reato[49], fondandosi il processo a carico di imputati minorenni sul

la pena dell'ergastolo; quest'ultimo è successivamente divenuto inapplicabile in concreto ai minori in virtù della sentenza C. Cost. 28.04.1994 n. 168, Giur. cost., 1994, 1254.

47. Cfr. Cass. 7.12.2012 n. 14035, CED Cass., n. 256772; Cass. 23.06.2010 n. 32430, ivi, n. 248615; Cass. 22.10.2008, ivi, n. 241805; Cass. 4.11.2003, M., Cass. pen., 2006, 1045; Cass. 27.03.1998, S., Giust. pen., 2000, III, 169; Cass. 27.09.1993, C., ivi, 1995, III, 230.

48. In tal senso, v. Patanè, 2005, 173, la quale evidenzia che «l'obiettivo di porre attenzione ai diritti e ai bisogni del minore, preservarne il diritto all'educazione, recuperarlo al rispetto della legalità, impone scelte selettive rispetto alle pretese del diritto sostanziale: non tanto nei termini di un'acritica rinuncia alla reazione ordinamentale, ma di un'auspicabile diversificazione delle sue modalità di esplicazione in senso funzionale agli scopi perseguiti. In tale prospettiva, l'esigenza di circoscrivere le ipotesi di intervento giurisdizionale attraverso il ricorso alle tecniche di *diversion* rappresenta l'evidente ricaduta, sul piano operativo, di una precisa opzione culturale oltre che metodologica, calibrata sull'obiettivo di assicurare al minore che entra in contatto con il sistema della giustizia penale un intervento rapido, non stigmatizzante, e una risposta ad alta valenza rieducativa, responsabilizzante e risocializzante».

49. Sull'operatività dell'attività mediativa nel contesto del processo penale minorile, cfr. Bouchard, 1995b, 887 ss.; Cauteruccio, 2006, 1295 ss.; Cavallo, 2008, 357 ss.; Ceretti, 1997a, 85 ss.; Id., 1997b, 376 ss.; Certosino, 2015, 105 ss.; Cominelli, 2012, 74 ss.; Grillo, 2008, 643 ss.; Lanza, 2012, 529 ss.; Martucci, 2006, 1413 ss.; Mattucci, www.mediazione–familaire.it; Micela, 2009, 4, 183 ss.; Occhiogrosso, 1999, 2, 8 ss.; Id., 2008, 161 ss.; Patanè, 2005a, 81 ss.; Patanè, 2005b, 171 ss.; Pricoco, 2013, 1, 133 ss.; Scardaccione, 2001, 155 ss.; Sergio, 1998, 398 ss.; Scivoletto, 2004, 3430 ss.; Ead., 2012a, 1, 373 ss.; Ead., 2012b, 55 ss.; Tigano., 2006, 25 ss.; Tramontano, 2001, 262 ss.; Turri, 2005, 1, 41 ss.; Valieri, 2003, 492 ss.

principio dell'adeguatezza nei confronti della personalità e delle esigenze educative del minore.

In effetti, le tecniche di mediazione–conciliazione ben si prestano ad un utilizzo nel contesto penale minorile, determinando un maggiore snellimento delle procedure e un coinvolgimento istituzionale di servizi e soggetti estranei all'apparato penale; una responsabilizzazione e maturazione del minore–reo; una minore permanenza dell'autore del reato all'interno del circuito penale, che si armonizza con l'introduzione della mediazione come forma di *diversion*. In ossequio al principio di minima offensività del processo, si realizza, attraverso la mediazione, una inferiore esposizione del minore alle sollecitazioni negative derivanti dalla sua partecipazione al processo e una tempestiva definizione della vicenda processuale, in grado di contribuire efficacemente al suo processo di maturazione psicologica.

La messa alla prova rappresenta, in particolare, l'istituto "trattamentale per eccellenza"[50], all'interno del quale il legislatore ha espressamente disciplinato lo svolgimento della mediazione. Le prescrizioni impartite nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova tendono, infatti, a responsabilizzare al massimo il minore colpevole e a sviluppare un processo di rivisitazione dell'atto antisociale posto in essere e di superamento dell'offesa arrecata[51].

L'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 contempla i due possibili aspetti della mediazione: da un lato la riparazione delle conseguenze del reato, dall'altro la conciliazione del minore con la persona offesa[52]. Due attività che si collocano, evidentemente, in ambiti differenti: mentre la prima riguarda quelle azioni risarcitorie o ripristinatorie che hanno una connotazione materiale, la seconda riveste una dimensione psicologica e sociale di relazione interpersonale, volta a ristabilire il legame sociale interrotto e a far riacquistare consapevolezza e serenità ai protagonisti dell'evento. Per questo motivo, la dottrina correttamente afferma che si può avere «riparazione senza conciliazione, e conciliazione senza riparazione»[53]. Quest'ultima si realizza in genere nei casi meno gravi, ove può rivelarsi sufficiente una semplice conciliazione, cui non consegua un'effettiva riparazione in termini economici o di prestazione di attività. La prima, invece, si concreta, nel momento in cui, ad una riparazione delle conseguenze del danno provocato da parte del minore non consegua una volontà della persona offesa a ristabilire una qualche forma di comunicazione. Spesso, infatti, la difficoltà nel conciliare non risiede nella indisponibilità dell'imputato al contatto con la persona offesa, ma è conseguente ad

50. L'espressione è di Micela, 2008, 1, 112.
51. Così Moro, 2008, cit. 546.
52. Cfr., sull'argomento, www.giustiziaminorile.it.
53. Palomba, 2002, cit., 466.

una chiusura di quest'ultima, che non riesce ad elaborare l'accaduto, continuando a coltivare finalità rivendicative e retributive nei confronti dell'autore del reato[54].

L'attività mediatoria si rivela veramente efficace quando è in grado di coniugare entrambe le esigenze; a tal proposito, molto delicato è il ruolo del mediatore, che deve dimostrare un'elevata capacità relazionale, cercando di evitare che l'insistenza conciliativa finisca con il lacerare ulteriormente la vittima, soprattutto se il reato ha inciso profondamente sulla sua personalità[55]. Occorre, inoltre, evitare che il continuo innesto di pratiche mediative nell'alveo del processo minorile possa aprire il varco a procedure caratterizzate da un'eccessiva informalità, trasformando così questo "microsistema penale" in uno «strumento rieducativo *tout court*, al di fuori di ogni logica di accertamento penale»[56].

Nell'ambito del progetto di messa alla prova, la mediazione, se corredata di opportuni accorgimenti, può effettivamente assumere un ruolo significativo e rappresentare un'occasione di riscatto sia per il reo, al quale vengono forniti gli stimoli sul piano educativo e motivazionale, finalizzati al cambiamento e al recupero, sia per lo Stato, che rinuncia a punire perché preferisce recuperare un giovane facendo appello al suo senso di responsabilità verso se stesso, verso la vittima e verso l'intera società[57].

Oltre che in fase processuale la mediazione può trovare ingresso anche in fase pre–processuale, ovvero durante le indagini preliminari, grazie a quanto disposto dall'art. 9, comma 2, d.p.r. 448/1988: in conformità a tale disposizione, infatti, il pubblico ministero e il giudice possono richiedere agli operatori dell'ufficio di mediazione di assumere informazioni sul minore, al fine di valutare l'opportunità di effettuare una mediazione tra il minore autore del reato e la vittima[58].

54. In questi termini, Pricoco, 2013, cit., 134.

55. Sulla possibilità che la mediazione in ambito minorile, pur rivelandosi affascinante in una prospettiva educativa, possa acuire le sofferenze della vittima, desiderosa di non essere più disturbata, cfr. Di Nuovo–Grasso, 2005, cit., 372 s.; Moro, 2019, cit., 624.

Evidenzia Scardaccione, 2001, cit., 170, come non vadano trascurati i rischi connessi con il ruolo centrale attribuito alla vittima nel modello di giustizia riparativa, quali: «subire un trauma ulteriore rivivendo il trauma subito con il reato attraverso il confronto con l'autore del reato, essere sottoposta a pressioni affinchè partecipi ai programmi, non avere nessuna garanzia che i programmi intrapresi soddisfino effettivamente le sua necessità, ne riducano la vulnerabilità rispetto a future vittimizzazioni e diminuiscano il senso di marginalità spesso sperimentato».

56. Per questi rilievi critici, cfr. Renzetti, 2014, 656.

57. In questi termini, Colamussi–Mestitz, 2010, cit., 558. In giurisprudenza, cfr. Cass. 8.11.2012 n. 46366, CED Cass., n. 255067.

58. Cfr. Tramontano, 2011, 262.

Secondo Mannozzi, 2003, 254, quando il caso viene inviato agli uffici di mediazione si ha un primo, fondamentale cambiamento di rotta rispetto alla prassi ordinaria. La valutazione della responsabilità per il passato si interseca, già a partire dalla fase delle indagini, con la promozione di una responsabilità

Collocare la mediazione nella fase delle indagini preliminari consente al minore di prendere subito coscienza delle conseguenze derivanti dal reato, promuovendo in lui un processo di responsabilizzazione nei confronti della vittima. Inoltre, l'invio del minore presso l'ufficio di mediazione nello stadio iniziale del procedimento meglio risponde alle sollecitazioni in ordine al ricorso a tecniche di *diversion*, nel quadro di una progressiva de–giurisdizionalizzazione della risposta statale alla delinquenza minorile[59].

Per quanto attiene l'esito positivo del percorso di mediazione, è possibile utilizzare come filtro normativo la disposizione dell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, che è stata precedentemente analizzata. La declaratoria di irrilevanza del fatto rappresenta, infatti, un "meccanismo espulsivo della vicenda dal circuito penale" che consente di dare rilevanza al percorso di mediazione/riparazione intrapreso dal minore durante la fase pre–processuale[60] e di realizzare una vera e propria forma di *diversion* allocando l'esperienza mediatoria «ancora "al di fuori" perché immediatamente "prima" del processo»[61].

Il percorso mediativo intrapreso e la conseguente riparazione del danno cagionato possono avere notevole influenza nella valutazione sull'opportunità dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto[62], in quanto frutto delle osservazioni dei mediatori, unici soggetti che hanno avuto modo di verificare l'atteggiamento del minore nel corso della mediazione. L'epi-

verso il futuro. Il concetto di responsabilità ne esce profondamente trasformato: non mero prerequisito giuridico e psicologico che consente di addivenire alla sentenza di condanna, ma «responsabilità "cristallizzata" sul fatto commesso che rivela unicamente l'attitudine dell'autore rispetto al reato e che rifluisce essenzialmente nel giudizio di commisurazione della pena».

59. In questi termini, Mannozzi, 2003, cit., 249, nt. 12.

60. In tal senso, Patanè, 2008, 586. Cfr., altresì, Mannozzi, 2003, cit., 257, la quale sottolinea come l'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 finisca «con il divenire la chiave di volta dell'intero "edificio riparativo" minorile».

Esprime perplessità Cesari, 2005, cit., 125, ad avviso della quale per quanto «possa essere auspicabile l'adozione di pratiche mediatorie in sede penale, è assai poco plausibile una forzatura che le innesti tra le righe dell'irrilevanza del fatto nel rito minorile, che, malgrado le apparenze, non si presta allo scopo». L'autrice giunge ad una simile conclusione muovendo dalla considerazione che «i presupposti dell'irrilevanza penale del fatto, come costruiti nell'art. 27 comma 1 d.P.R. n. 448/1988, sono centrati sulla condotta illecita addebitata all'imputato e, quindi, sulla fisionomia della fattispecie concreta, da valutare per come manifestatasi, non per come potrebbe essere percepita, dalla vittima o dalla collettività, alla luce del comportamento susseguente del reo. Il fatto, per consentire il proscioglimento anticipato, doveva essere lievissimo in sé, perché di scarsa consistenza lesiva e sostanziale episodicità nel vissuto del minore, mentre deve escludersi che tale possa diventare, per effetto di una condotta successiva, in parte indipendente dall'imputato e non prevista dalla legge». Negli stessi termini, Renzetti, 2014, cit., 650.

61. Così Pavarini, 1998, 16.

62. Sulla rilevanza attribuita allo svolgimento dell'attività di mediazione, cfr., nella giurisprudenza di merito, T. Min. Cagliari 20.05.2013, www.utetgiuridica.it; T. Min. Cagliari 15.03.2014, ivi.

logo decisorio in esame può essere, così, la conseguenza della constatazione di un processo di crescita del minore stesso, maturata attraverso il riconoscimento delle sofferenze della vittima e dell'impegno di riparazione assunto nei suoi confronti, il che può attribuire al reato una connotazione meno grave di quella originariamente configurata; inoltre, la riparazione effettuata prima del dibattimento riduce sensibilmente la dimensione del danno provocato.

Rilevante è il contributo che l'attività mediativa può dare anche nella valutazione sulla occasionalità del comportamento, perché promuovendo nel minore un processo di autoresponsabilizzazione, si determina un livello di maturazione che rafforza l'interiorizzazione del precetto penale.

Infine, l'attività mediativa si rivela particolarmente importante anche per la vittima, la quale, tra l'altro, nel rito minorile, non ha la possibilità di costituirsi parte civile, onde evitare che la sua presenza come parte processuale possa esasperare il conflitto e ostacolare il pieno recupero dell'imputato[63]. L'attività di mediazione svolta in un contesto protetto, garantito, ed estraneo all'apparato giudiziario offrirà, così, alla persona offesa la possibilità di esprimere liberamente il proprio vissuto personale e di comprendere le ragioni che hanno determinato il comportamento antisociale.

63. Cfr. Marzario, www.filodiritto.com; Micela, 2008, cit., 113.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bouchard M. (1995a). Processo penale minorile. *Dig. disc. pen*., X. Torino: Utet, p. 142 ss.

Bouchard M. (1995b). Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice? *Quest. giust.*, p. 887 ss.

Cauteruccio R. (2006). Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie. *Dir. pen. proc*., p. 1295 ss.

Caraceni L. (2000). Processo penale minorile. *Enc. dir*., Agg. IV. Milano: Giuffrè, p. 1038 ss.

Cavallo C. (2008). Le nuove linee di indirizzo e di coordinamento in materia di mediazione penale minorile. *Min. giust.*, p. 357 ss.

Ceretti A. (1997a). Progetti per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano. In: Pisapia G., Antonucci D., *La sfida della mediazione*, a cura di, Padova: Cedam, p. 85 ss.

Ceretti A. (1997b). Una nuova risposta al minore autore di reato: la mediazione penale. *Iustitia*, p. 376 ss.

Certosino D. (2015), *Mediazione e giustizia penale*. Bari: Cacucci.

Cesari C. (2004), I presupposti del probation minorile: dai rischi di un potere arbitrario ai possibili canoni di una discrezionalità temperata. In: Aa.Vv., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*. Milano: Giuffrè, p. 163 ss.

Cesari C. (2005). *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino: Giappichelli.

Cesari C. (2016). Sub artt. 27–28, in Giostra G., a cura di, *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, p. 393 ss.

Ciavola C. (2010). *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*. Torino: Giappichelli.

Colamussi M. (1996). La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma. *Cass. pen.*, p. 1671 ss.

Colamussi M. (2000). Una risposta alternativa alla devianza minorile: la "messa alla prova". Profili controversi della disciplina. In: Perchinunno V., a cura di, *Percorsi di procedura penale*, vol. II, *Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*. Milano: Giuffrè, p. 391 ss.

Colamussi M. (2004). Messa alla prova e restorative justice. In: Perchinunno V., *Percorsi di procedura penale*, vol. III, *Il sistema vigente tra tutela dell'individuo e nuove istanze di difesa sociale*. Milano: Giuffrè, p. 395 ss.

Colamussi M. (2008). Quali fattori determinano l'esito positivo della messa alla prova? In: Perchinunno V., *Percorsi di procedura penale*, vol. IV, *La revisione del codice di procedura penale agli albori del ventennio (1988–2008): riforma globale e tutela dei diritti della persona*. Milano: Giuffrè, p. 331 ss.

Colamussi M. (2010), *La messa alla prova*, Padova: Cedam.

Colamussi M.–Mestitz A. (2010). Messa alla prova. *Dig. disc. pen.*, Agg. V. Torino: Utet, p. 558 ss.

Cominelli L. (2012). La mediazione penale e la mediazione penale nel sistema minorile. In: Cagnazzo A., *La mediazione familiare*, Torino: Utet, p. 74 ss.

Coppetta M. G. (2012). La sospensione del processo con messa alla prova, In: Zatti P., diretto da, *Trattato di diritto di famiglia. Diritto e procedura penale minorile*, a cura di Palermo Fabris E., Presutti A., 2ª ed. Milano: Giuffrè, p. 607 ss.

Della Casa F. (2018). Processo penale minorile. In: Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, 9ª ed. Padova: Cedam, p. 1193 ss.

Di Nuovo S.–Grasso G. (2005), *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*. Milano: Giuffrè.

Di Paolo G. (1992). Riflessioni in tema di "probation", *Cass. pen*., p. 2866 ss.

Dosi G. (2010). *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*. Torino: Giappichelli.

Garuti G. (1998). Incompatibilità del giudice e processo minorile: le garanzie si estendono anche all'udienza preliminare. *Cass. pen*., p. 389 ss.

Gatti U.–Marugo M.I. (1992). La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un "nuovo" strumento della giustizia minorile italiana. *Rass. it. crim*., I, p. 85 ss.

Ghiara A. (1991). La "messa alla prova" nella legge processuale penale minorile. *Giust. pen*., III, c. 88.

Giambruno S. (2003). *Il processo penale minorile*, 2ª ed. Padova: Cedam.

Giambruno S. (2004). *Lineamenti di diritto processuale penale minorile*, Milano: Giuffrè.

Grillo P. (2008). Brevi riflessioni su di un istituto dalle molteplici sfaccettature: la mediazione minorile nei conflitti in famiglia e nel processo penale davanti al tribunale per i minorenni. *Arch. n. proc. pen.*, 2008, p. 643 ss.

Ingrascì M. (2005). *Il minore e il suo processo. D.P.R. n. 448/1988*. Torino: Giappichelli, p. 113 ss.

Lanza E. (2003). *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*. Milano: Giuffrè.

Lanza E. (2012). Mediazione e procedimento penale minorile. In: Pennisi A., a cura di, *La giustizia penale minorile: formazione, devianza e processo*, 2ª ed. Milano: Giuffrè, p. 529 ss.

Larizza S. (2012). La sospensione del processo con messa alla prova. In: Zatti P., diretto da, *Trattato di diritto di famiglia. Diritto e procedura penale minorile*, a cura di Palermo Fabris E., Presutti A., 2ª ed. Milano: Giuffrè, p. 279 ss.

Losana C. (1994). Sub artt. 28–29, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. In: Chiavario M., coordinato da, *Commento al codice di procedura penale*, *Leggi collegate*, I, *Il processo minorile*. Torino: Utet, p. 291 ss.

Mannozzi G. (2003). *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè.

Martucci P. (2006). Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di "sperimentazioni". *Dir. pen. proc.*, p. 1413 ss.

Martucci P. (2017). Sub artt. 27–28, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. In: Giarda A., Spangher G., *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., vol. III. Milano: Ipsoa, p. 1229 ss.

Marzario M. I fondamenti internazionali della mediazione penale minorile, www.filodiritto.com

Mattucci L. La mediazione penale nel sistema minorile, www.mediazione–familiare.it.

Micela F. (2008). Il procedimento penale minorile in Italia tra funzione rieducativa e funzione riparativa. *Nuove esp. giust. min*., 1, p. 107 ss.

Micela F. (2009). La mediazione è un alibi per il processo penale minorile? *Min. giust.*, 4, p. 183 ss.

Miedico M. (2000). La confessione del minore nella "sospensione del processo e messa alla prova". *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1292 ss.

Moro A.C. (2019). *Manuale di diritto minorile*. In: Dossetti M., Moretti C., Moretti M., Morozzo della Rocca P., Vittorini Giuliano S., a cura di, 6ª ed. Bologna: Zanichelli.

Musacchio V. (2007). *Manuale di diritto minorile. Profili dottrinali e giurisprudenziali*. Padova: Cedam.

Occhiogrosso F. P. (1999). Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia. *Min. giust*., 2, p. 8 ss.

Occhiogrosso F. P. (2008). La mediazione nella giustizia minorile. *Min. giust.*, 1, p. 161 ss.

Palomba F. (2002). *Il sistema del processo penale minorile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè, p. 368 ss.

Pansini C. (2011). Processo penale a carico di imputati minorenni. In: Spangher G., diretto da, *Trattato di procedura penale*, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, t. II, a cura di Garuti G., Torino: Utet, p. 1319 ss..

Patanè V. (2005a). La mediazione penale in Italia, in Aa.Vv., *Dove va la giustizia penale minorile?* Milano: Giuffrè, p. 81 ss.

Patanè V. (2005b). La mediazione penale nel processo minorile: le potenzialità, i rischi, le garanzie. In: Giostra G., a cura di, *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenne*. Milano: Giuffrè, p. 171 ss.

Patanè V. (2008). Mediazione penale. *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I. Milano: Giuffrè, p. 572 ss.

Patrizi P. (1997). Tutela del minore e processi di responsabilizzazione nella sospensione del processo e messa alla prova. In: Mestitz A., a cura di, *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*. Giuffrè: Milano, p. 179 ss.

Pavarini M. (1998). Decarcerazione e mediazione nel sistema penale minorile. In: Picotti L., a cura di, *La mediazione nel sistema penale minorile*. Cedam: Padova, p. 7 ss.

Pepino L. (1989). Processo minorile e formule definitorie. *Quad. Csm.*, p. 529 ss.

Pepino L. (1994). Sub art. 27, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. In: Chiavario M., coordinato da, *Commento al codice di procedura penale*, *Leggi collegate*, I, *Il processo minorile*. Torino: Utet, p. 284 ss.

Picotti, La mediazione nel sistema penale minorile italiano. Il quadro normativo e le indicazioni della prassi, *www.giustiziaminorile.it*

Pricoco M. F. (2013). Il processo penale minorile: educare e riparare. *Min. giust*., 2013, 1, p. 133 ss.

Pulvirenti P. A. (2012). Il giudizio e le impugnazioni. In: Pennisi A., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, 2ª ed. Milano: Giuffrè, p. 328 ss.

Quattrocolo S. (2008). Irrilevanza del fatto (diritto processuale penale). *Enc. dir*., Annali, vol. II, t. I, Milano: Giuffrè, p. 522 ss.

Renzetti S. (2014). La mediazione nel microsistema penale minorile. *Riv. dir. proc*., p. 642 ss.

Ricciotti R. (2007). *La giustizia penale minorile*, 3ª ed. Padova: Cedam, p. 68 ss.

Rizzo F. (2009). Sub art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. In: Gaito A., Ronco M., a cura di, *Leggi penali complementari commentate*. Torino: Utet, p. 1835 ss.

Scardaccione G. (2001). La mediazione penale: ipotesi per una valutazione delle esperienze attualmente in corso nell'amministrazione della giustizia minorile. *Rass. it. crim.*, p. 155 ss.

Scardaccione G.–Merlini F. (1996). *Minori, famiglia, giustizia. L'esperienza della "messa alla prova" nel processo penale minorile*. Milano: Unicopli.

Scivoletto C. (2004). Mediazione penale e giustizia minorile: l'esperienza torinese. *Cass. pen.*, p. 3430 ss.

Scivoletto C. (2012 a). Riparazione e cura nella mediazione penale minorile. *Min. giust*., 1, p. 373 ss.

Scivoletto C. (2012 b). Giustizia minorile e partecipazione sociale: qualche riflessione sulla mediazione penale. *Soc. dir*, p. 55 ss.

Scomparin L. (2009). La giustizia penale minorile. In: Neppi Modona G., Petrini D., Scomparin L., *Giustizia penale e servizi sociali*. Roma–Bari: Laterza, p. 174 ss.

Sergio G. (1998). Mediazione e processo penale minorile. *Crit. pen.*, p. 398 ss.

Spangher G. (2012). *La pratica del processo penale,* I. Padova: Cedam, p. 397 ss.

Spirito D. (1991). Art. 27 d.p.r. n. 448 del 1988: una morte annunciata. *Giur. cost*., p. 4148 ss.

Tigano S. (2006). Giustizia riparativa e mediazione penale. *Rass. pen. crim*., p. 25 ss.

Tramontano G. (2001). Mediazione e processo nel sistema penale. *Riv. pen*., p. 262 ss.

Triggiani N. (2011). La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne: finalità, presupposti, prospettive. In: Triggiani N., a cura di, *La messa alla prova dell'imputato minorenne tra passato, presente e futuro. L'esperienza del Tribunale di Taranto*. Bari: Cacucci, p. 31 ss.

Triggiani N. (2014). Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti. In: Triggiani N., a cura di, *La deflazione giudiziara. Messa alla prova degli imputati adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*. Torino: Giappichelli, p. 13 ss.

Tripiccione D. (2013). Le definizioni alternative del procedimento e l'udienza preliminare, Il processo penale minorile. In: Macrillò A., Filocamo F., Mussini G., Tripiccione D., a cura di, 2ª ed. Maggioli: Rimini, p. 231 ss.

Turri G. (2005). La mediazione penale minorile: prospettive e implicazioni. *Min. giust.*, 1, p. 41 ss.

Valieri M. (2003). Sulla mediazione nel processo penale minorile. *Il diritto di famiglia e delle persone*, p. 492 ss.

FRANCESCO MASTROBERTI

THE PART II OF THE CODE FOR THE KINGDOM OF THE TWO SICILIES: AN "EXCELLENT" CRIMINAL CODE IN A DESPOTIC STATE*

My speech presents a researching project entitled: The "Codice per lo Regno" and the legislation of Two Sicilies: elaboration, application and european diffusion of a reform model" (PRIN – *Progetti di rilevante interesse nazionale,* 2017 call for proposals under review by the MIUR – *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*), led by me as national coordinator, that involves four executive units located in the University of Bari, University of Salerno, University of Catanzaro and University of Messina, and generally twentytwo professors of eight Univesities of Southern Italy, that are mainly academics of History of Law. It's hoped that researchers and colleagues that are present today want to collaborate to the research on the side concerning the influence of the Codice per lo Regno on legislation and european codes during the Nineteenth Century. Considering the forthcoming of the bicentenary of the promulgation of the *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* of 1819, it's appropriate to begin deepened studies about one of the best codes of 1800s that, through the mediaton of jurists like Niccola Nicolini, Francesco Magliano, Giovanni Vittorio Englen, succeeded to bend the napoleonic model to the southern Enlightenment line of thinking, in particular to the ones of Gaetano Filangieri and Francesco Mario Pagano. Composed by five parts: *Leggi civili*, *Leggi penali*, *Leggi di procedura nei giudizi civili*, *Leggi di procedura nei giudizi penali* e *Leggi di commercio*, the *Codice per lo Regno delle due Sicilie* was an "excellent" code, that was applicated in an institutional context that gradually, after the constitutional revolution of 1820–21 and the uprisings of 1848, showed in an increasingly clear way his authoritative and intolerant dimension, transforming the *monarchia amministrativa* inherited by the Napoleonics in an arbitrary monarchy where the sovereign decided everything, also in the judiciary field. These aspects have been highlighted only recently by the legal historiography that avoided the *Codice* from

* Intervento tenuto al Convegno internazionale: *Laws Across Codes and Laws Decoded*, Biennial Conference of European Society for Comparative Legal History (Paris, École Normale Supérieure 28 June – 30 June 2018).

the general discredit that follows the Bourbon reign in 1800s, opening the way to research paths of great interest that the present project intend to examine in depth.

Orginated by the continuity policy of the French decade, and wanted by Luigi Medici and Donato Tommasi, the promulgation of the *Codice per lo Regno* – that was preceded by the civil administration law of 12 december 1816, the administrative disputes law of 25 march 1817 and the fundamental Law about the *Organizzazione giudiziaria* of 29 may 1817 – involved the best neapolitan law experts – some of whom had been creators and operators of the remakable napoleonic reforms – that found an opportune political context in order to realise the finally neapolitan codes, free from binding models. The route had already been started during the napoleonic period and, exactly, during his last moment, when Murat – after the indipendence choice against France and Napoleon – because of the impulse of the ruler neapolitan party decided to begin a wide reform of the codes through the nomination of specific commissions: so the path that brought to the neapolitan codification during the first Restoration began in the 1814 and ended in 1819.

The *Codice per lo Regno* was the firt pre–unification italian code and represented completely the continuous choice of the neapolitan government about the napoleonic reforms, confirmed by the substantial conservation of the administrative and judicial systems of the French Decade. For this reason is possible to say that the *Codice* represented during the 1800s a text of reference for the other italian states that within some decades developed their codes. The special laws emanated during the years of the Restoration are also relevant, and in particular two important "appendix" of the code deserve to be mentioned: the law about register and mortages of 21 june 1819 and the law about the notary of 23 november 1819. This route, influenced by the neapolitan liberal party, was interrupted after the revolutionary events of 1820–21. The Bourbon repression against sectarians and liberals was very strong and the government begin to launch illiberal laws and decrees that set up a dual level of justice in the criminal side: a civil libertarian justice, ensured by the Code, for the crimes that didn't aroused social alert and didn't threatened political and public order, and an illiberal justice, without warranties for the accused people, determined through special laws and decrees about the crimes *contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato.* Luigi Settembrini declared in his *Protesta: «noi abbiamo un codice di leggi civili e penali che è forse dei migliori che sieno in Europa, ma esso è nulla perché la polizia fa tutto, può tutto e non riconosce alcuna legge»*. The opinion, moreover confirmed by recent researches, suggests an investigation about the relationship between liberal and evolved codes and a really authoritative government.

Another aspect that has to be examined is the one concerning the influence of the *Codice per lo Regno* on the successive pre–unitarian italian codes, begin-

ning from the *Codici Albertini,* on the unitarian italian codes and on American and Spanish codes (in particular on the criminal spanish legislation of the XIX century and on the project of *código español* of 1851, base of the *código* of 1888). The connection, certainly not totally dissolved, between the juridical and cultural inherit of the ancient regime has not to be ignored, and so the relationship of continuity/discontinuity between *jus regni* and codified right. In this respect, in the serveral aspects of interest, the research will dedicate a particular attention to the reconstruction of the intellectual and biographical profiles of the protagonists of the transition, that are the greater southern jurists that lead the passage from the ancient regime to the new one. The research aims to consider aspects and problems linked to the impact of the *Codice per lo Regno* on the peculiar sicilian context, connoted by autonomist pressions. All these lines of research will be studied together to the separed exam of the five parts of the Code, each one related to the following profiles: elaboration, contents, connection with coeval Bourbon laws and decrees, jurisprudential application, doctrinal debates, connection with the society. A particular importance will be allocated to the analysis of decisions of the principal tribunals of the Reign, and to the slow but constant building of a "national" jurisprudence on the Code.

Methodology

The research will be organized in six general researching areas about the whole *Codice per lo Regno*:

a. Relationship between liberal and evolved codes and a really authoritative government and the broadly speaking constitutional of the Code. The research will verify, also by the exam of the decisions, if and how the code had represented a protection for the individual rights.

b. Influence of the *Codice per lo Regno* and the special Bourbon legislation on pre–unitarian and unitarian italian codifications. The research will do a synchronous comparative investifation, compared to the other models used in pre–unitarian Italy and in the coeval european background, and a diachronic comparative investigation in order to understand the influences happened on the progressions of the national juridical culture and the point of connections with the text of unitarian codes.

c. The *Codice per lo Regno* in Europe, and in particular in Spain.

d. The Jurists and the *Codice.* This researching area will be addressed to the recontruction of intellectual and biographical profiles of the grater jurists that worked on the elaboration and interpretation of the Code (Niccola Nicolini, Pasquale e Raffaele Liberatore, Giuseppe Amorosi, Cesare Marini, Gaetano Arcieri, Francesco Magliano, Gaspare Capone, Francesco Canofari, Michele Azzariti, Ni-

cola Armellini, Pasquale Stanislao Mancini, Giuseppe Pisanelli, Giovanni Vittorio Englen, Domenico Capitelli, Francesco Sollima).

e. The teaching of the *Codice per lo Regno.* In the research will be studied the teaching of the *Codice* in the neapolitan University and in the important private schools of law that grewed up in Naples during the firts half of 1800s.

f. Code and society. In rhe research will be valued the impact of the code on the southern society of 1800s.

Near to the researching areas will be developed seven sectors of interest linked to the five parts of the *Codice*, to the *Statuto militare* and, in general to the *Codice* in Sicily: 1. Civil Laws, 2. Criminal laws, 3. Civil procedure laws , 4. Criminal procedure laws, 5. Trade laws, 6. Military Code and legislation, 7. *Codice per lo Regno* in Sicily. For every sector the researchin units will develop the following themes.

a. Elaboration of the legislative text: works of the appointed commissions, projects, opinions, observations, ministerial reports, discussions in the *Supremo Consiglio di Cancelleria* and in the Councils of the Reign.

b. Contents: description of the contents and comparative exam with napoleonic codes and with the main preunitarian, unitarian and european codes.

c. Relationship with Bourbon laws and decrees.

d. Jurisprudence application: exam of the jurisprudence collection of the principal courts of the Reign of Two Sicilies and of the motivations to the decisions, with a particular care to the incidence of the Roman law and the French jurisprudence.

e. Debates and doctrinal works: will be examined the doctrinal works and the ones about the Bourbon codes and, in particular, the several commentaries that were published during the 1800s.

The research unit of Bari will deal with the criminal parts of the *Codice per lo Regno* developing the themes indicated in the detailed description of the research project. The recent historiography has highlighted the high level of the *Leggi penali* with a repressive dimension of the *Leggi di procedura*. The develop of the research according to the indicated methodology will allow an evaluation of this configuration that, in particular, will be observed and studied through the "lens" of sentences, that is to say through a research concerning the concrete application of the codes in judiciary area realized on the excellent printed collections of *Decisioni,* on the great and unexplored manuscript stored by public record offices of Napoli, Trani and Lecce. A such articulated study will provide useful elements for the develop of general researching area connected to the correlation between criminal codification and special legislation and decrees – with an evaluation of constitutional

significance in broad sense of the criminal code in a context of a regime strongly authoritative and repressive – and to the influence of italian criminal and criminal procedure law, before and after the unification, and european. In the end, during the research will be studied the most important figures and works of neapolitan criminal law experts of nineteenth century.

The Research Unit of Salerno intends to carry out a critical survey of the implementation tools of the *Codice per lo Regno* and its internal and external circulation channels, with particular reference to Civil Laws and Commercial Laws. It was an important juridical and cultural phenomenon, which confirmed the validity of the codified system of law and, at the same time, closed the French parenthesis by strengthening constitutional autonomy. Some institutes introduced with the code civil, excessively liberal and innovative compared to the figures of the tradition and of the national customs, were modified. It can be assumed that only a part of the 'uncomfortable' equations between subjects was corrected or fully restored, so much so that the Code of the Two Sicilies was assumed among the reference models in the preparation of the first Italian Civil Code, as well as in subsequent interpretative phases.

The research activities of University of Catanzaro will focus on three main interconnected themes regarding all the new legal system adopted by the Kingdom of the Two Sicilies during the early years of the so–called "Restaurazione". Firstly, it will be studied and investigated the regulation of the notarial profession established in 23rd November 1819 with one of the most important additional act to the first part of the "Codice per lo Regno delle due Sicilie", entirely dedicated to private law. The second theme will concern the regulations of urban and rural policing, introduced by the civil administration's act in 12th December 1816 and represents the only example of local law to be referred to the Code of 1819. Finally, the last research theme will regard the application of the second part of the same Code in relation to crimes committed by underages, trying to investigate more widely the criminal policy adopted in juvenile delinquency by the Bourbon's Government during the first half of the 19th century.

The Unit of Messina aims to investigate the impact of *Codice per lo Regno* on the Sicilian legal and social context in the different phases of the Restoration. The islanders, who were excluded from the process of elaboration of this new and impressive normative apparatus imposed by Ferdinand I, staged reactions very different among them, even antagonistic. Almost all the jurists, however, agreed on one point: the administrative reforms of the Bourbon monarchy, the setting aside of the Sicilian constitutional requests and the application of the codes of 1819 quickly marked the end of the autonomy of the Kingdom of Sicily and, with it, of a secular juridical tradition. But this tradition reemerged with insistence in the speeches, in

the works, in the procedural documents and in the reform projects conceived by the Sicilians between 1816 and 1861. Thus, a "culture" of the code and of the constitution, peculiar if compared with that of the Neapolitan provinces, took form.

The Unit will also focus on the relationship between ordinary and military jurisdiction, through archive researches.

Lastly, the Unit intends to deepen the juridical and cultural mechanisms that have sometimes decreed a partial survival of Roman law during the Bourbon experience, despite its formal codicistic abrogation

Conclusions and aim of the project.

The reformism of Restoration, that was rooted in the southern Enlightenment and in particular in the way of thinking of Gaetano Filangieri and Francesco Maria Pagano, culminated with the promulgation of the Codice per lo Regno that, during the 1800s, because of his liberal contents was a point of reference for the most part of european juriststhat higlighted the evident cotradiction between an evolved code and an illiberal and repressive regime. The Restoration was an important and significant moment of the juridical history of the "Mezzogiorno", with reflexes in the whole Europe, that, despite of this, did not received the appropriate detailed study on the historiographical level, also because the general disrepute that has followed the Bourbon regime since the National Unity. The research, through the operative and methodological procedures already identified in the description of the project (that plans the recovery and the appreciation of unreleased documents kept in italian and foreign archives), beginning from the several sparks provided by the recent juridical historiography, aims to study deeply the code and the laws of that season of reforms, to verify their role in the social, political and institutional context of the Reign and to consider the influence that they had on the codes of 1800s. It's planned that the research and results expected will have a significant impact on the european and italian scientific level because of the lack of a work like this and because the recent juridical historiography is wishing for this. It's possible to believe that the research, because of the methodology chosed and the aims individuated, has a good impact also on other scientific sectors different from history of law and, in particular, on political, social and institutional italian and european history of 1800s. The research moreover aims to create tools and widespread way of access that allow a wide usability of these not only for academics but also for students and researchers in order to stimulate a greater awareness of the history of "Mezzogiorno" and to facilitate studies and researchers in that field. Under this profile, has to be pointed out the purpose of uploading on the internet the acquisitions of the research (unitary databases of laws, codes, decisions, bibliography, doctrine and works considered significant) through the implementation of alrea-

dy existing institutional websites and the creation of specific ones with free–access materials downloadable by the users. The material acquired by the research and the scientific works developed by the members will form the basis for the elaboration of usable contents that have to be included in the mentioned websites. The circumstance of the celebration of the bicentenary from the promulgation of the *Codice per lo Regno delle due Sicilie* of 1819 will draw the attention on the research and its results of public and private institutions of Mezzogiorno that will be called to cooperate in the organization of the conferences and events connected to the project. Under this profile, one of the conferences planned in the project will be for sure organised in 2019, during the bicentenary, with the direct partecipation of the territory.

FEDERICA MONTELEONE

IL FRATE DI ASSISI E IL PONTIFICATO DI BERGOGLIO SECONDO LO STORICO FRANCO CARDINI*

Vocabor Franciscus in memoriam sancti Francisci de Assisi. Con queste parole, Jorge Mario Bergoglio, la sera del 13 marzo 2013, rispondeva senza esitazione alla domanda del cardinale Giovanni Battista Re, chiamato a presiedere il conclave nella Cappella Sistina. Il simbolo scelto dal nuovo pontefice per risanare e rinnovare la Chiesa è dunque racchiuso nel suo nome: Francesco. E ad *Un uomo di nome Francesco* è dedicato il volume di Franco Cardini, storico medievista e saggista di fama internazionale, che ricostruisce il legame tra *la proposta cristiana del frate di Assisi e la risposta rivoluzionaria del papa che viene dalla fine del mondo*, come recita il sottotitolo.

In una società in cui trionfano individualismo e logiche dell'economia, Francesco, il papa arrivato "dalla fine del mondo", il papa "apocalittico", come lo definisce Cardini, propone la via della povertà e della carità, che trova soluzione nella regola francescana. Il paragone tra il Poverello di Assisi e il Sommo Pontefice ci ricorda, però, che, se entrambi hanno scelto la via della carità e della povertà, il primo fu protagonista di una precisa proposta cristiana, quella del *nudus Christum nudum sequi*, in cui la povertà rappresentò il senso del rifiuto di ogni forma di potenza e di potere, di ricchezza, in una società dura, ma cristiana, il secondo, invece, propone tale via come l'unica percorribile, in una società non più cristiana, in cui la ricchezza associata all'ingiustizia domina un mondo nel quale la Chiesa non è più egemone.

Il saggio di Franco Cardini presenta una struttura circolare, non solo perché i dodici capitoli di cui è costituito sono racchiusi tra un "Prologo" (*Francesco, Ignazio e Francesco*) e un "Congedo" (*Madonna Jacopa e Madame Babette*), ma anche

* Presentazione del volume di Franco Cardini, *Un uomo di nome Francesco. La proposta cristiana del frate di Assisi e la risposta rivoluzionaria del papa che viene dalla fine del mondo*, promossa dall'Università degli Studi di Bari e dall'Istituto Superiore di Scienze Religiose "Romano Guardini" di Taranto (Taranto, Chiesa di San Pasquale Baylon, 15 febbraio 2018).

perché l'Autore ha posto in epigrafe e ha riproposto più ampiamente nel "Congedo" le parole con cui papa Bergoglio rivelò, in un'*Udienza ai rappresentanti dei media* (16 marzo 2013), come e perché aveva maturato la decisione di chiamarsi "Francesco":

> Alcuni non sapevano perché il vescovo di Roma ha voluto chiamarsi Francesco. Alcuni pensavano a Francesco Saverio, a Francesco di Sales, anche a Francesco di Assisi. Io vi racconterò la storia. Nell'elezione, io avevo accanto a me l'arcivescovo emerito di San Paolo e anche prefetto emerito della Congregazione per il Clero, il cardinale Claudio Hummes: un grande amico, un grande amico! Quando la cosa diveniva un po' pericolosa, lui mi confortava. E quando i voti sono saliti a due terzi, viene l'applauso consueto perché è stato eletto il papa. E lui mi abbracciò, mi baciò e mi disse: «Non dimenticarti dei poveri!». E quella parola è entrata qui: i poveri, i poveri. Poi, subito, in relazione ai poveri ho pensato a Francesco d'Assisi. Poi, ho pensato alle guerre, mentre lo scrutinio proseguiva, fino a tutti i voti. E Francesco è l'uomo della pace. E così è venuto il nome, nel mio cuore: Francesco d'Assisi. È per me l'uomo della povertà, l'uomo della pace, l'uomo che ama e custodisce il creato: in questo momento anche noi abbiamo con il creato una relazione non tanto buona, no? È l'uomo che ci dà questo spirito di pace, l'uomo povero ... Ah, come vorrei una Chiesa povera e per i poveri![1]

Dopo un chiaro quadro della «crisi profonda» che il mondo intero e la Chiesa di Roma attraversavano al momento dell'elezione di Jorge Mario Bergoglio, l'Autore sottolinea l'eccezionalità dell'evento: ad essere eletto papa è un gesuita ed egli, «interrompendo una quasi bimillenaria tradizione», «una consuetudine viva fino dal VI secolo» per cui l'eletto mostrava «mediante la scelta del nome di un suo predecessore a quale modello di governo della Chiesa intendesse rifarsi»[2], e infrangendo la "regola" secondo cui un gesuita non può ascendere al soglio pontificio[3], sceglie di chiamarsi come il fondatore dell'Ordine minorita. Per Cardini si tratta di una scelta né neutra né «puramente provocatoria», ma di una chiave di lettura del programma di questo pontificato[4]. Contro quanti sostengono che la scelta del nome Francesco sia in contrasto con la «vocazione gesuitica» di Bergoglio, Cardini accenna ad alcuni elementi fondamentali dell'*Autobiografia di sant'Ignazio di Loyola*, il fondatore della Compagnia di Gesù: la conversione ispirata da alcune letture (una *Vita di Cristo* e un *Flos Sanctorum*), il pellegrinaggio al santuario catalano di Nostra Signora di Montserrat, alla quale, dopo una veglia notturna passata in preghiera – secondo gli usi dell'addobbamento cavalleresco –

1. Papa Francesco, 2013, 86–87.
2. Cardini, 2015, 10.
3. Cardini, 2015, 62.
4. Cardini, 2015, 4.

lasciò come *ex voto* le sue armi e scambiò i suoi ricchi abiti con quelli di un povero, richiamandosi al modello di Francesco, che aveva rinunziato alle fantasie giovanili di gloria e d'amore cortese per una più alta Milizia, il successivo pellegrinaggio a Gerusalemme, il rispetto profondo per tutte le tradizioni religiose[5], lo studio delle opere di Erasmo da Rotterdam e di Nicola Cusano, che avrebbero caratterizzato la sua vocazione spirituale e il suo impegno teologico–culturale, e ispirato l'attività missionaria dei gesuiti in India e nelle colonie spagnole e portoghesi dell'America latina sei–settecentesca[6].

Partendo dalle «tre essenziali direzioni vocazionali del Povero di Assisi», la povertà, la pace, l'amore di Dio per tutto il creato, individuate dal Papa, nel volume l'Autore si pone essenzialmente una domanda: qual è il significato, l'estensione, la portata che papa Bergoglio attribuisce all'ideale della "povertà francescana"? Per rispondere a questa domanda, occorre tenere presente la "proposta cristiana" di Francesco d'Assisi e il mondo in cui egli agiva. L'imitazione di Cristo povero e nudo sulla croce implicava il rifiuto di qualunque forma non solo di ricchezza, ma soprattutto di potenza e di potere, e la povertà costituì la sostanza di tale rifiuto, paradossale in un XIII secolo che fu invece quello dell'apice della potenza e della ricchezza raggiunta dall'Occidente. Ma «la ricchezza era solo una componente della vita sociale e la Chiesa ne appariva come la suprema garante e inquadratrice, il personale rifiuto di arricchimento era complementare all'esercizio di altre forme di vita, di altre "vocazioni di stato", necessarie tutte all'esistenza della Cristianità»[7]. In altre parole, in una società di impronta agostiniana, *permixta* di *Civitas Dei* e di *Civitas mundi*, ma che coincideva comunque con la *societas christianorum* nel suo insieme, la "perfezione" di Francesco d'Assisi poteva convivere con altri modi di sperimentare la professione di fede cristiana, in un quadro comunque condiviso[8]. La Chiesa fu rinnovata dall'esempio di Francesco che – contro la violenta propaganda dei movimenti popolari a carattere pauperistico e della setta ereticale catara che, tra la fine del XII e i primi del XIII secolo, andava conquistando gran parte del "popolo cristiano" – dimostrò che, anche all'interno della Chiesa, si poteva vivere poveramente. Francesco d'Assisi non volle mai accedere al sacerdozio, chiedendo, per sé e per i suoi *fratres*, alla gerarchia ecclesiastica il semplice permesso di poter vivere l'esperienza della povertà – *sequela Christi* – senza pretendere che il suo fosse l'unico modo di essere cristiani, e tanto meno che la sua rinunzia a qualunque forma di

5. Cardini, 2015, 93.
6. Cardini, 2015, 27–29.
7. Cardini, 2015, 5–6.
8. Cardini, 2015, 19.

potenza, compresa quella del sapere, fosse una via migliore delle altre, né l'unica per giungere a Dio, ma limitandosi a seguirla, in quanto era quella che il Cristo gli aveva rivelato, in un mondo che ne conosceva e ne proponeva altre.

Richiamando le dichiarazioni del cardinale Giacomo Lercaro all'inizio del Concilio Vaticano II a proposito del «mistero di Cristo nei poveri», della «povertà nella Chiesa, con la limitazione nell'uso di certi mezzi materiali, con una povertà visibile negli stessi pastori e nei beni delle comunità religiose»[9], papa Francesco, nell'*Udienza ai rappresentanti dei media*, ha affermato: «Voglio una Chiesa povera per i poveri». Il che significa da un lato l'impegno della Chiesa ad "essere povera", dall'altro l'impegno della Chiesa a "favore dei poveri". Questo duplice impegno, per quanto «rivoluzionario», è in rapporto di continuità con «la battaglia» che Giovanni Paolo II e Benedetto XVI hanno combattuto «contro gli aspetti più devastanti della baumaniana "Modernità solida": l'individualismo assoluto, il primato dell'economia, il sentimento dell'irreversibilità della secolarizzazione»[10]. Il limite della battaglia dei due pontefici è da individuare in quello che Pietro Prini ha definito lo "scisma sommerso" e nel prevalere dei "cristiani sociologici" su quelli effettivamente praticanti, con la evidente perdita di egemonia del cristianesimo anche in quegli stessi paesi nei quali si trova ancora ad essere la maggioranza sul piano almeno formale e statistico. Qui risiede il nucleo forte della proposta di Giovanni Paolo II e di Benedetto XVI: «tornare a vivere da cristiani non più forti delle posizioni di potere secolarmente acquisite bensì animati da un nuovo spirito di fede»[11], e dunque non già di "tornare nelle catacombe", bensì di essere di nuovo "il sale della terra", come nei primi tempi della Chiesa e secondo il dettato evangelico. Riconoscendo la "fine della cristianità", il pontificato di Bergoglio poggia sulla convinzione che si è esaurito anche qualunque altro modo di essere cristiani che possa essere diverso dalla "proposta" del Povero di Assisi: «Ma se il pontificato è l'apice di un'istituzione, la Chiesa, cioè della "comunità dei credenti", spetta al vescovo di Roma dare l'esempio»[12]. Il modello francescano implica per Bergoglio un metodo missionario nuovo, che «consapevolmente parta dalla scristianizzazione del mondo cattolico per avviare un nuovo processo di riacquisizione della società al Cristo»[13].

Per comprendere il nucleo essenziale della "proposta cristiana" di Francesco, "la povertà", occorre ricordare due dati di fatto: da un lato, che la povertà fran-

9. Cardini, 2015, 64.
10. Cardini, 2015, 14.
11. Cardini, 2015, 14–15.
12. Cardini, 2015, 118–120.
13. Cardini, 2015, 119.

cescana – come Cardini rimarca più volte – non è semplicemente la rinunzia ai beni materiali, bensì il radicale rifiuto di qualunque forma di potenza, perché solo attraverso questa via si può pervenire alla "perfetta letizia", premio della *sequela Christi*, dall'altro, che l'anziano cardinale Bergoglio, divenuto il capo della Chiesa cattolica, non cessa di essere "Jorge Mario Bergoglio", il "cristiano" vissuto 'povero' tra i poveri e per i poveri, impegnato con spirito di carità nelle *villas miserias* di Buenos Aires, e che ormai anziano stava per ritirarsi modestamente in una casa di riposo per religiosi nel suo sobborgo natío di Flores[14]. Come può allora Bergoglio attuare la "povertà francescana"? L'Autore sviluppa la ricerca di una risposta a questa domanda 'diffusamente', in più capitoli[15], soprattutto nel V (*Servus Iesu* e vescovo di Roma: *Vocabor Franciscus*) e nel VI (*Ancora sui Concili*), concludendo che «l'imitazione perfetta di san Francesco da parte di un papa è improponibile ... Francesco poteva spogliarsi di tutti i suoi beni personali; il capo della Chiesa non può spogliarsi di tutti i beni di essa, dal momento che ciò comporterebbe la rinunzia ad assolvere i suoi impegni istituzionali»[16].

Alcuni gesti chiaramente simbolici, compiuti al momento dell'elezione – la rinunzia all'oro della croce pettorale e dell'anello, sostituito con umile metallo bianco o semplice argento, la rinunzia al rosso scarlatto del mantello e della mozzetta foderata di ermellino, la rinunzia al rosso delle calzature e il continuare a calzare le vecchie scarpe di cuoio nero, la rinunzia alle scorte e ai mezzi blindati, il conto pagato direttamente negli alberghi, il rifiuto dell'appartamento pontificio e la fedeltà alla solita camera in Santa Marta, le telefonate agli amici, la rinunzia all' "incoronazione pontificia" – annunziano «un programma di austerità, severità e carità», «la rinunzia a qualsiasi tipo di potenza e, in ultima analisi, la rinunzia al trono»[17]. Ma Cardini giudica questi atti simbolici come un 'adeguamento' (o una concessione) alla mentalità dei contemporanei e si augura (anzi crede fermamente) che il Papa voglia dare ben altra "sostanza" alla «povertà della Chiesa»:

> Il Papa, con i suoi primi atti simbolici, ha agito in modo encomiabile sul piano delle intenzioni: eppure praticamente ambiguo, moralmente velleitario e teologicamente errato nell'atto in cui ha rinunziato ai suoi ornamenti aurei, ch'erano tali a maggior gloria di Dio e per renderGli onore, non in quanto segno di ricchezza terrena. Questo malinteso

14. Cardini, 2015, 63.

15. Cfr. Cardini, 2015, I. *Il «fumo di Satana e il sale della terra»*, 9–11; III. *«Penetralia Romanae Curiae»*, 38–42 relative alla storia della «sovranità territoriale e politica» del Vaticano; IV. *Carnevale romano, Quaresima pontificia*, 58–69.

16. Cardini, 2015, 70–71.

17. Cardini, 2015, 63–64, 70–71.

> adeguamento di un atto simbolico alle dimensioni del primato moderno dell'economia e dell'incapacità moderna di correttamente intendere i simboli è inaccettabile. Personalmente, vorrei che il Papa tornasse all'anello e alla croce d'oro a gloria di Dio, ma che si affrettasse più di quanto non stia facendo (perché sono convinto che sia ben deciso a farlo) a trasformare immediatamente l'apparato finanziario della Santa Sede in un grande motore di banche eque e solidali e che denunziasse senza mezzi termini l'operato criminale delle *lobbies* multinazionali che, specie in Africa e in America Latina, si arricchiscono sproporzionatamente lasciando senza mezzi e senza difesa miliardi di persone miserabili e affamate, oggetto di secolare sfruttamento. Se la Chiesa non avvierà esplicitamente una battaglia come questa – e tutto lascia sperare che Francesco lo farà – il nome che egli ha scelto di portare come vescovo di Roma e i suoi modesti arredi argentei si riveleranno ciarpame, pura retorica ipocrita.
> Se egli saprà invece tradurre in atti coerenti, conseguenti, concreti un millesimo di quel che ha annunziato con i suoi gesti simbolici – e ha già cominciato a farlo – egli si rivelerà il più grande rivoluzionario della storia della Chiesa[18].

Come storico della Chiesa e del Medioevo, Cardini evidenzia come alcuni dei simbolici gesti iniziali del Papa facciano riferimento anche ad un aspetto fondamentale della "povertà francescana": la rinunzia a qualunque forma di potenza o di supremazia. Papa Francesco, «un pontefice che ama definirsi soltanto vescovo di Roma»[19], simbolicamente disposto a mettere da parte – in termini quanto meno di *potestas*, se non di *auctoritas* – "il primato petrino", che resta uno dei principali ostacoli sulla strada della riunificazione tra le Chiese cristiane, segna un'energica e decisa inversione di tendenza rispetto al passato, soprattutto rispetto alla tradizione medievale, quando cominciò la vera e propria ascesa del vescovo di Roma in termini di rivendicazioni "imperiali", come dimostrano i pontificati di Gregorio VII, di Innocenzo III, di Bonifacio VIII e dei papi rinascimentali. «Padre Jorge Mario Bergoglio anche da vescovo di Roma continua a essere *Servus Iesu*: non gl'interessa intitolarsi *Servus servorum Dei*»[20]. E, sviluppando tale riflessione, Cardini accenna a due elementi distinti: 1) il "primato petrino", fondato sulla preminenza che Cristo, come si evince dai *Vangeli di Matteo, di Luca e di Giovanni* e dagli *Atti degli Apostoli*, ha accordato all'apostolo Pietro all'interno del gruppo dei dodici e in seno alla prima comunità cristiana e che, secondo i cattolici, è passata al Papa in quanto successore di Pietro sulla "cattedra" vescovile di Roma, come supremazia su tutti gli altri vescovi e su tutta la Cristianità; 2) il "potere temporale", civile e politico, del Papa, che è il risultato di una lunga evoluzione storica. Per quel che riguarda il "potere temporale" di Bergoglio, Cardini sottolinea come il Papa sia capo

18. Cardini, 2015, 71; cfr. anche 65.
19. Cardini, 2015, 10–11.
20. Cardini, 2015, 61.

di uno Stato monarchico assoluto[21], piccolissimo sotto il profilo dell'estensione e del popolamento, ma una grande potenza sotto il profilo diplomatico, finanziario, culturale e mediatico, avente la funzione di garantire al pontefice «l'indipendenza da qualunque potenza terrena»[22]. In questa prospettiva, l'Autore ritiene che papa Francesco non possa rinunziare a tale potenza, ma che debba accettarla e trasformarla in maniera conforme al suo proclama «Voglio una Chiesa povera per i poveri», esserne «*non tanquam possessor, sed tanquam fructuum pro Ecclesia pro Cristi pauperibus dispensator*»[23].

Per quanto concerne il "primato petrino", invece, Cardini pensa che ne sia in atto un "ridimensionamento" nella prospettiva di un governo collegiale della Chiesa cattolica e di una riunificazione di tutti i cristiani: «la storia della Chiesa – puntualizza – potrebbe essere riassunta, per quanto riguarda il suo vertice, in un lungo duello tra la tendenza monarchica papale e quella fondata sull'istanza di un governo collegiale da parte dell'insieme dei vescovi (... del resto anche il papa è tecnicamente un vescovo, il vescovo di Roma, *primus* senza dubbio, però *inter pares*)»[24].

Nei Concili ecumenici, tra XI e XV secolo, si affermò progressivamente la funzione monarchica del pontefice, fondata sul "primato di Pietro", che tra i vescovi assegnava un ruolo speciale, in termini di *auctoritas* ma anche di *potestas*, al vescovo di Roma. Dopo una breve fase della tesi conciliaristica – quella successiva al "grande scisma" del 1378–1415 e corrispondente al periodo tra il Concilio di Costanza del 1414–17 e la prima parte di quello di Ferrara–Firenze–Basilea del 1439–41, poi prolungatosi fino al 1449 in quello che fu definito il "piccolo scisma" – la concezione del potere pontificio romano come unico e supremo fu confermata e rafforzata dal Concilio di Trento (1545–1563) e dal Concilio Vaticano I. Da allora le istanze conciliari, per lungo tempo, non si mostrarono più nella Chiesa cattolica, fino al Novecento, quando da una parte si cominciò a parlare apertamente di crisi della Chiesa, dall'altra ci si indirizzò nuovamente verso lo sviluppo di relazioni ecumeniche con le altre Chiese cristiane. Le istanze conciliari riapparvero nella vita della Chiesa latina solo nel 1962–65, quando con il Vaticano II si propose il tema della modernizzazione e della democratizzazione della Chiesa, secondo una prospettiva "neoconciliaristica" limitatrice del potere monarchico dei papi[25]. Il "ridimensionamento" voluto da papa Francesco – «in ordine a quella che si potrebbe definire la

21. Cardini, 2015, 121.
22. Cardini, 2015, 41–42.
23. Cfr. Vian, 2004, 112–121.
24. Cardini, 2015, 58–59.
25. Cardini, 2015, 73–81.

sua "eredità imperiale" e che richiama per forza di cose quella della collegialità»[26] – si è manifestato non solo negli atti simbolici iniziali e nella scelta del nome, ma anche nel suo impegno missionario ed ecumenico[27]. E tale "ridimensionamento" della funzione del pontefice romano potrebbe essere implicito già nel "gran rifiuto" di Benedetto XVI dell'11 febbraio 2013, un gesto non nuovo[28], ma rivoluzionario, con il quale il pontefice inviava un forte messaggio e impartiva una chiara lezione alla Chiesa e al mondo[29]. Nei mesi di febbraio–marzo dello stesso anno, si veniva a creare una situazione "nuova", "del tutto originale": la presenza, in Vaticano, di un "papa emerito" accanto al "papa regnante", ma che non regna più in quanto «ha letteralmente *rinunziato* al trono»[30].

Passiamo ora al secondo elemento del proclama bergogliano «Voglio una Chiesa povera per i poveri»: l'impegno della Chiesa "per i poveri". Questo aspetto è considerato in diverse parti del volume, ma il luogo più significativo è il capitolo VII (*La lezione di Lampedusa*), relativo alla visita di papa Francesco a Lampedusa, l'8 luglio 2013, ventisei mesi dopo il catastrofico naufragio di migranti avvenuto l'8 maggio 2011. Cardini, dopo aver ricordato che «la grande sfida del futuro sarà quella incentrata su un argomento ineludibile: la necessità di ridistribuire le ricchezze che la Modernità occidentale ... tra XVI e XX secolo ha concentrato e accumulato nel controllo monopolistico da parte prima delle grandi potenze coloniali, quindi da parte della *lobbies* multinazionali»[31], ed essersi chiesto se «non spetterebbe proprio ai cattolici l'ingaggiare con decisione e rigore questa nuova decisiva battaglia tra Dio e Mammona[32]», riconosce che papa Francesco ha com-

26. Cardini, 2015, 66.

27. Cfr. Cardini, 2015, capitolo IX, *Pastore e pellegrino*.

28. Gli strumenti di informazione hanno più volte sottolineato l'analogia tra l'abdicazione di Benedetto XVI dell'11 febbraio 2013 e il "gran rifiuto" di papa Celestino V, che nel 1294 si dimise appena cinque mesi dopo la sua elezione pontificale, ma Cardini sottolinea la distanza tra il mistico eremita, "*colui che fece per viltade il gran rifiuto*", considerato docile strumento nelle mani di chi lo avrebbe dovuto dirigere, e il competente Ratzinger, che conosceva bene i meccanismi curiali e che per anni aveva retto la Chiesa anche prima di essere papa, lavorando all'ombra di Giovanni Paolo II. Cardini cita vari esempi di papa rinunziatari o deposti, ma soprattutto si sofferma sulla deposizione nel 1409, nel Concilio di Pisa, di due papi contemporanei, Gregorio XII e Benedetto XIII, che regnava in Avignone. L'episodio si colloca nella fase finale del cosiddetto "grande scisma d'Occidente", apertosi nel 1378 e chiusosi nel 1414 con la convocazione del Concilio di Costanza, che stabiliva che, da allora in poi, la conduzione della Chiesa sarebbe stata non monarchica, cioè pontificia, ma collegiale, cioè cardinalizia e vescovile. Cfr. Cardini, 2015, 58–59.

29. Cardini, 2015, 58.

30. Cardini, 2015, 121.

31. Cardini, 2015, 94.

32. Il termine è utilizzato nel Nuovo Testamento per personificare il profitto e la ricchezza materiale.

piuto passi fondamentali in questo senso. A Lampedusa, il pontefice, anzitutto attraverso le letture bibliche da lui scelte per la liturgia della parola durante la messa all'aperto (*Genesi* 4,9: la storia di Caino e Abele; *Matteo* 2,13–23: la fuga della Sacra Famiglia in Egitto), si è espresso contro la "globalizzazione dell'indifferenza" ed ha auspicato un drastico mutamento di rotta rispetto ad una società fondata sull'individualismo e sul primato economico–finanziario. In conclusione, il Papa ha dato una «traduzione in termini rigorosamente cristiani della "trasvalutazione postmoderna dei valori" denunziata come necessaria da Joseph Stiglitz e da Zygmunt Bauman» e «ha proposto di realizzarla sotto le insegne rivoluzionarie di una rinnovata "Chiesa degli Ultimi"»[33].

A Lampedusa, secondo l'Autore, si è manifestata la seconda delle «direzioni vocazionali del Povero di Assisi»: «... *Francesco d'Assisi è per me l'uomo della pace* ...»! «La storia – scrive Cardini – ci sorprende sempre. Oggi, un altro uomo chiamato Francesco ha visitato i poveri musulmani»[34]. Nel 1219 il frate di Assisi si era mosso dall'Italia e, giunto in Egitto, viaggiando probabilmente su una nave di crociati o di pellegrini, o forse prendendo anche lui la croce, cioè esprimendo un solenne voto e accettando le insegne del pellegrinaggio, munito dello scudo della sola fede, si era recato nell'accampamento del sultano di Egitto al–Malik al–Kamil. Sebbene l'episodio sia riportato con diverse varianti da parte delle fonti crociate e francescane, l'incontro tra il "piccolo cristiano" e la "bestia crudele" è da collocare nel contesto spirituale, disciplinare ed ecclesiale del tempo, in cui si situa la proposta cristiana di Francesco d'Assisi, che aveva scelto la disciplina nei confronti della Chiesa, l'obbedienza, e che, pertanto, non avrebbe mai potuto contestare la crociata, ma nemmeno ignorarla; la crociata, che non fu mai una guerra santa volta alla conversione dei non–cristiani, ma un pellegrinaggio armato, scopo del quale era stata la conquista, la difesa e, soprattutto dopo il 1187, la riconquista dei Luoghi Santi[35]. Ma, a Lampedusa, è soprattutto la questione della tolleranza, che il frate di Assisi aveva in qualche modo presentato al Sultano raccontandogli la "parabola dei Tre Anelli" – secondo la testimonianza di Giacomo di Vitry, vescovo di Acri – ad essere affrontata. La scelta del pontefice, che tutti gli arredi della sua messa nell'isola, dall'altare al pulpito, dal calice eucaristico alla croce, alla "ferula" pontificia, fossero fatti della materia di quelle barche naufragate, è seguita dal riferimento, durante la celebrazione della funzione religiosa, alla comune tradizione abramitica[36], in particolare alla presenza di Maria, madre amatissima del profeta Isa, *Gesù*,

33. Cardini, 2015, 83–89.
34. Cardini, 2015, 93.
35. Cfr. Cardini, 1989, 179–208.
36. Cardini, 2015, 87–89.

celebrata nella più bella *sura* di tutto il Corano, e alla consuetudine condivisa da ebrei, cristiani e musulmani, che sottolinea come ogni straniero, ogni pellegrino, ogni esule sia un ospite sacro e come le sofferenze di tutti siano ammaestramento di carità per ognuno. È evidente come il Papa, attraverso la visita, ha indicato la via per il superamento delle divisioni religiose e per la pace nel Mediterraneo[37].

E passiamo infine alla terza, ed ultima, delle «direzioni vocazionali del Povero di Assisi»: «... Francesco d'Assisi è per me l'uomo che ama e custodisce il creato ...». I capitoli XI (*Laudato si'*) e XII (*Una grande enciclica sociale, un lucido messaggio antropologico*) sono dedicati all'enciclica *Laudato si'*, promulgata il 18 giugno 2015, il cui *incipit* prende l'avvio dal *Cantico delle creature*, che Francesco d'Assisi dettò nel 1224.

Papa Francesco ha voluto dedicare a quella lode infinita a Dio creatore e al creato la sua enciclica per ricordarci che l'uomo, secondo la lettera e lo spirito del *Genesi*, non è il padrone dell'universo, ma che ne è il "custode" temporaneo, e che il creato appartiene a tutti gli esseri umani e, soprattutto, agli "Ultimi della Terra"[38] che, come sta scritto, la erediteranno[39]. In questo risiede il nucleo della sua lotta quotidiana contro la cultura «dello scarto» e «dell'indifferenza», «che colpisce tanto gli esseri umani quanto le cose che si trasformano velocemente in spazzatura»[40]. La denunzia del papa è diretta verso il rapporto strettissimo che esiste tra degrado ambientale, degrado socioeconomico e degrado morale. I veleni che inquinano l'aria, la terra, l'acqua, e che il fuoco non può più purificare –i quattro elementi lodati da Francesco d'Assisi – sono anche i responsabili della fuga dai teatri di guerra, di migrazioni, spesso giustificate con la persecuzione politica e, quasi mai, considerate come conseguenze dei guasti geoclimatici provocati dalle politiche dei governi locali e dalle *lobbies* multinazionali. In questo la *Laudato si'* rappresenta una grande enciclica sociale e trasmette un importante messaggio pedagogico, la considerazione che volontà divina e bene comune coincidono e che quindi teologia e politica non possano che convergere verso un unico scopo.

La Chiesa sognata da papa Francesco ha il compito di porsi al "servizio" della società, è una Chiesa «nella quale il governare è un servire e massimo dovere e, al tempo stesso, più sublime titolo d'onore per i *Primi* è il porsi al servizio costante

37. Cfr. Cardini, 2015, capitolo VIII, *Quando l'amore fa scandalo*, 101–106.

38. Gli Ultimi sono i poveri, i Paesi in via di sviluppo, l'Africa (p.es., §§ 16, 20, 25, 28–29), ma anche «una categoria particolare di "deboli" quella anagrafica, quella costituita oggi da chi è troppo piccolo o troppo giovane o addirittura non è ancora nato e non può quindi far niente per impedire oggi delle violenze che vengono perpetrate da adulti ma che sarà lui, nel futuro, a dover scontare e pagare» (Cardini, 2015, 159).

39. Cardini, 2015, 152–153.

40. Bergoglio, 2015, capo 22. Cfr. anche Gentili, 2018, 1–3.

degli *Ultimi*»[41]. Non a caso il volume si chiude con un elemento di fondo, che orienta la francescanità bergogliana, la "perfetta letizia", che non è il prodotto di un ascetismo eroico, ma nasce dalla considerazione dell'amore del Cristo per l'uomo e dalla necessità di imitarlo, nella consapevolezza che qualunque imitazione sarà inadeguata. E alla comprensione profonda della "perfetta letizia" Francesco d'Assisi era giunto, attraversando la sua esperienza prima di escluso dalla società e di volontario compagno di lebbrosi, poi di ammalato, infine di emarginato dai suoi stessi seguaci.

41. Cardini, 2015,184.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bergoglio J.M. (2015). *Lettera enciclica Laudato si' del santo padre Francesco sulla cura della casa comune*. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

Cardini F. (2015). *Un uomo di nome Francesco. La proposta cristiana del frate di Assisi e la risposta rivoluzionaria del papa che viene dalla fine del mondo*. Milano: Mondadori.

Cardini F. (1989). *Francesco d'Assisi*. Milano: Mondadori.

Gentili G. (2018). Papa Francesco – intervista esclusiva. *Il Sole 24 Ore*, 7 settembre, p. 1 ss.

Papa Francesco (2013). *Udienza ai rappresentanti dei media*, 16 marzo 2013 in G. Vigini. *Pensieri dal cuore*. Roma–Cinisello Balsamo: LEV – San Paolo, p. 86 ss.

Vian G.M. (2004). *La donazione di Costantino*. Bologna: Il Mulino.

FRANCESCO PERCHINUNNO

BREVI CONSIDERAZIONI SULL'ATTUALITÀ DELLA CARTA COSTITUZIONALE*

1. La ricorrenza del 70° anniversario della Costituzione della Repubblica italiana costituisce un'ulteriore occasione per formulare un bilancio sulle condizioni attuali della nostra Carta Costituzionale, ossia per chiederci se i suoi principi, i suoi valori e la sua architettura delle istituzioni manifestano ancora piena efficienza o se la costante voce dei suoi detrattori e l'incessante vento riformista, debbano trovare, nel sentire collettivo, nuova e più appropriata collocazione.

Se considerassimo la sua età anagrafica, parametrandola a quella umana, dovremmo indurci all'identificazione della Costituzione italiana come di un corpo normativo entrato nella sua "fase senile" e privo della piena vigoria, tipica delle sue fasi genetiche; è indubbio, tuttavia, che simile comparazione potrebbe avere un concreto fondamento solo attraverso un approccio sommario al ruolo che essa ricopre nel nostro ordinamento e nella società contemporanea. La celebrazione dei 70 anni della Costituzione, secondo il giudizio di numerosi costituzionalisti, costituisce un'ulteriore occasione per difendere l'edificio costituzionale contro i suoi "antagonisti" che, nonostante i numerosi segnali di tenace resistenza della stessa Carta costituzionale, non si sono rassegnati all'idea di abbatterla con piccole e grandi iniziative di revisione.

Ma se è vero che ogni epoca è stata contraddistinta da diversificati e mutevoli apparati normativi che ne regolano la convivenza e caratterizzano le singole peculiarità del rapporto Stato – Cittadino, altrettanto vero è che la particolare natura e le specifiche finalità di una Carta costituzionale, dovrebbero costituire validi elementi per ritenere che si tratti di una struttura normativa che sfugge ad un inquadramento suscettibile di riduttive semplificazioni interpretative, rappresentando un corpo di regole normative che opera la complessa fusione tra principi regolatori degli organi statali, diritti e doveri civici e valori fondamentali posti a tutela della persona umana.

* Il presente saggio costituisce una rivisitazione aggiornata dell'intervento dal titolo: "*La Carta Costituzionale: valori e attualità*" presentato il 3 maggio 2018, in occasione della Cerimonia organizzata per il 70° Anniversario della Costituzione Italiana, presso il Palazzo del Governo di Taranto.

Non dovrebbe essere mai dimenticato che non si trattava solo di una scelta tra due ordinamenti politici, ma tra due distinte visioni dell'uomo e del mondo. Sicché, un corretto approccio con la nostra Costituzione, nell'ottica di una valutazione circa l'attualità o arcaicità del suo apparato normativo e valoriale richiederebbe una preliminare disamina del periodo storico in cui si colloca la sua genesi e del gravoso compito affidato ai nostri Padri Costituenti che hanno dato alla luce un'opera prodigiosa, patrimonio del nostro Paese ed eredità per le future generazioni.

Si è discusso a lungo dei profili connessi all'attualità dei principi e dei valori che la Costituzione ha insediato nell'ordinamento giuridico e della crescente disapplicazione di questi principi e valori nell'ordinamento politico, rivendicando la validità del progetto di società iscritto nella Costituzione, ancora da realizzarsi. Siamo tutti coscienti che la Costituzione ha una dimensione precettiva, immediatamente applicabile e vincolante per tutti e rappresenta la Carta del nostro passato, presente e nostro futuro[1]. Rapportarsi con la Costituzione repubblicana richiede-

1. Come accennato, spunti di particolare interesse per la redazione del presente saggio sono sorti dalla relazione presentata presso il Palazzo del Governo di Taranto dal titolo: "*La Carta Costituzionale: valori e attualità*". A conclusione del predetto intervento, si è dato spazio ad un dibattito con domande rivolte dagli studenti intervenuti in rappresentanza di Istituti scolastici e Forze Armate appartenenti al territorio jonico. Sia consentito richiamare la parte saliente di tale dibattito: 1) Liceo Scientifico "G. Battaglini": «Buongiorno, desidero ringraziare la Prefettura per questa importante giornata di approfondimento sui valori della nostra Costituzione. Professore, quali articoli della nostra Carta costituzionale, a Suo parere, dovrebbero essere oggetto di revisione costituzionale affinché possa essere più aderente ai tempi e più vicina ai giovani?»; «Credo che dal mio breve intervento si sia colto, forse, un po' di scetticismo in ordine alle iniziative di revisione poste in essere in questi 70 anni di vigenza della nostra Carta Costituzionale, ma credo sia anche frutto del consuntivo di tante riforme che non hanno sortito gli effetti desiderati, né hanno apportato alcun miglioramento sul piano dell'efficacia delle norme costituzionali, né tantomeno sul piano dell'attualità. Il procedimento di revisione ha un espresso fondamento costituzionale che non ammette alcun rilievo; occorre però aver cura, con adeguato giudizio prognostico, di quelli che possono essere gli effetti delle riforme costituzionali e di come, ciascuna di esse, possa integrarsi con la restante parte del testo normativo della Costituzione, senza determinare gravi distonie applicative e di principi. Quanto all'incidenza delle riforme costituzionali sull'attualità costituzionale e alla necessità di rinnovamento per agevolare i giovani d'oggi, ho espresso una linea di pensiero spero chiara ed univoca, che passa dall'intervento del Legislatore ordinario, più che di quello costituzionale, secondo l'auspicio delle norme programmatiche e dai numerosi rinvii alla legge operati dalla Costituzione. L'attualità di una legge non può essere relegata solo alla mera interpretazione letterale della stessa. Forse sarebbe auspicabile un approccio alla Costituzione, da parte di voi Giovani, non caratterizzato dall'erronea concezione che i principi costituzionali siano la "panacea" di tutte le problematiche che affliggono la nostra società, quanto invece l'ancora di salvezza cui appigliarsi per superare una crescente crisi di valori». 2) IPS "F.S. Cabrini" «L'art. 34 della nostra Costituzione riconosce agli studenti capaci e meritevoli il diritto di raggiungere i più alti livelli di istruzione anche se non dispongono di mezzi adeguati. Lei ritiene che tale principio nel nostro Stato trovi un'adeguata applicazione?»; «Io ritengo che la definizione di scuola "*aperta a tutti*" offerta dai Costituenti abbia particolare *charme* e armonia con gli altri precetti. Occorre però avere un approccio corretto con la nostra Costituzione: essa esprime principi e valori su cui edificare leggi che lo Stato e noi cittadini

rebbe una preliminare distinzione tra la parte relativa ai principi che riassume in sé quei valori che devono informare tutto l'ordinamento giuridico e quella relativa

dobbiamo recepire correttamente, con un corretto approccio alla fase interpretativa ed attuativa. Immaginate, anche solo per un attimo, quale sarebbe il nostro sistema di garanzie se non fossero in vigore i precetti costituzionali...». 3) Dipartimento Jonico: «Dopo la riforma del '99, la quale ha modificato l'art.111 Cost. estendendo il concetto di giusto processo anche alla ragionevole durata dello stesso, vi sono state poi una serie di norme (come ad es. la legge Pinto) che anziché favorire la ragionevole durata, si sono preoccupate di mitigare le conseguenze della "irragionevole durata". Non ritenete che potrebbe essere necessario un controllo preventivo di costituzionalità, seppur sommario, per le leggi che incidono su diritti primari del cittadino?»; «La tematica della riforma denominata "giusto processo" suscita in me particolare interesse, essendomene occupato, anni fa, in un mio piccolo contributo di studi. Per ragioni di tempo, mi limiterò a richiamare un paio di considerazioni già accennate in precedenza, partendo dalla consapevolezza della complessità e delicatezza di alcune tematiche, soprattutto quelle strettamente correlate ai diritti e interessi dei cittadini, senza la quale, spesso si rischia di alimentare eccessive aspettative, spesso disattese. L'eccessiva durata dei procedimenti giurisdizionali e le ripetute sanzioni comminate al nostro Paese dalla Corte di Giustizia, hanno rappresentato le ragioni principali poste a sostegno della riforma dell'art. 111 Cost. Con la riserva di legge che ha indotto il Legislatore alla stesura della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto), si è cercato di porre rimedio, ma la le scarse risorse finanziarie pubbliche non hanno consentito, poco dopo l'entrata in vigore della citata legge, di dar corso ad un dignitoso ristoro dei danni procurati, ai singoli (parti processuali), dai frequenti ritardi nella definizione dei procedimenti. Di contro, per onestà intellettuale, va anche precisato che il processo resta la sede della tutela dei diritti e degli interessi legittimi delle persone e che, detta tutela, fondamento giuridico del diritto alla difesa (art. 24 Cost.), si estrinseca attraverso istituti e regole processuali che richiedono, per la loro concreta applicazione, tempi di certo non proprio celeri. Non credo, infine, si possa recepire agevolmente la proposta di addivenire ad un "controllo di legittimità di natura preventiva", poiché sarebbe in distonia con la struttura costituzionale e con il ruolo assegnato alla Consulta». 4) Marina Militare: «L'art. 3 della Costituzione recita: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Allo stato attuale in Italia: l'1% più ricco detiene il 25% del patrimonio nazionale (fonte: INFODATA 2017); le donne sono mediamente meno occupate e meno pagate rispetto agli uomini (fonte: sondaggio Il sole 24 ore – gennaio 2017); le differenze di razza e di religione sono diventate senza dubbio motivo di preoccupazione sociale. In buona sostanza, Le sembra che ci stiamo allontanando sempre di più dal modello sociale descritto dai padri costituenti? Ci sono i margini per poter invertire la rotta o sarebbe opportuno prendere atto della trasformazione politico–sociale in atto in quest'ultimo ventennio?»; «I dati potrebbero indurre ad una triste e preoccupante presa di coscienza di una disapplicazione o mancata attuazione dei precetti costituzionali. Personalmente, credo che lo spirito per animare il nostro approccio al presente e al futuro dovrebbe necessariamente essere ispirato a sentimenti di forte positività e di speranza, senza dimenticare il compito che la Costituzione ha assegnato al Popolo che, in qualità di Organo costituzionale, non può limitarsi alla critica distruttiva e al disinteresse per le sorti della propria Nazione. Gli ostacoli che impediscono l'effettiva attuazione dei principi costituzionali e dell'uguaglianza tra le persone, non possono gravare solo sul Legislatore – si pensi allo spirito meramente programmatico dell'art. 3 Cost. – perché il compito deve essere esteso a tutte le Istituzioni, al Popolo e a tutti i destinatari dei precetti costituzionali, indubbiamente impreziositi dalla previsione di innumerevoli e sacrosanti diritti e libertà, la cui

all'organizzazione dei poteri della Repubblica; distinzione necessaria per evitare di correre il rischio di estendere, ai principi, quel senso di insicurezza e di instabilità che può essere provocato dai ripetuti e vani tentativi di porre mano a incisive riforme costituzionali.

I giudizi si sono ancorati su disparate posizioni: chi ha rivendicato la immutata validità ed attualità della Carta costituzionale in tutte le sue parti, propendendo per l'esigenza di mantenere integro, in tutte le sue parti, il testo costituzionale, respingendo tutte le iniziative finalizzate alla revisione; chi, con tono pessimistico e sfiduciato, ha considerato la Costituzione ormai svuotata da ripetute debolezze e cedimenti di una politica ormai degradata, poco radicata nelle coscienze, logorata ed erosa; o ancora chi ha inquadrato il testo costituzionale come un corpo estraneo, auspicando un mutamento costituzionale anche attraverso una nuova Assemblea Costituente.

Evidenti ragioni di sintesi impongono un generico richiamo all'elevato spessore etico, culturale e giuridico racchiuso nella parte introduttiva della Costituzione, in quei "principi fondamentali" la cui enunciazione costituisce la massima espressione di civiltà e tutela della Persona cui si potesse ambire. Particolare pregio, poi, va riconosciuto allo spirito innovativo sotteso a tali principi che segnano il passaggio dalla concezione "statalista" a quella "personalista" caratterizzata dal costante ed incessante impegno dello Stato nella tutela del cittadino e della persona in genere, rispetto ad epoche contrassegnate da smisurate forme di annientamento del cittadino e di accentramento del potere statale, in tutte le sue diverse conformazioni.

Particolare rilievo, inoltre, deve riconoscersi al ruolo di vero "protagonista" che l'Assemblea Costituente volle assegnare al Popolo italiano nel dettato normativo costituzionale, inaspettatamente – atteso il quadro appena richiamato – elevato al rango di Organo costituzionale e titolare di una sfera di sovranità che, secondo il dettato dell'art.1, da esercitare «*nelle forme e nei limiti indicati dalla stessa Costituzione*». È proprio il citato rinvio, operato tramite riserva di legge agli istituti di democrazia diretta, a rappresentare la prova tangibile dell'estensione dei poteri assegnati ai cittadini e dell'ampiezza della portata che il principio democratico as-

piena attuazione, però, si sostanzia solo nella rigorosa osservanza dei correlati doveri costituzionali». 5) SVTAM (Aeronautica Militare): «Il ruolo attribuito dalla Costituzione alle forze armate e le disposizioni relative ad esse necessitano di modifiche o permane ancora la loro validità nonostante i cambiamenti intervenuti sia a livello nazionale ed internazionale?»; «Il ruolo assegnato dalla Carta Costituzionale alle Forze armate è di basilare importanza in tutte le funzioni ivi riconosciute dalle singole previsioni normative. Le modifiche legislative non inficiano dette previsioni costituzionali, che ne rappresentano il fondamento giuridico; l'auspicio è che si possa raccordare la futura produzione normativa, salvaguardando il ruolo costituzionale e la funzione sociale che i Padri Costituenti vollero assegnare alle Forze armate».

sume, riassumendo in sé gli altri principi ed evidenziando il ruolo primario della collettività.

2. L'apparato normativo costituzionale si presenta come elevata espressione di straordinaria tecnica giuridica e si arricchisce, inoltre, collocandosi e sviluppandosi in un quadro in cui il diritto si incontra con la storia. La trattazione dei profili che rendono la nostra Costituzione un compendio di nobili valori non può prescindere dal richiamo all'art. 2 e al riconoscimento dei "diritti inviolabili" dell'uomo. L'aggettivazione di inviolabili, che caratterizza tali diritti, fu preferita a molte altre espressioni proposte in Assemblea Costituente, ponendosi come entità indisponibile per lo Stato, rappresentando un sicuro limite ad eventuali revisioni costituzionali che incidessero negativamente sui diritti dell'uomo. Nella previsione costituzionale dei diritti inviolabili come diritti da garantire, parimenti, tanto al singolo individualmente, quanto alle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, si coglie la profondità di un auspicio che il cittadino possa vivere nella società con coraggioso e costruttivo spirito di solidarietà politica, economica e sociale.

Il quadro di valori offerto dal successivo art.3, animato da spirito precettivo, ma al contempo programmatico, arricchisce di pregnante attualità la tutela del principio di eguaglianza, quale ampia garanzia di trattamenti eguali in situazioni eguali, completandosi e rafforzandosi nel secondo comma e in quel principio a carattere programmatico che impone alla Repubblica il compito di rendere effettiva la pari dignità sociale dei cittadini, per il tramite degli interventi di organizzazione politica, economica e sociale del Paese, idonei a rimuovere i fattori che impediscono la concreta realizzazione dell'eguaglianza e il pieno sviluppo della persona umana.

Di pregevole fattura, la parte dedicata ai "diritti e doveri" che si sostanzia nel riconoscimento e garanzia della titolarità di posizioni giuridiche attive e passive che, cittadini e Stato, possono reciprocamente rivendicarsi. Diritti di libertà individuali e collettive, tra cui la libertà personale, di domicilio, di circolazione e di soggiorno, di manifestazione del pensiero da un lato e la libertà di riunione, di associazione, libertà di religione dall'altro; diritti sociali, come il diritto alla salute, all'istruzione, al lavoro, alla libertà di iniziativa economica costituiscono, tutti, la massima espressione di solide garanzie socio–giuridiche e di indubbia civiltà, in uno con situazioni soggettive passive espressamente riconosciute, quali il dovere di difesa, di contribuzione alle spese pubbliche, di fedeltà alla Repubblica e di osservanza ai precetti costituzionali.

Infine, la parte conclusiva della Carta costituzionale, dedicata all'ordinamento statale e alla disciplina delle funzioni assegnate agli organi costituzionali, così complessa e articolata, protesa alla continua ricerca dello spirito di collaborazione tra gli organi, nel pieno rispetto delle proprie competenze e all'accennata esigenza

di preservare la centralità della persona e la sovranità popolare. Si tratta della parte della Costituzione oggetto di più frequenti modifiche sull'originario dettato normativo, secondo i parametri interpretativi indicati dalla Consulta tesi a preservare, dalla scure riformista, la parte introduttiva contrassegnata dagli articoli da 1 a 54.

Senza entrare nel dettaglio dei profili connessi ad ogni singola norma costituzionale le cui indicazioni valoriali sono ormai scolpite nel sentire comune, giova soffermare l'attenzione sulla scelta operata dai Padri costituenti di fare frequente ricorso, nel testo costituzionale, all'istituto della riserva di legge che contribuisce, tramite il rinvio alla legge, a conferire alla Costituzione un inarrestabile spirito innovativo. La scelta apparve coerente con l'intento di improntare l'apparato normativo ad uno spirito di apertura, di duttilità, non imponendo precetti dispotici o oppressivi, ma tendendo alla totale condivisione di un testo normativo "senza tempo" e arricchito dalla previsione di nobili valori. Si possono cogliere distinti aspetti che denotano la particolare utilità ed efficienza alla riserva di legge, ontologicamente correlata al principio di legalità: il fine garantistico, quello integrativo/supplementare rispetto ai precetti costituzionali e l'apporto, in termini di attualità, operato dal rinvio alle singole produzioni legislative[2].

La riserva di legge, com'è noto, ha anzitutto una funzione di garanzia, assicurando che in materie particolarmente delicate, le decisioni vengano prese dall'organo più rappresentativo del potere sovrano, cioè dal Parlamento, secondo il dettato previsto dall'articolo 70 Cost.; il riconoscimento, in via esclusiva, del primato della legge ordinaria in tali materie garantisce, quindi, il ricorso a strumenti di legislazione alternativi rispetto alla legge formale.

In secondo luogo ed in termini più pertinenti alla nostra disamina, si manifesta la funzione integrativa del quadro normativo costituzionale che si ottiene con l'istituto in esame, atteso che il rinvio alla legge determina, di fatto, un ampliamento del tessuto costituzionale che si arricchisce delle regole e dei principi contenuti in ogni provvedimento legislativo, sicché potremmo immaginare l'apparato normativo della Costituzione come una raccolta degli originari principi

2. Per consolidato orientamento, si suole distinguere diverse tipologie di riserva di legge tra cui quella "assoluta", attraverso la quale si impone esclusivamente alla legge di disciplinare una materia, con la conseguenza che le sole fonti secondarie ammissibili sono quelle di stretta esecuzione (si pensi, ad es., ai diritti di libertà, come la libertà personale di cui all'art. 13 Cost., la libertà di domicilio di cui all'art. 14 Cost.); quella "relativa", attraverso la quale norme costituzionali riservano alla legge la disciplina dei principi della materia e alle fonti secondarie spetterebbe la normativa attuativa e integrativa di essi (si pensi al disposto di cui agli artt. 23 e 97 Cost.) e la riserva di legge "rinforzata" nelle ipotesi in cui è la stessa disposizione costituzionale a predeterminare, in parte, il contenuto della stessa legge (si pensi a quella disciplinata dall'art. 16, co. 1, Cost.).

e degli ulteriori principi frutto dell'apporto esterno operato dal Legislatore dal 1948 ad oggi.

La prospettiva appena delineata, non appare in dissonanza con il criterio gerarchico e con il principio che assegna primato assoluto alle norme costituzionali nel quadro delle fonti del nostro ordinamento, considerato che l'integrazione operata dalla legge, infatti, opera in termini di efficacia e ha una portata, sia pur diversificata rispetto ai precetti costituzionali, comunque sempre armonizzata con gli stessi, perché a carattere "derivato". Il rinvio operato dalle singole disposizioni costituzionali, dunque, produce un ampliamento in termini di operatività e di attuazione del quadro normativo costituzionale, ponendo in discussione l'esigenza di porre necessariamente mano ad iniziative revisioniste.

Appare legittimo opinare che la ricerca di nuove previsioni normative, determinate dall'esigenza di disciplinare zone d'ombra o vuoti legislativi o ancora di rimodulare materie legislative, per ragioni legate alle più disparate e sopraggiunte esigenze per il nostro ordinamento, non debba necessariamente confluire nell'apparato costituzionale e assumere, di conseguenza, la configurazione di un progetto riformatore della Carta costituzionale. Ci si chiede se non sarebbe più auspicabile una preliminare e approfondita opera di rivisitazione e riordino dell'imponente mole di produzione legislativa vigente, unitamente ad un più accurato lavoro di reinterpretazione del dettato costituzionale, già supportato dal costante lavoro di supplemento della Consulta, prima di orientare tempo ed energie su nuove leggi di revisione costituzionale. In breve, si è così certi che un'attenta rilettura dei precetti costituzionali, anche indirizzata da criteri di sistematicità, non sia già di per sé sufficiente ed esaustivamente dirimente nel lavoro di ricerca di principi costituzionali già inseriti nella Carta costituzionale ed esaurientemente atti ad indirizzare nuove produzioni normative? Altrettanta certezza si può avere che i verbali dell'Assemblea costituente non costituiscano una valida fonte esplicativa del disegno costituzionale, sia in termini di pregnante garanzia di effettività dei suoi precetti, sia in termini di compiutezza e totalità della portata applicativa degli stessi?

Ultimo profilo di caratterizzazione della riserva di legge, afferisce alla capacità della stessa, sia pur indirettamente, di riflettere i suoi effetti di evidente attualità, connaturata in ogni novella legislativa, in favore della Carta costituzionale. Gli effetti estensivi di ogni singola produzione normativa, originata dal rinvio alla legge operato dalle disposizioni costituzionali costituiscono, infatti, infinita fonte di attualità per la nostra Costituzione la quale, riservando alla legge la disciplina di alcune (tra le più delicate e complesse) materie, con efficacia assimilabile alla proprietà "transitiva", aggiorna in via evolutiva i suoi precetti e prende nuova configurazione non solo in chiave interpretativa, ma anche, sia pur indirettamente, con portata precettiva. Sicché, non appare ardito sostenere che,

ogni provvedimento legislativo emanato su "sollecitazione" operata dalle norme costituzionali, va a collocarsi in un compendio di regole e principi che diventano complementari con il dettato costituzionale e gli effetti che esso produce, portano un vento di novità e attualità alla Costituzione, in linea con le esigenze di "aggiornamento" che l'ordinamento, in ossequio alle distinte fasi della Repubblica, volta per volta richiede.

È pur vero che si tratti, nel caso di specie, di una sorta di "beneficio" indiretto per le disposizioni costituzionali, ma è altrettanto vero che è proprio nella natura dell'istituto della riserva di legge la facoltà dispositiva di rinvio ad altri provvedimenti legislativi per integrare il precetto normativo originario (la norma costituzionale), con la conseguenza che, la nuova produzione legislativa, diventi poi parte integrante e complementare allo stesso precetto. Non è pertanto revocabile in dubbio che la portata estensiva della disciplina normativa oggetto di riserva e, consequenziale rinvio, estenda i propri effetti in favore della Costituzione, sia in termini di potenziale utilità e proficuità, sia in relazione all'attualità dei principi oggetto di ogni singola novella legislativa, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla correlata esigenza di procedere con una revisione costituzionale.

3. Tra i rilievi introduttivi al precedente paragrafo si è fatto cenno alla particolare struttura della nostra Carta costituzionale, con particolare riguardo al quadro valoriale espresso dai principi fondamentali, dai diritti e dai doveri dei cittadini. L'analisi interpretativa formulata, al di là del dato letterale contenuto nelle richiamate norme, consente di individuare la sussistenza di solidi profili di tutela atti ad estendere la propria portata applicativa a nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela, così da ritenere per lo meno discutibile l'assunto secondo cui la Costituzione presenti a tutt'oggi alcuni vuoti da colmare necessariamente. Si pensi alla categoria dei "nuovi diritti" intesi come un insieme di diritti soggettivi e collettivi che, nel corso degli ultimi decenni, hanno ottenuto, sia pur in forme diverse, un effettivo riconoscimento giuridico, sino a esigere la parificazione rispetto ai diritti fondamentali. Si è parlato di tutela del *diritto alla pace internazionale*, allo *sviluppo economico* e alla *qualità della vita*, così come del diritto ad un *ambiente salubre e protetto*, alla *libertà informatica*, alla tutela *dei consumatori*, ossia di situazioni tutte meritevoli, per il loro rilievo, di essere prese in considerazione e valutate come nuclei generatori di nuovi diritti.

Particolare attenzione, ad esempio, è stato legittimamente posta sull'accennato "diritto a vivere in un ambiente salubre", tema di particolare complessità, poliedricità e di sicura preminenza. Com'è noto, si tratta di una ferita sempre aperta ed esposta a conseguenze estremamente nocive per l'essere umano, in ordine alla quale sono scaturite svariate iniziative tese al rafforzamento della tutela dell'am-

biente, nella consapevolezza della scarna previsione normativa costituzionale[3]. Si pensi alla riforma del titolo V° della Costituzione, avvenuta con l'adozione della Legge costituzionale n.3 del 2001, che dopo molti anni di dibattiti e di proposte, tra le molte criticità, consentì l'inserimento, nel nuovo art. 117 Cost., della parola *ambiente*. Tramite un'opera atta a ridisegnare l'elenco delle materie assegnate a "titolo esclusivo" dal legislatore alla competenza dello Stato, nell'elenco di cui al comma 2 del citato articolo, furono inserite nuove previsioni afferenti alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, mentre a titolo di *potestà concorrente* alle Regioni venivano assegnati compiti legislativi tesi alla valorizzazione dei beni ambientali e culturali.

La revisione costituzionale operata tramite l'inserimento della materia ambientale, tanto nella legislazione esclusiva statale, quanto in quella concorrente/ripartita tra Stato e Regioni, ha senza dubbio rafforzato lo *status* costituzionale, partendo già dal dato unanime del riconoscimento che l'ambiente costituisse, nel nostro ordinamento, un "valore costituzionale". Tale giudizio, diffusamente attribuito in via interpretativa attraverso la lettura sistematica del combinato disposto di vari articoli (fra cui gli artt. 2, 3, 9, 32, 41, 42 Cost.), era stato arricchito da numerose pronunce rese dalla Corte Costituzionale che avevano offerto una qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale riconoscendo, al bene ambientale, un valore primario, assoluto e unitario, non suscettibile di essere subordinato ad altri interessi, ossia un bene fondamentale garantito e protetto, da salvaguardare nella sua interezza.

Negli ultimi anni si sono susseguite altre proposte di riforma costituzionale, in prevalenza orientate verso la modifica sostanziale dell'art. 9 della Costituzione, unitamente a proposte referendarie in tema di ambiente, ma nessuna di esse è riuscita a sortire gli effetti auspicati, sicché permane il suindicato quadro costituzionale, corroborato dall'ampio apporto giurisprudenziale della Consulta. Il sintetico richiamo ad una delle questioni più dibattute circa l'esigenza di dover porre mano alla revisione costituzionale, si manifesta, a titolo esemplificativo, perfettamente idoneo ad inquadrarne i correlati profili di analisi.

Il profilo che si intende sottoporre a disamina per una doverosa valutazione è

3. Notevole attenzione è stata attribuita alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, basti pensare alla quantità di tavole rotonde, convegni e proposte di legge (anche di revisione costituzionale) che hanno caratterizzato gli ultimi anni. Considerato l'indubbio interesse per la tematica e gli svariati profili che ne risultano coinvolti, proprio di recente (9–11 luglio 2018) l'Associazione "ELSA Taranto" e l'Associazione studentesca "Giuristi ed Economisti Jonici" hanno organizzato, presso il Dipartimento Jonico di Taranto, un *Summer Course*, consistito in una tre giorni di approfondimento sulla tematica dello "*Sviluppo sostenibile ed economia circolare*", coinvolgendo docenti di svariate discipline, esperti, e dirigenti dei settori della P.A. direttamente coinvolti nel complesso quadro di strategie di tutela dell'ambiente.

quello correlato alla effettiva "necessarietà" e "proficuità" del ricorso alla revisione costituzionale nelle svariate ipotesi in cui è stata evidenziata, nell'indice di gravità e urgenza, l'assenza di una previsione normativa costituzionale in determinate materie e situazioni giuridiche. La riflessione scaturisce dal dubbio se, effettivamente, la riforma della Carta costituzionale rappresenti l'unico rimedio alle singole esigenze di rafforzamento o, in ipotesi meno frequenti, di previsione di nuove discipline normative, ove sia stato ravvisato un vuoto legislativo nel sistema ordinamentale.

L'accennato quadro afferente ai "nuovi diritti", categoria giuridica che ha trovato un graduale ed effettivo inquadramento e nel cui ambito può collocarsi la richiamata tutela dell'ambiente, può essere utile a fornire già una prima chiave di lettura, se si considera che non si è ritenuto, per ciascuno di essi, di porre mano alla procedura prevista dall'art. 138 Cost., ma si sono succeduti, nel tempo, svariati interventi del Legislatore, del Governo e della Corte Costituzionale e riletture in chiave estensiva e sistematica della Carta costituzionale.

Quanto alla produzione legislativa che ha innovato il nostro ordinamento, essa non può definirsi di certo limitata, forse troppo farraginosa e poco coordinata nelle singole novelle legislative, ma un dato è certo, ossia che il Legislatore non ha lesinato di intervenire e laddove ha ravvisato vuoti o esigenze di riforma, lo ha fatto sistematicamente con prontezza ed efficienza. Parimenti, con la stessa incisività e costanza, si è sviluppata la produzione normativa del Governo, per sua natura meno garante del principio di democraticità e rappresentatività ed espressione di un'attività dettata da criteri di necessità ed urgenza, più di scelte legislative ponderate e dibattute seguendo l'*iter legis*.

L'intervento offerto dalla Consulta in questi decenni, inoltre, ha rappresentato un validissimo supporto in termini di integrazione para–legislativa, di chiarificazione e reinterpretazione dei precetti costituzionali e di aggiornamento e rilettura in chiave di maggiore attualità degli stessi. Particolare pregio ha assunto l'opera della Corte proprio nell'attività interpretativa dei nuovi diritti, nel complesso lavoro teso al contemperamento e al bilanciamento di diritti ed interessi costituzionalmente riconosciuti e tutelati, sempre nell'intento di proteggere, in via prioritaria, la posizione giuridica della persona umana, la dignità e la centralità dell'uomo[4].

Il quadro solo sinteticamente riportato, induce a riflettere sull'effettiva esigenza di ricorrere necessariamente all'iniziativa riformista finalizzata alla modifica

4. Con la sentenza n.1 del 5/14 giugno 1956 (tra i difensori delle parti processuali che parteciparono al giudizio in quell'occasione vi erano giuristi come Costantino Mortati, Massimo Severo Giannini, Vezio Crisafulli, Giuliano Vassalli e Piero Calamandrei) si ebbe l'affermazione del principio secondo cui la Corte affermava la propria competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, anche se anteriori alla entrata in vigore della Costituzione, oltre alla decisione di non lasciare zone franche, sottratte al controllo di costituzionalità.

della struttura del testo costituzionale. È pur vero che disciplinare una situazione giuridica attribuendole il rango di norma costituzionale o inserire un principio incidentalmente a quelli già sanciti dalla Carta costituzionale significa attribuire il più elevato livello di tutela e di potenziale effettività, ma è pur vero che non sempre l'intervento produce gli effetti auspicati, in termini di operatività del principio, di necessaria armonia con gli altri principi costituzionali e di maggiore e concreta attualità rispetto alla disciplina già in vigore. Anche nelle rarissime ipotesi – qualora sussistessero – di tematiche che nel nostro ordinamento non siano state oggetto di alcun approfondimento, rimanendo prive di adeguata previsione normativa, non si basa su termini di assoluta certezza l'assunto che debba essere la modifica dell'apparato costituzionale quella più indicata per sopperire alla carenza o al vuoto normativo.

Effettuando una disamina di carattere "statistico" sulle riforme costituzionali che si sono susseguite in questi settant'anni di "reggenza" della Costituzione repubblicana, fatte salve quelle originate, in termini di necessarietà, da pregresse modifiche legislative che ne avevano precedentemente disapplicato di fatto, la portata applicativa, il "bilancio consuntivo" che può essere rappresentato non appare del tutto convincente[5]; si pensi alla riforma del titolo V° della Costituzione che ha comportato notevoli problematicità attuative, oltre ad innumerevoli giudizi portati al vaglio della Consulta e inopinati progetti tesi al ripristino di una parte del testo previgente, nel tentativo infinito di conferire, nel riparto della potestà legislativa, un giusto equilibrio tra lo Stato e le Regioni[6].

Un dato è certo: la Carta costituzionale, proprio per la funzione che è chiamata a ricoprire nel nostro ordinamento e di cui si è accennato in premessa, non dovrà mai divenire un groviglio di principi senza un comune denominatore, o essere destinataria delle più disparate iniziative riformiste, talvolta di matrice governativa, spesso prive di una necessaria armonia con i principi costituzionali. Proprio quell'armonia che risulta vitale per consentire di interpretare la nostra Carta costituzionale facendo ricorso al criterio della "sistematicità", tante volte invocato da parte della

5. Si pensi alla modifica dell'art. 51 della Costituzione finalizzata al rafforzamento delle "pari opportunità" fra uomini e donne (legge costituzionale n.1 del 13/15 gennaio 2003), o alla successiva modifica dell'art. 27 per l'eliminazione della pena di morte, anche in riferimento alle leggi militari di guerra (legge costituzionale n.1 datata 8/19 gennaio 2007).

6. Tra i numerosi tentativi di riforma falliti annotiamo: le riforme Bozzi (1985) e Letta (2013) che non furono nemmeno approvate; le leggi di riforma De Mita – Iotti (1993) e D'Alema (1997), che furono approvate ma, avendo un contenuto meramente organizzative, non ebbero un seguito normativo; le riforme Berlusconi (2006) e Renzi–Boschi (2016) che furono respinte in sede referendaria. Il dato che ne consegue, sembrerebbe confermare la repulsione del nostro sistema costituzionale alle "mega–riforme" e l'apertura alle semplici iniziative di revisione.

dottrina costituzionalistica per risolvere l'apparente carenza, solo letterale, dei valori radicati nella essenza della persona umana, primo fra tutti il "diritto alla vita".

Il quadro di sintesi che si è cercato di mettere in evidenza, pone forti dubbi sull'opportunità e proficuità dell'esasperata ricerca della revisione costituzionale come criterio idoneo a rinvigorire e rinverdire i principi espressi dalla Carta costituzionale che non appaiono, per le ragioni anzidette, pregni di una struttura e un'efficienza "statica", ma che si caratterizzano per un'evidente "dinamicità" e innovatività nella loro parte attuativa e direttamente correlata ai profili di effettività. In tal senso, l'accennata e instancabile opera di reinterpretazione dei valori costituzionali offerta dai Giudici della Consulta, fornisce un notevole apporto in termini di aggiornamento e di incremento del nucleo di principi, limitandosi ad interpretare gli stessi in un'ottica sistematica, evolutiva e conforme al disegno dell'Assemblea Costituente, in ogni profilo indirizzato verso la primarietà e centralità della persona umana.

Spunti conclusivi impongono una necessaria precisazione e un accorato auspicio. Anzitutto, appare doveroso chiarire che quanto appena riportato in ordine alle iniziative di modifica dell'apparato normativo costituzionale non va interpretato in termini di totale avversità allo strumento riformista, atteso che la stessa previsione di cui all'art.138 Cost. disciplina il ricorso alla revisione costituzionale come assolutamente esperibile e pienamente legittimo (sia pur nei ben noti limiti impliciti ed espliciti che investono le disposizioni costituzionali). Altrettanto doveroso, però, si pone l'auspicio che in futuro l'approccio al procedimento di revisione costituzionale sia caratterizzato da un preliminare vaglio, estremamente rigoroso, finalizzato alla verifica dell'effettiva esigenza di apporre modifiche al testo costituzionale. Un controllo che dovrà essere caratterizzato da non pochi requisiti tra cui, l'assoluta necessarietà della riforma, una severa e minuziosa analisi prognostica sugli effetti connessi alla sua fase attuativa e alla capacità di concreto recepimento dei suoi nuovi precetti per tutto l'ordinamento, l'omogeneità e uniformità rispetto a tutto il vigente apparato normativo costituzionale e, ultima ma non meno rilevante, la carica di pregnante ed effettiva innovatività che possa giustificare la modifica dei parametri costituzionali, in termini di evidente attualità della Carta costituzionale e maggior conformità ai fattori di evoluzione del nostro ordinamento e della nostra società.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A.A.V.V., (2013). I Costituzionalisti e le riforme (Seminario A.I.C., Roma 28 giugno 2013) in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*

A.A.V.V. (2009). La Costituzione ieri e oggi (*atti del convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Roma, 9 e 10 gennaio 2008*), p.1 ss.

Amato, G. (2016). L'elasticità delle costituzioni rigide*. Nomos: le attualità del diritto,* 1–2016.

Baldassarre A. (1979). Il Parlamento come soggetto di indirizzo e di controllo politico, in: *Attualità e attuazione della Costituzione.* Bari: Laterza, p. 16 ss.

Baldassarre A. (2016). Una revisione della costituzione squilibrata che rischia di svuotare tutti i controlli. *Lo Stato: rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 4, n. 6, p.301 ss.

Barbera A. (1992). Una retrospettiva sulla Commissione Bozzi e il nuovo percorso delle riforme tra plebiscito e referendum, in "*Scritti in onore di Aldo Bozzi*". Padova: Cedam, p.1 ss.

Barbera A. (2008). I principi costituzionali da salvaguardare e le istituzioni da riformare, in "*I 60 anni della Costituzione italiana – Le radici e le prospettive",* Forlì 21–22 novembre 2008, p.88 ss.

Barbera A., Cammelli M., Pombeni P. (1999). *L'apprendimento della Costituzione: 1947–1957*. Milano: Angeli.

Caravita di Toritto B. (2018). 70 anni di Costituzione italiana, 60 anni di Unione Europea: i nodi del 2018. *Federalismi.it.*, n.1 editoriale del 03.01.2018.

Cervati A.A. (1997). La revisione costituzionale*,* in *"Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*" Roma: Istituto della enciclopedia italiana, p.89 ss.

Fois S. (1963). *La riserva di legge": lineamenti storici e problemi attuali*. Milano: Giuffré.

Lanchester F. (2013). Non ci sono "zone franche" nel Stato di diritto costituzionale. *Nomos: le attualità nel diritto,* 1–2013.

Lanchester F. (2017). *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*. Padova: CEDAM.

Grassi S. (2017). La Costituzione siamo noi. *Nomos: le attualità nel diritto*, 1–2017.

Morrone A. (2008). Voce "Bilanciamento" (giustizia costituzionale). *Enc. dir*., Annali, II, tomo II, Milano: Giuffré, p. 185 ss.

Morrone A. (2016). *Trasformazioni costituzionali. Un altro modo di leggere il processo delle riforme in Italia*. Torino: Giappichelli.

Pace A. (2016). I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo. *Nomos: le attualità nel diritto*, n. 1–2017.

Pizzetti F. (2003). Attuazione del progetto costituzionale e nuovo ruolo del legislatore statale e dei legislatori regionali, in: "*L'ordinamento costituzionale italiano fra riforme da attuare e riforme da completare*" Torino: Giappichelli, p.113 ss.

Romboli R. (2008). Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi. *Foro it.*, 123, n.5, 1, p.1422 ss.

Romboli R. (2016). Le riforme e la funzione legislativa. *Rivista A.I.C.*, n. 3, p.1 ss.

Siclari M. (2013). *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*. (Atti del Seminario 11 luglio 2013), Roma: Aracne.

GAETANO QUAGLIARIELLO

PIERO LACAITA, L'EDITORE IDEALE. IL LIBRO COME VIAGGIO: DAL PAESE AL MONDO*

Piero Lacaita è stato il mio primo editore. Fu lui ad accettare di pubblicarmi un volume su studenti e politica, frutto di una lunga rielaborazione della mia tesi di laurea. Sulle sue tracce mi aveva messo il mio compianto maestro Paolo Ungari: «Essendo pugliese, seppure d'adozione – mi disse –, non puoi che iniziare da Lacaita. Poi seguiranno altri editori».

Così mi feci coraggio e lo chiamai al telefono. Avevo allora ventiquattro anni e una certa dose di timore reverenziale. Lui mi trattò con cortesia antica, mi disse che pochi giorni più tardi sarebbe stato all'università di Bari per un convegno e pochi giorni dopo mi richiamò per darmi l'indicazione dell'aula universitaria dove l'evento si sarebbe svolto. Mi raccomandò di non dimenticare di portare con me il manoscritto.

Quando l'incontro si concretizzò, il timore reverenziale si accrebbe. Conservo dentro di me un'immagine nitidissima di quel momento. Piero mi apparve maestoso, col sigaro nell'angolo destro della bocca e nella mano il bastone al quale sembrava appoggiasse il peso di tutta la cultura racchiusa nel suo catalogo. Scambiammo poche frasi e lui si riservò, una volta visto il testo, di prendere una decisione in tempi rapidi.

Furono giorni d'attesa fin quando, un pomeriggio, squillò il telefono di casa mia. Dall'altra parte del filo udii la sua voce baritonale che mi comunicava che il libro aveva superato l'esame e mi invitava a Manduria, nella sua abitazione, per discutere i particolari legati alla pubblicazione. Furono questi i prodromi di una lunga collaborazione e di una lunga amicizia.

Dal quel giorno, non so quante volte ho percorso la strada che da Bari conduce a Manduria per raggiungere Piero. Attraversavo Taranto e i suoi paesaggi bellissimi e vilipesi. Di tanto in tanto il cammino dischiudeva scorci nei quali la meraviglia dei due mari si confondeva con parchi abortiti e quartieri dormitorio. Lasciatami

* "Il libro come viaggio: dal paese al mondo" in commemorazione dell'editore Pietro Lacaita – Conferenza tenutasi presso la Sala della Provincia di Taranto il 25 maggio 2018.

alle spalle la città, proseguivo per paesi che, in forme e modi diversi, continuavano a proporre alla vista, imperterriti, la contaminazione tra il bello e lo sfregio.

Questa sensazione si prolungava fino alla soglia della casa di Piero dove, come per incanto, tutto si ricomponeva in una ritrovata armonia: bei mobili, per lo più del Cinquecento toscano; quadri di pregio, pezzi indimenticabili di ceramica pugliese e una grande cucina con camino annesso. La casa editrice era il suo studio. Essenziale: una libreria, una piccola scrivania corredata di telefono e fax, un tavolo sul quale s'incartavano i pacchi dei libri pronti per essere spediti.

In quella casa si respirava l'aria del piccolo mondo antico nel quale il libro – l'oggetto magico in cui si trasfondevano l'amore, l'eleganza interiore e il gusto di Piero – stabiliva un segreto contatto tra interno ed esterno. Piero me lo ha ripetuto tante volte: «L'editoria non mi ha fatto ricco. Ma questo mestiere mi ha consentito di restare a Manduria e, nonostante ciò, di comunicare con il mondo». Un programma di vita, dunque: non staccarsi dalla sua terra con comodità annesse e, al contempo, evadere altrove; dilatare i confini del mondo antico senza smarrirne l'incontaminata armonia.

All'inizio fu una tipografia, arte di famiglia. E il gusto per la stampa, l'accuratezza del carattere, la ricerca paziente della giustezza a Piero sono rimasti nel sangue. Anche dopo che il computer ha definitivamente spedito in soffitta i piombi e il mistero della loro composizione.

A questo mestiere originario, che a lungo portò avanti su un binario parallelo conquistando il margine economico per le prime edizioni, Piero aggiunse una autentica vocazione culturale e una non comune passione civile. E dal precipitato di questi elementi nacque la "Piero Lacaita editore".

Riapriamo il catalogo storico. Vi si trovano, agli inizi, i libri e le riviste di Gabriele Pepe, l'Italia Civile di Norberto Bobbio, il Salvemini di Lelio Basso. In aggiunta, testi di obbedienza meridionalista che attestano un'appartenenza e insieme una voglia di riscatto, a volte velleitaria ma sempre autentica.

Piero fu un laico impregnato di socialismo umanitario alla ricerca di una riforma che potesse concedere più rigore alla vita municipale, al vivere civile, al sentimento religioso. La sua fu più una vocazione mentale che una fede politica e forse per questo si può dire oggi, in una considerazione d'insieme del suo percorso, che l'impronta originaria non sia mai venuta meno.

Al principio, dunque, in quel dopoguerra ricco di speranze e di voglia di ricostruire, la cifra politica della casa editrice Lacaita fu quella di una tessera del mosaico che componeva quell'Italia di minoranza che non accettò di intrupparsi nei ranghi del "bipartitismo imperfetto" che si andava edificando intorno alla Democrazia Cristiana e al Partito Comunista e, per questo, rifuggiva anche la scelta frontista dell'allora dirigenza socialista.

Questa posizione, certamente non facile da "reggere", era suffragata da tre riferimenti che si stagliavano sopra ogni altro. Sul versante culturale il Croce che aveva tenuto alto il vessillo della cultura liberale negli anni bui del Ventennio. Su quello più propriamente politico il Salvemini socialista, che aveva rotto col frontismo cercando vie autonome senza mai dismettere, però, il rapporto con quell'umanesimo che l'originaria fede aveva alimentato. Infine, in un ambito che si potrebbe definire "mitico comportamentale", il Gobetti editore ideale che trova nel libro l'arma per opporsi al tiranno nonché un'uscita di sicurezza sospesa tra realtà e illusione.

Non si tratta di riferimenti coerenti. Non è certo un mistero che tra Croce e Salvemini non sempre sia corso buon sangue. Meno noto, ma ormai scandagliato in profondità dalla storiografia, il rapporto tra Salvemini e i suoi allievi della generazione più giovane che si erano abbeverati alla fonte del suo originario anti–giolittismo: il "maestro" non mancò certo di criticare gli eccessi d'intransigenza di Gobetti e degli altri suoi giovani seguaci.

Per quanto Norberto Bobbio, in una conferenza tenuta a Manduria nel 1961 – il cui testo ancora inedito conservo gelosamente tra le carte donatemi da Piero –, cercasse di costruire una qualche forma di armonia tra i tre "maggiori", non sarebbe, dunque, affatto difficile mettere a nudo contraddizioni e aporie fra le loro elaborazioni ideali e, ancor più, nel precipitato delle rispettive iniziative politiche.

Per quel che concerne Piero Lacaita si tratterebbe, tuttavia, di un esercizio fine a se stesso. Una casa editrice, infatti, non è un partito politico. E pure a voler forzare il discorso per giungere impropriamente a fissare un'appartenenza politico–culturale, va considerato che i primi autori di Lacaita Editore – da Tommaso Fiore a Luigi Russo, da Aldo Capitini a Riccardo Bauer fino allo stesso Norberto Bobbio – possono per lo più collocarsi in quella nebulosa conosciuta sotto il nome di "azionismo". Il che spinge, una volta di più, a un necessario approfondimento su questa categoria e sulle interpretazioni storiografiche che intorno ad essa sono fiorite.

Si può certamente convenire sul fatto che nelle analisi di quanti collocavano la loro azione politico–culturale nella scia del Partito d'Azione ormai sconfitto è sovente rinvenibile un'esigenza di intransigenza intellettuale che portava a deprezzare il necessario compromesso politico e, per questo, a non considerare come il processo di modernizzazione del Paese potesse prendere anche vie differenti da quelle dell'opposizione politica e alla politica. È tuttavia altrettanto vero che quel mondo fornì energie non solo intellettuali e coraggio a un ambiente meridionale non chiuso in sé stesso ma vivo e curioso, convinto che non servisse aspettare dal di fuori la parola salvifica ma che fosse possibile, seppure con mezzi limitati, darsi una dimensione di operatività culturale in grado di smentire il mito dell'Italia contadina immobile, prona al potere, portatrice di valori astorici. La storia di Lacaita Editore è testimonianza preclara di tutto ciò. Per rendersene conto, basterà scorre-

re l'elenco di alcuni tra i più assidui recensori dei libri prodotti dalla casa editrice nei suoi primi decenni di vita: Giuseppe Petronio, Francesco Compagna, Gaetano Arfè, Aldo Garosci, Leo Valiani, Alessandro Galante Garrone, Giuseppe Galasso, Mario Sansone. E tanti altri se ne potrebbero citare.

Senza dubbio, a una lettura retrospettiva, il catalogo dei primi due decenni appare più culturalmente elevato e coerente. È questo un segno distintivo di ogni intrapresa editoriale agli esordi, quando il novero dei titoli è limitato così come sono limitati gli autori di riferimento. Nel caso di Piero Lacaita editore, però, c'è anche dell'altro. C'è la curiosità per quanto di nuovo produce la società e da lì si trasferisce alla politica. E c'è, ancor di più, la voglia di non smarrire il contatto con la propria terra, di essere specchio delle sue sfide culturali, di servire quel fermento che viene dal basso senza indulgere troppo nella considerazione di un valore culturale astratto.

Alla prima tendenza vanno ascritte sia l'attenzione verso il movimento federalista e le idee di Altiero Spinelli (dalla collana diretta da Chiti–Battelli emerge la voglia e la ricerca di una sorta d'ideologia di sostituzione che rimpiazzasse l'originario azionismo ormai sconfitto) sia, in seguito, la disponibilità nei confronti delle teorie e delle idee che, a cavallo tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta, fecero da propulsore ai movimenti studenteschi e videro emergere una nuova sinistra, accanto a quella storica. Lacaita, in tal senso, fu interprete delle posizioni più ideologiche della cosiddetta "nuova sinistra", contribuendo ad esempio a introdurre nel nostro Paese le idee di Marcuse, ma fu anche interlocutore attento dell'anima libertaria del movimento, traducendo in intrapresa editoriale il patrimonio ideale di battaglie come il divorzio, l'obiezione di coscienza, la nonviolenza, l'informazione e l'educazione sessuale.

Alla dedizione costante nei confronti della propria terra, invece, va ricondotto il rapporto che col tempo si fa sempre più profondo con le università pugliesi: quella di Bari e ancor più quella di Lecce, al punto che in alcune fasi le edizioni Lacaita sembrano quasi una sorta di University Press al servizio delle facoltà umanistiche dell'ateneo salentino; attitudine, questa, che ha consentito a tanti giovani ricercatori di pubblicare e di proseguire negli studi senza bisogno di cambiare vocazione o, peggio, di cambiare Paese. Questa stessa propensione al servizio verso la propria terra, d'altro canto, lo porta a intercettare iniziative e collane significative nel panorama della cultura non solo pugliese, come quella di studi storici animata dai fratelli Antonio e Gianni Donno.

A una considerazione obiettiva di molti titoli che, nel secondo ventennio di vita della casa editrice, giungono a riempire il catalogo, qualche purista potrebbe essere portato ad arricciare il naso e a rilevare una pericolosa fuga verso il "sociologhese". Si tratterebbe, però, di dare sfogo a un riflesso tanto elitario quanto astorico.

Va rilevato innanzi tutto che, com'è normale che sia, una casa editrice in grado di superare la non scontata fase degli esordi, inevitabilmente s'impregna di contraddizioni e comunica con le mode, che spesso sono per loro natura effimere. Anche Lacaita editore rispettò questa regola rinunziando, grazie al cielo, a farsi distaccata accademia e prodotto museale.

In tal senso, non si può certo sorvolare sul fatto che, a partire dalla metà degli anni Sessanta, è la società italiana ad accelerare e questo suo "movimento" trasferisce alla politica stimoli, ansie, voglia di cambiamenti, che inevitabilmente contraddicono il quadro ideologicamente ordinato degli esordi entrando in contatto con contesti più mossi e meno coerenti. Per una casa editrice non perdere di vista questo sommovimento è un obbligo. E Piero Lacaita lo assolse, pagando anch'egli alla voglia di comprendere cosa stesse accadendo nel mondo un prezzo in termini di conformismo e persino, si potrebbe dire usando una terminologia attuale, di "politicamente corretto". Piero Lacaita lo fece, però, in modo molto meno invasivo e culturalmente sano rispetto a case editrici "maggiori", spinte ad assecondare, assai più che una sana curiosità intellettuale, l'affermarsi di vere e proprie egemonie.

Oltre il contingente e il tentativo di farsi interlocutore dei fermenti culturali di una terra troppo a lungo immobile, a una lettura più profonda del percorso che il catalogo propone esso, infatti, si configura come una sorta di "eterno ritorno" ricercato, ad esempio, attraverso il rapporto con Giovanni Spadolini negli anni nei quali era presidente del Senato, nei temi e nei testi privilegiati in occasione delle celebrazioni del quarantennale, nella antologizzazione di intellettuali come Leonardo Sciascia, nella caparbia adozione della collana di scritti meridionalistici dell'ANIMI.

Lungo un filone parallelo, non meno rilevante nella storia della casa editrice, alla coerenza di fondo va ascritta l'attenzione costante verso la poesia meridionale e l'interlocuzione sistematica che la Lacaita assicurò ai poeti della nostra terra, sulle orme di Bodini e Scotellaro. Di questa attenzione, oltre a tanti volumi spesso risultati vincitori di premi importanti (per tutti, varrà ricordare Le vie della sete di Carlo Francavilla, aggiudicatario del premio Viareggio del 1977), resta una testimonianza alta e nitida nei due volumi antologici consacrati alla poesia meridionale dal titolo evocativo, Oltre Eboli.

Visti in questa luce, i settant'anni durante i quali Piero animò la sua casa editrice appaiono come un miracolo prodotto dal combinarsi di chiarezza di princìpi, caparbia dedizione all'intrapresa originaria, disinteressata volontà di comprendere il nuovo e di non cedere alle comodità dell'immobilismo che, pure, la provincia gli avrebbe potuto consigliare. Per Piero fare libri è stato davvero il modo per creare un contatto costante tra la sua terra e il mondo, per animare un'avventura straordinaria durata tutta una vita. Per questo le Edizioni Lacaita non avrebbero avuto senso

se non a Manduria. Per questo ogni tentativo di vendere la casa editrice per farla più bella e più grande è abortito anche quando era mosso dalle migliori intenzioni. Quella intrapresa, a suo modo unica, non aveva senso se sradicata dal contesto e dalla condizione umana che l'avevano generata.

Lasciatemi concludere con una nota "strettamente personale". Sono grato a Piero di avermi reso parte e, in qualche fase, interlocutore privilegiato della sua avventura. Ho un ricordo nitido dei nostri incontri di lavoro non meno che dei colloqui più privati ai quali spesso prendeva parte la moglie Ada, portando nei nostri dialoghi una nota critica e mai compiacente.

Così come ricordo perfettamente le telefonate con le quali, fin dopo l'inizio del mio mandato parlamentare, s'informava della situazione politica con una acribia che tradiva la volontà di comprendere il nuovo, esortandomi nel contempo a non smarrire il filo che può condurre a un'Italia più moderna, più rispettosa e, si potrebbe dire al netto della spocchia, persino più civile.

Negli ultimi anni, in particolare dopo la morte di mio padre, quei colloqui si sono prima diradati e poi interrotti. La conversazione si affievoliva e a un certo punto ho preferito rinviare a un incontro a Manduria l'opportunità di ritrovare Piero e il suo mondo antico. Il tempo non me l'ha consentito, ed era prevedibile. In fondo è stata una vigliaccheria. Nella vita si perdono tante cose care ma ciò che è più difficile è accettare che l'armonia di un bel ricordo sia corrotta dal trascorrere del tempo. Il cuore non ce la fa. Poi resta un'assenza e un senso di colpa che il trascorrere di altro tempo qualche volta trasfigura in ricordo e nostalgia struggente.

EMANUELE STOLFI

SUCCESSIONI A CAUSA DI MORTE E TRADIZIONE CIVILISTICA. UNO SCENARIO PRE-MODERNO*

1. *Un primo inquadramento: prossimità delle regole e distanza dei contesti*

Credo sia doveroso, innanzi tutto, giustificare la scelta dell'argomento su cui ho deciso di concentrarmi, e la peculiare prospettiva da cui esso verrà affrontato. Ho optato, fra i vari temi privatistici, per uno che si presta, di per sé, a essere letto all'insegna di una forte continuità storica. Chi oggi studi le disposizioni del codice civile in materia di successioni a causa di morte non stenta ad avvedersi della forte vicinanza con principi, regole e direttive ermeneutiche messe a punto dall'antica *scientia iuris* (con l'apporto, rilevante ma nel complesso più limitato, di editti magistratuali, leggi e senatoconsulti). Noti trattati degli odierni civilisti (penso ad esempio a quello di Massimo Bianca) contengono riferimenti a passi del Digesto in misura non molto inferiore alle citazioni degli articoli del nostro codice – laddove niente di simile potrebbe riscontrarsi in materia di diritto delle persone e di famiglia, o anche delle obbligazioni e dei contratti (al di là, ovviamente, della riproposizione di categorie d'insieme anch'esse risalenti all'antica Roma: a cominciare dalla nozione stessa di *obligatio* e *contractus*).

* Si tratta del testo della lezione da me tenuta – nell'ambito del corso di *Istituzioni di diritto romano* del Prof. Aurelio Arnese – a Taranto il 12 maggio 2017, presso la sede del Dipartimento Jonico "Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture". Desidero esprimere la massima gratitudine all'amico Aurelio e al Dott. Alessandro Tedesco: al primo per il graditissimo invito, divenuto frattanto piacevolmente abituale; al secondo per aver curato la trascrizione del mio intervento. Nel rivederne la stesura, ai fini della pubblicazione, ho ritenuto doveroso lasciare invariato l'impianto, col tono colloquiale e le non poche semplificazioni imposte dal contesto didattico. Appesantirlo di note a pie' di pagina e di discussioni esegetiche avrebbe avuto davvero poco senso, finendo per stravolgere il taglio originario del discorso orale, essenzialmente rivolto a studenti e talora, inevitabilmente, anche un po' disordinato. Mi sono perciò limitato a inserire l'indicazione dei testi antichi a cui, nella mia comunicazione, avevo fatto via via allusione, e ad aggiungere, in conclusione, una *Nota Bibliografica*, in cui ho condensato alcuni essenziali richiami alla letteratura della quale ho maggiormente tenuto conto in queste pagine.

Tuttavia, dietro la persistenza, o la lunga durata, delle soluzioni tecniche (che in quest'ambito sembrano essere mutate assai meno che in altri), è dato percepire una trasformazione profonda: che è sociale e persino antropologica, ancor prima che giuridica. Ed è proprio l'intreccio fra la plurimillenaria fortuna delle regole e le epocali variazioni dei contesti attraverso i quali esse sono transitate, a rendere ancor più stimolante, agli occhi dello storico del diritto, la nostra materia. Cesure e alterità si rivelano, anche in questo caso, compenetrate a nessi genealogici e somiglianze morfologiche – davvero, trama e ordito della nostra tradizione (anche) giuridica –, e non dobbiamo affatto ritenere le prime meno significative delle seconde.

Segnalo solo alcuni aspetti. Il mondo antico – ma possiamo dire, in genere, pre–moderno – è dominato da figure pluripersonali ancor più che individuali: a cominciare dai gruppi familiari, già intesi da Sumner Maine come "perpetui ed inestinguibili". In una società pre–industriale, ha scritto Dieter Nörr, i problemi inerenti al diritto di famiglia (e, aggiungerei, alla circolazione di beni al suo interno, anche nella diacronia) stavano probabilmente più a cuore delle questioni attinenti ai contratti. La circolazione della ricchezza avveniva tramite l'avvicendarsi di una generazione all'altra – per mezzo appunto delle successioni *mortis causa* – non meno che affidandosi agli accordi produttivi di obbligazione e alle attività imprenditoriali.

A Roma come in Grecia (e poi nell'Europa medievale e protomoderna) la conservazione dei beni all'interno del medesimo gruppo familiare ci appare una finalità preminente, quasi un'ossessione: assai più di quanto accadrebbe in realtà capitalistiche. Nell'ipotesi percepita come più fisiologica, i figli subentrano in luogo dei padri: quasi ne costituiscono la vivente prosecuzione, replicandone l'individualità nella loro congiunta e quasi (almeno inizialmente) indissolubile pluralità. Un simile dispositivo antropologico è ben riconoscibile nel regime dell'arcaico *consortium ercto non cito*: la comunione indivisa che aveva luogo tra fratelli alla morte del padre (ove questi non avesse fatto testamento). Una comproprietà in forza della quale ciascuno poteva godere di tutti i beni ereditari e persino alienarli – salvo, molto verosimilmente, un diritto di veto di ognuno degli altri *fratelli* (*ius prohibendi*) –, senza essere vincolato alla proporzionalità con la propria quota (se non, come ovvio, al momento in cui questo condominio era sciolto: anticamente, tramite *legis actio per arbitri postulationem*).

Ma la preoccupazione di mantenere il patrimonio, nel tempo, all'interno della stessa famiglia è evidentemente alla base anche di istituti quali l'epiclerato (in Grecia) e a Roma l'usufrutto, il fedecommesso universale (su cui torneremo: § 3) e per molti versi la tutela agnatizia. In questo senso, l'attenzione prestata dai giuristi antichi all'interpretazione dei testamenti, o alla disciplina delle varie clausole in essi contenute, costituisce, in tutto il suo tecnicismo, la felice testimonianza di prassi e

stili mentali consolidati e persistenti, in cui regime patrimoniale e concezioni dei vincoli parentali – se non addirittura della vita sociale e della soggettività giuridica – si legano in modo indissolubile (anche su questo torneremo: § 2).

Proprio per marcare simili peculiarità del contesto, e sebbene la nostra attenzione si volgerà essenzialmente all'esperienza romana, nel titolo del mio intervento è fatto riferimento a "uno scenario pre–moderno". Non dovremo perdere di vista questa distanza, al di là della lunga vigenza di schemi e segmenti di disciplina che rievocavo poc'anzi. Una distanza che è per molti profili un'autentica alterità rispetto alla nuova ragione giuridica che si sarebbe affermata tra XVII e XIX secolo, tutta costruita attorno all'individuo, inteso come *subiectum iuris* (nella nuova semantica assegnata al sintagma proprio nel Seicento), al suo fascio di diritti e alla sua libera volontà, formalmente eguale e potenzialmente sovrana.

Occorre inoltre chiarire il significato della prima parte del titolo della lezione, e in particolare il rapporto che intercorre fra gli elementi che vi sono evocati: sul primo fronte, un tema "istituzionale" – il regime in forza del quale, alla morte del titolare di un patrimonio, questo si trasmette ad altri –, sul secondo, un aspetto che attiene alla storia della giurisprudenza romana, ossia la "tradizione civilistica". Mi riferisco a quest'ultima come al complesso di dottrine e opere che risalgono alla riflessione dei giuristi attorno alle figure del *ius civile*, a sua volta qui inteso in senso stretto, quale piano normativo accessibile solo ai cittadini romani e prodotto da una limitata serie di fonti (*mores, interpretatio* dei giuristi, legge delle XII Tavole e successive *leges publicae*, plebisciti, e poi costituzioni imperiali e, almeno in parte, senatoconsulti).

L'estremo rilievo che, come accennavo, in una società antica è assunto dalla vicenda dei patrimoni familiari nel tempo, con la trasmissione di complessi di beni e poteri da una generazione all'altra, è ben percepibile in un dato strutturale (l'unico, forse) che si mantiene costante, sull'arco di tre secoli, proprio nella tradizione degli scritti civilistici. Da Quinto Mucio – che compose i suoi diciotto *libri iuris civilis* all'inizio del I secolo a.C. – sino all'*ad Sabinum* di Ulpiano, redatto in piena età severiana, tutto questo filone della letteratura giurisprudenziale si apriva con l'esame delle successioni a causa di morte.

Più precisamente, i lavori espressamente dedicati al *ius civile* (anche nella forma di commento ai precedenti scritti di quel tipo, risalenti a Quinto Mucio, Sabino e Cassio) iniziavano immancabilmente con la trattazione dei testamenti, seguita dall'analisi della successione legittima o *ab intestato*. Veniva prestata la massima attenzione – sul piano sia quantitativo che qualitativo, ripercorrendo una casistica assai nutrita – all'istituzione di erede e ancor più ad altre disposizioni testamentarie, tali da determinare una successione a titolo particolare: i legati. Questo riflette anche pratiche sociali consolidate, che a partire dall'età mediorepubblicana vede-

vano i membri dei ceti più elevati frequentemente impegnati nella redazione di testamenti (anziché lasciare che i loro averi si devolvessero in virtù delle regole già sancite dalla legge delle XII Tavole): e non solo istituendo degli eredi – senza tale previsione il testamento neppure sarebbe stato valido –, ma individuando anche una pluralità di soggetti a cui attribuire beni particolari (inclusi crediti, nelle due forme di legati a effetti obbligatori).

Indice della diffusione di quest'uso è l'emanazione di provvedimenti normativi tesi, già nel II secolo a.C., a limitarne gli eccessi, facendo in modo che le disposizioni del secondo tipo non incidessero eccessivamente sull'ammontare del patrimonio del *de cuius*. Pensiamo alle leggi *Furia* e *Voconia*, cui dovette però aggiungersi (nel 40 a.C.) la *Falcidia*, in forza della quale il testatore non avrebbe potuto disporre tramite legati di oltre tre quarti dei suoi beni, assicurando perciò che gli eredi subentrassero almeno in un quarto.

Entro un simile scenario, a noi preme soffermarsi sull'elaborazione che tutto ciò innescava presso i giuristi. Già la circostanza che essi aprissero sempre le loro ricognizioni sul *ius civile* con le successioni non può essere considerata solo un accorgimento espositivo, come se si trattasse di una sequenza neutra e meramente tralatizia. Porre all'inizio una determinata materia vuol dire marcarne immediatamente la centralità. Non a caso, nell'opera che dà l'avvio a questo genere letterario (i libri di diritto civile di Quinto Mucio, già ricordati), l'intero lavoro sembra ruotare attorno alla famiglia: cominciando appunto dal destino, alla morte del *pater familias*, dei beni di cui questi era titolare, passando per i vari poteri a lui attribuiti (*patria potestas*, *manus* ecc.) e gli atti in cui si estrinsecava la sua signoria (come manomissioni, tutele, *mancipationes*, a cui è ad esempio congiunta, per attrazione, la disamina della compravendita consensuale). Vi emergono, in modo davvero emblematico, stringenti accostamenti tra la dimensione giuridica più risalente, talora arcaica, e quanto affermatosi e disciplinato nella realtà più recente (lo si coglie anche nell'analisi ravvicinata del *consortium ercto non cito*, già richiamato, e del contratto consensuale di società).

Il dato da cui muovere è dunque rappresentato da questa funzione nevralgica assunta dalla famiglia, e dall'enfasi attribuita, già a livello di ordine tematico, alle successioni a causa di morte. Vi è poi da considerare la ricchissima riflessione che la giurisprudenza dedicò all'interpretazione della volontà testamentaria. Ricorrendo a una terminologia convenzionale, per quanto sin troppo modernizzante (e anche, a rigor di termini, logicamente discutibile), potremmo affermare che, se la grande occasione per esercitare l'interpretazione "normativa" veniva offerta ai giuristi – a partire da Servio e Ofilio, negli ultimi decenni della repubblica – soprattutto dall'editto, la grande palestra dell'interpretazione "negoziale" era costituita, ancor più (e prima) che dall'interpretazione dei contratti, da quella dei testamenti.

Sul primo versante – il lavoro giurisprudenziale sul testo del pretore – spicca la sinergia che venne a delinearsi tra inventiva processuale dei magistrati e analisi casistica dei giuristi. Impegnarsi nell'esame di un programma giurisdizionale che di anno in anno mutava (anche completamente, almeno in astratto) aveva un senso anche in ragione del fatto che il lavoro dell'interprete contribuiva alla stabilizzazione dell'editto medesimo, aiutando a individuare ciò che meritava di essere adottato dai magistrati successivi, e quanto invece era preferibile integrare, correggere o semplicemente non riproporre.

Non possiamo considerare fortuita la coincidenza temporale tra l'affermarsi dei commenti giurisprudenziali all'editto, sempre più corposi tra I secolo a.C. e I secolo d.C., e l'ispessirsi di un suo nucleo tralatizio, che lo avrebbe condotto a consolidarsi progressivamente nel primo principato. Quando vi pose mano Giuliano, su incarico dell'imperatore Adriano (attorno al 130 d.C.), doveva ormai trattarsi di un testo che da decenni veniva replicato senza innovazioni o varianti di peso. Anche per questo sarei propenso a individuare nell'analisi dei *verba praetoris*, ancor più che nei lavori dedicati all'esame di leggi, l'autentico paradigma dell'interpretazione che oggi diremmo "normativa": o, per esprimerci con maggior accortezza storica, il luogo privilegiato dell'*interpretatio* compiuta a ridosso delle regole poste dal potere politico ai rapporti fra privati (*interpretatio* che, come in ogni assetto giurisprudenziale, spicca ai nostri occhi per una libera e ricca creatività: vi tornerò).

Sul secondo versante – quello che ora maggiormente interessa, e che rinvia alle prime parti delle varie opere inerenti al *ius civile* – vediamo precocemente attestarsi un livello molto sofisticato dell'interpretazione giurisprudenziale. Non vi troviamo solo l'esegesi e il rispetto letterale di quanto disposto dal *de cuius* (i *verba testatoris*), ma vi vediamo prevalere la preoccupazione di dare effettivo seguito a quella che era stata la sua reale volontà, al di là delle soluzioni espressive adottate. Con ogni probabilità, è in quest'ambito che i giuristi, forse per la prima volta, tematizzarono e fecero propria l'opposizione fra *verba* e *voluntas* già circolante nella teoria retorica greca, e ben nitida anche nelle trattazioni che a quell'*ars* furono dedicate a Roma nei decenni iniziali del I secolo a.C.

Del resto, ancor oggi, l'interpretazione del testamento è scandita da regole che non coincidono completamente con quelle valevoli riguardo al contratto. Ad esempio, una direttiva di fondo che interessa entrambi i settori è il principio conservativo. A proposito dell'interpretazione del contratto, l'articolo 1367 del codice civile prescrive che "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno". Ma se tale regola (volta alla "conservazione del contratto", come recita la rubrica dell'articolo) è sancita per i contratti medesimi – sottoposti a interpretazione quando, di regola, le parti che li hanno conclusi

sono ancora vive e vegete – a maggior ragione essa risulta doverosa riguardo ai testamenti (è un tipico caso di applicazione analogica fondata su un argomento *a fortiori*). In questo secondo caso, infatti, si cerca di ricostruire una volontà che ancor più merita di essere salvaguardata, in quanto non ripetibile, dal momento che quegli atti divengono oggetto di interpretazione quando chi li ha redatti è ormai defunto. La direttiva di fondo che domina la materia è ancor oggi designata con un'espressione latina: *favor testatoris* (o *testamenti*).

Partecipe di questo maggior rilievo assunto dal principio conservativo è, nel nostro codice, anche l'adozione della cosiddetta "regola sabiniana", in forza della quale (unicamente) «nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume». Così dispone l'art. 634 del codice civile, escludendo però l'ipotesi di un motivo illecito: tale cioè, ex art. 626, da rendere nulla la disposizione testamentaria ove esso "risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre".

Una simile incidenza riconosciuta dal legislatore al "motivo" da cui era mosso il testatore (rilevante anche in sede di errore: art. 624_2) ha, a sua volta, una storia e un significato peculiare, soprattutto se consideriamo la tendenziale irrilevanza (con la limitatissima eccezione di quanto previsto dall'art. 1345, poi richiamato dall'art. 1418_2) attribuita agli specifici scopi e moventi psicologici in ragione dei quali agiscono le parti di un contratto – per la cui disciplina interessa essenzialmente la sola causa, quale interesse tipico e funzione economico–sociale individuabile in tutte le operazioni giuridiche afferenti al medesimo genere (a tutte le compravendite, tutti i mutui, tutte le locazioni conduzioni ecc.). Anche per tale via, la volontà testamentaria, nella sua irripetibile specificità, viene tutt'oggi consegnata a una decifrazione più sottile e complessa, carica di implicazioni giuridiche.

Ma torniamo ai giuristi romani. A colpirci non è solo l'estrema attenzione da essi rivolta alla ricostruzione di quanto voluto dal *de cuius*, ma anche la precoce maturità delle loro elaborazioni in proposito. Già agli esordi della letteratura civilistica – col contributo, già più volte citato, di Quinto Mucio – incontriamo una casistica ricca e articolata, affrontata affidandosi a direttive ermeneutiche sofisticate, cui concorrevano argomentazioni di varia natura. Esse prendevano ora le mosse dal tenore strettamente letterale delle disposizioni (le cui parole erano sottoposte a sottili diagnosi, anche sul piano grammaticale), ma non di rado si aprivano alla considerazione di usi linguistici e abitudini di vita del testatore, sino a ricorrenti valutazioni di carattere teleologico, fondate sullo specifico utilizzo e sulla destinazione del bene a cui il testatore medesimo aveva fatto riferimento.

Ricordo, in queste ultime due prospettive, le soluzioni riconducibili a Quinto Mucio circa gli abiti da tavola femminili usualmente indossati da un senatore, che

non sarebbero perciò da includere in un suo legato di *muliebris vestis* ([Pomp. 4 *ad Q. Muc.*] D.34.2.33); di quanto conferito per legato alla moglie quale bene "acquistato e destinato al suo uso", laddove l'impiego cui fare riferimento dovrà essere quello proprio di lei, anziché quello "comune" ([Pomp. 5 *ad Q. Muc.*] D.34.2.10); dello schiavo stalliere che non era da considerare parte dell'*instrumentum* oggetto di un legato, sebbene temporaneamente assegnato alle attività economiche della *villa*, in (Ulp. 4 *disp.*) D.28.5.35.3; di quanto compreso o escluso dal legato di *penus*, poiché afferente a ciò che, commestibile o potabile, è stato predisposto per il *pater familias*, la moglie, i figli, il complesso dei *servi* che sono presso di lui o presso i suoi figli "e non svolgano un lavoro manuale fuori di casa" (così, secondo un criterio di destinazione qui doppiamente declinato, in Gellio, *noctes Atticae* 4.1.17, ma anche in [Ulp. 22 *ad Sab.*] D.33.9.3.pr. e 6), e nel quale non possono essere invece annoverate, proprio in virtù di un nesso strumentale che diviene troppo labile e distante, *res* quali legna e carbone ([Ulp. 22 *ad Sab.*] D.33.9.3.9).

Argomenti di analoga portata sorreggevano anche la delimitazione dei beni da includere nel vasellame oggetto di un legato di "argento lavorato" (sino a comprendervi sottocoppe e sottopiatti, poiché posti in un rapporto strumentale con quanto predisposto per contenere cibi e bevande: [Ulp. 20 *ad Sab.*] D.34.2.19.10), o del legname cui si riferiva la corrispondente tipologia di disposizione testamentaria (e nel quale non dovevano rientrare gli alberi tagliati per ricavarne materiale da costruzione, anziché destinati all'uso come combustibile: [Ulp. 25 *ad Sab.*] D.32.55.pr.).

Particolarmente illuminante, oltre che divertente, il primo caso, consistente nell'aneddoto di un senatore che era solito indossare vesti da tavola femminili. Per interpretare un legato da lui disposto, gli usi consueti – a livello di designazione linguistica e di distinzione degli abiti in ragione del genere delle persone cui di norma sono destinati – perdevano ogni rilievo, a tutto vantaggio della ricostruzione dei peculiari costumi del testatore. L'eccezionalità dell'episodio, col tratto eccentrico del suo protagonista, non deve trarre in inganno; né dobbiamo immaginare canoni di decisione uniformi e costanti. Ma certo, già al sorgere della letteratura civilistica, ci imbattiamo in un ampio ventaglio di percorsi interpretativi e relativi supporti logici, quale stenteremmo a incontrare – altrettanto progredito – in merito ad altri atti di autonomia privata. E non è probabilmente un caso se, di tutta l'opera muciana, i richiami più cospicui che ne trassero i giuristi posteriori, e sono a noi pervenuti, riguardino proprio i primi libri della sua opera, in materia di testamenti.

Ad acquisire valore non erano poi solo i modi di utilizzo di oggetti, ma anche quelli di parole. Pochi decenni dopo Quinto Mucio troviamo altri due giuristi, Tuberone e Servio, sempre impegnati nell'analisi di un legato (in tal caso di suppellettile). Celso – che, nel II secolo d.C., menzionava quella discussione (D.33.10.7.2)

– riferiva che il suo punto nodale era rappresentato dal controverso rapporto fra *mens* e *vox* (ossia tra quanto il testatore aveva in mente e il modo in cui egli si era espresso), e quindi dal possibile contrasto fra *communis usus* dei termini da lui impiegati e le personali abitudini linguistiche che gli erano proprie (e che Tuberone stimava sempre prevalenti, diversamente da quanto ritenevano Servio e poi lo stesso Celso).

Non entro in ulteriori dettagli, ma non vi è dubbio che quello degli atti di ultima volontà costituì, a Roma, uno straordinario laboratorio dell'*interpretatio prudentium*, attraendone le risorse analitiche e l'inventiva ermeneutica persino più – e prima, almeno nella versione più matura – della materia contrattuale, anche a prescindere dal rilievo economico degli interessi coinvolti (spesso notevole, ma non di rado pressoché irrisorio: vi torneremo). Nel dire questo, peraltro, avverto il rischio di un equivoco, che è bene fugare immediatamente. Ho spesso parlato, sinora, di *interpretatio*, ricorrendo volutamente al vocabolo latino. In effetti, esso – e non solo in riferimento alla ricostruzione della volontà testamentaria – indica qualcosa di non pienamente identificabile con la nostra "interpretazione", ed è perciò consigliabile non usare i due sostantivi come perfetti sinonimi.

Certo oggi siamo sempre più consapevoli che anche la parola italiana è ben lontana dal designare, per il giurista, un'operazione semplice e meccanica, il cui protagonista abbia un ruolo modesto – ancillare e vincolato – rispetto alla prescrizione sottoposta al suo sforzo di comprensione. Abbiamo recuperato la percezione della ricchezza e creatività del fenomeno interpretativo: come operazione vivificante e ineludibile, consistente nel farsi (etimologicamente) mediatore, o tramite, fra un significante, ossia un mezzo di comunicazione (anche) giuridica, e il significato che gli viene attribuito. Deposte certe mitologie della modernità, con la connessa idolatria del legislatore e del codice, il giurista è tornato ad avvertire la centralità del suo ruolo di interprete, il cui apporto non è affatto escluso anche dall'esistenza di previsioni "chiare" – come avrebbe invece voluto un logoro adagio (*in claris non fit interpretatio*), connotato da un'ideologia non più condivisibile, e assai opinabile già sul piano logico, dal momento che l'accertamento della chiarezza di un testo è a sua volta l'esito di un'interpretazione, e quest'ultima è semmai da escludere soltanto nell'ipotesi opposta, di modalità espressive oscure (in senso stretto, ossia non intellegibili).

E tuttavia, anche oggi che l'interpretazione è stata riconsegnata a una configurazione più calzante e complessa, rispetto ad essa l'*interpretatio* romana denota eccedenze semantiche non trascurabili, in larga parte determinate dalla sua inerenza a un assetto giurisprudenziale, ossia a un'esperienza in cui i *prudentes* (gli interpreti, appunto) non erano chiamati solo a studiare e insegnare diritto, ma

producevano essi stessi soluzioni normative, risolvendo casi ed elaborando regole di condotta o autentici nuovi paradigmi negoziali. Basti pensare, circa quest'ultimo aspetto, all'*adoptio* e all'*emancipatio*, le cui origini sono fatte risalire all'*interpretatio* pontificale, rispetto alla quale operò quale mero appoggio formale una prescrizione decemvirale tesa a tutt'altro scopo, ossia a far sì che la *patria potestas* fosse perduta qualora il capofamiglia abusasse del *ius vendendi*, alienando per tre volte il figlio.

Nel contesto che più ci riguarda, sotto il nome di *interpretatio* non va solo la ricostruzione della volontà dei soggetti artefici di un testamento (o di un contratto), ma anche un'altra e diversa operazione: la valutazione circa l'ammissibilità o meno di determinate disposizioni. È al giurista, con la sua *interpretatio*, che viene demandato il compito di stabilire se una certa manifestazione di volontà sia valida o invalida, produttiva o non produttiva di effetti giuridici: e in particolare, secondo la visuale tipica dei romani, se essa sia tutelabile in via processuale, ossia provvista di un'azione qualora intervenga una crisi di cooperazione, mancando una spontanea esecuzione di quanto concordato, o unilateralmente disposto.

Penso ad esempio, volgendomi all'ambito contrattuale, a come sia stata l'*interpretatio* (avente ad oggetto, in tal caso, la *bona fides*) ad ampliare le possibilità di sciogliere un vincolo contrattuale – sorto in virtù del semplice consenso – tramite un accordo eguale e inverso (*contrarius consensus*). Scioglimento ammesso senza esitazioni qualora nessuna delle due obbligazioni fosse stata frattanto adempiuta; ma poi esteso, in via appunto di *interpretatio*, all'ipotesi in cui una prestazione fosse stata eseguita, ma in modo tale da consentirne la rimessa in pristino (effettivamente compiuta). In tale situazione – di cui ci riferisce Nerazio in D.2.14.58, sulla scorta di un parere di Aristone – la convenzione risolutiva era "ammessa" dall'*interpretatio*, la quale appunto non consisteva affatto nell'attribuire un significato alla formulazione delle parti, ma a sancire se la loro volontà fosse in grado di esplicare gli effetti auspicati.

Un'ultima precisazione è forse opportuna, al fine di evitare un altro fraintendimento. Si è parlato finora di *ius civile* e tradizione civilistica, rievocando il ruolo che in quest'ultima assumeva – già a livello di scelte nella sequenza espositiva – la disciplina delle successioni *mortis causa*. Questo non significa però in alcun modo sminuire l'importanza degli interventi approntati dai magistrati, e collocabili pertanto sul piano del *ius honorarium*. Benché certe qualifiche (come quella di erede) rimanessero strettamente inerenti alla dimensione civilistica, è indubbio l'impatto esercitato dalle previsioni – di carattere, ancora una volta, squisitamente processuale – introdotte dai pretori, a cominciare da quelle che furono alla base delle tre forme di *bonorum possessio*: avremo occasione di tornarvi (*infra*, §§ 2 e 3).

2. *Alcuni percorsi e caratteri di fondo, sul lungo periodo*

Due dati sono emersi finora con maggior forza, connessi ma distinti. Da un lato, le peculiarità del panorama storico in cui sorse la disciplina antica delle successioni a causa di morte, e che pure ha in larga parte raggiunto il dettato dei nostri codici (quello che abbiamo qualificato uno scenario pre–moderno); dall'altro, lo straordinario risalto attribuito alla nostra materia all'interno della tradizione civilistica.

Vorrei ora soffermarmi su alcuni aspetti che equivalgono – mi sembra – ad altrettanti vettori di andamento (almeno tendenziali) oppure a caratteri di lunga durata. Considero tali i motivi che vediamo persistere entro un periodo prolungato: motivi che percorrono una civiltà sull'arco di secoli, e talora di millenni. Ciò naturalmente non significa che essi siano sottratti al cambiamento: tutto muta nella storia (anche) giuridica, persino l'idea di immobilità, o di trasformazione (per non parlare di quella di progresso). Voglio solo dire che nel gioco delle varianti storiche, o sotto la loro superficie, è possibile scorgere, non di rado, alcuni dati di fondo che contraddistinguono l'intera morfologia di un sapere, e il cui sviluppo è scandito da un moto più lento, sfasato rispetto a quello di altri fenomeni. In definitiva anche quelle che consideriamo delle "costanti" non si collocano affatto in uno spazio eterno o sovratemporale. Esse partecipano pienamente del divenire: ma, per così dire, con un regime storico altro e peculiare.

In questa prospettiva, proverò a individuare quattro aspetti – non privi, fra loro, di interazioni e legami, se non anche di contrasti, almeno parziali o apparenti –, isolabili lungo la plurisecolare parabola dell'esperienza romana. Fra essi alcuni (in particolare il primo e l'ultimo) contribuiscono a marcare la distanza fra i romani e noi, sia pure da un punto di vista sensibilmente diverso da quello evocato sinora (§ 1). Altri si rivelano significativi per ragioni diverse, anche nella logica di un confronto diacronico: vi potremo anche individuare (soprattutto nel secondo caso) schemi e meccanismi destinati a riproporsi ai nostri giorni, ma per riempirsi di tutt'altro contenuto normativo.

Mi riferisco, nell'ordine, alla graduale emersione del carattere propriamente (diciamo pure esclusivamente, o quasi) patrimoniale del fenomeno successorio; alla persistente connessione che, nondimeno, emerge fra esso e la configurazione assunta dalle comunità parentali (famiglia e *gens*); alle forme di transizione dall'arcaico formalismo a un maggior riconoscimento della volontà individuale; all'incidenza che, anche in quest'ambito, esercitò il contributo di quelli che possiamo considerare, nel complesso, i principali artefici del diritto privato romano (quale "diritto di casi e di azioni"), e cioè giuristi e magistrati provvisti di *iurisdictio*.

Partiamo dunque dal primo punto, ma muovendo dall'epilogo – ossia dall'assetto odierno –, per procedere a ritroso. Le grandi partizioni del diritto privato

attuale ci sono note. Nonostante le innumerevoli critiche rivolte (spesso, in verità, più a parole che nel concreto del lavoro) a impianto e categorie di ascendenza pandettistica, l'indice di un manuale di diritto privato vigente ci consegna ancora le linee di un sistema: non molto differente da quello che avremmo rinvenuto oltre un secolo fa, nei trattati di *Pandette* o nei testi di *Istituzioni* (sia di "diritto civile patrio" che di diritto privato giustinianeo). A parte il capitolo iniziale, dedicato a linee di teoria generale del diritto (diritto in senso oggettivo e soggettivo, fonti di produzione e di cognizione, interpretazione ecc.), la grande bipartizione si pone tra un complesso di regole che riguardano i rapporti personali e quelle che hanno ad oggetto rapporti patrimoniali.

Le successioni a causa di morte sono trattate in questa seconda parte: talvolta prima di diritti reali e obbligazioni (ricalcando la sequenza del codice, che si spiega a sua volta soprattutto alla luce di ragioni storiche), talora più tardi. La loro afferenza a questo secondo blocco della materia privatistica è comunque incontroverso: spesso viene anzi dato per assolutamente scontato. La vicenda che vi ha luogo è riconducibile alla figura della successione patrimoniale: a titolo universale nel caso dell'erede, a titolo particolare in quello del legatario. Una vicenda che coinvolge tutti i rapporti giuridici che siano, ovviamente, trasmissibili: e la quasi totalità dei rapporti giuridici trasmissibili sono appunto quelli patrimoniali (con le debite eccezioni: pensiamo solo all'usufrutto).

Il sistema – di cui abbiamo suggerito di farsi un'idea anche solo scorrendo l'indice di un odierno manuale – ci consegna dunque un'immagine univoca: la successione *mortis causa* attiene essenzialmente alla circolazione della ricchezza nel tempo, nel momento in cui muore il precedente titolare dei beni. In questo senso essa è vicenda di cose, non di persone. Ma siamo certi che queste due dimensioni siano sempre state così distinte, e altrettanto perentoria la loro demarcazione (qui le relazioni patrimoniali, lì quelle personali; qui le cose, lì gli esseri umani)?

Il patrimonio ereditario, nel latino più arcaico, è indicato non ancora col termine *hereditas*, ma con una parola che più tardi avrebbe indicato (solo) altro, e che in linea di massima coincide con quanto è designato dal corrispondente sostantivo italiano. La parola latina è *familia*. Nelle XII tavole, laddove sono indicati quanti, nell'ordine, abbiano diritto a fare propri quei beni (*sui*, *adgnatus proximus*, *gentiles*: vi torneremo), si parla appunto di *familiam habere*. Certo quel primo corpo normativo ci è noto solo in forma frammentaria e indiretta, e non è affatto da escludere che sui suoi moduli espressivi abbia inciso un certo ammodernamento lessicale di età medio e tardorepubblicana (il latino, come è stato osservato, era mutato più nei primi secoli di Roma di quanto lo sarebbe stato da allora a Carlo Magno). Ma anche questa revisione linguistica non occultò certi tratti arcaici delle formulazioni decemvirali, destinati a destare difficoltà non lievi per i suoi interpreti posteriori

(come sappiamo ad esempio per il II secolo d.C., allorché si accesero alcune dispute fra dotti, incerti su come intendere parole che ricorrevano nell'antica legislazione). *Familia*, nell'uso ricordato, rinvia dunque a soluzioni terminologiche, e alle sottese forme mentali, alquanto risalenti.

Per secoli quel sostantivo designò sia il complesso di beni di cui era titolare il *pater familias* (e dei quali, alla morte di lui, andava stabilita la destinazione) sia il gruppo di persone costituito da lui stesso e dai soggetti su cui egli esercitava i propri poteri, a cominciare da *patria potestas* e *manus* (quella che i romani chiamavano *familia proprio iure*, di proprio diritto: vi torneremo fra breve). Lontano dalle nette distinzioni – per noi tanto abituali da apparirci ovvie – fra piano patrimoniale e personale, *familia* evocava tutto ciò (cose e uomini) su cui il *pater familias* avrebbe potuto, finché in vita, dire "*meum esse*". E forse non questo soltanto.

In effetti, al pari dell'*oikos* greco – che giustamente è stato visto come un insieme di persone, di cose e di riti – anche la *familia* romana è connotata da uno spiccato elemento religioso. Coinvolge le divinità domestiche (*penates*, *lares*, *lemures*): spiriti degli antenati e presenze sacre protettrici dei luoghi più intimi e nascosti della casa, il camino e la dispensa – la *penus*, da cui il nome delle prime divinità menzionate, ma poi anche possibile oggetto di una tipologia di legati (*legatum penoris*), che a lungo attrasse l'acribia analitica dei giuristi, con interpretazioni la cui sottigliezza davvero stupisce, considerando la modestia degli interessi economici che vi erano coinvolti (in sostanza, al di là della verosimile connotazione sacrale che ebbe in origine, la *penus* era costituita delle provviste conservate nella dispensa per le esigenze alimentari di chi abitava nella casa). L'impatto del fattore religioso – di cui a Roma è sempre costitutivo l'elemento rituale, con gesti ripetuti in modo scrupoloso, quasi ossessivo ("quando fare è credere", secondo la formula di Scheid) – è di primaria importanza in tutto il vissuto arcaico, e rimane impresso nel codice genetico di molte figure anche dell'età posteriore. La *familia* è dunque anche un complesso di pratiche religiose e presenze divine.

E in effetti, succedere in un patrimonio significava subentrare pure nel dovere di proseguire e curare quotidianamente i riti e culti domestici (*sacra*). La disciplina di chi vi fosse tenuto – un onere non irrilevante, a cui col tempo si cercò sempre più di sottrarsi – si poneva a cavallo fra diritto pontificale e civile, e fu messa a punto (come ricorda Cicerone: *De legibus* 2.19.47–2.21.53) sull'arco di molteplici generazioni: verosimilmente già prima di Tiberio Coruncanio (III secolo a.C.), e poi sino a Quinto Mucio. Del resto l'esigenza di un controllo sulla sorte dei *sacra* – al fine di salvaguardare la prosecuzione dei culti gentilizi, ma evitando commistioni (*turbatio sacrorum*) – risultava primaria anche in merito ad atti che determinavano anch'essi una successione (ma non *mortis causa*), come l'adozione di un soggetto *sui iuris* (*adrogatio*), la quale richiedeva che l'*adrogatus* rinunciasse ai propri riti e

culti (*detestatio sacrorum*) e vi fosse comunque un controllo del collegio pontificale.

Lo scenario nel quale ci siamo immersi rivela perciò, al di là di certe continuità nelle soluzioni tecniche, tratti di profonda distanza: sul piano storico, antropologico e culturale. La vicenda di certe parole ci rivela non poco di quell'alterità. Ciò vale per *familia*, ma anche per due sostantivi che in apparenza sembrano avere fra loro poco in comune: matrimonio e patrimonio. A noi oggi appaiono designazioni di realtà lontane e distinte, di nuovo afferenti a una grande dicotomia divenuta ai nostri occhi affatto evidente: qui una figura propria dei rapporti giuridici personali, là il vocabolo per indicare il complesso dei beni oggetto di diritti. In realtà la simmetria fra le due nozioni è incontestabile, ed è pienamente svelata dall'etimologia: da una parte, *mater* e *pater*; dall'altra, *–monium*, che ne indicava la rispettiva condizione giuridica.

La parabola iniziale delle successioni *mortis causa* partecipa, dunque, di una realtà in cui le *res* non erano ancora confinate solo nel mondo delle pure cose – un esito che è solo posteriore, e neppure integralmente definito (almeno nei termini per noi consueti) all'interno dell'esperienza antica. Del resto a Roma, e non solo nell'età più risalente, esistevano anche *res* che da un punto di vista fisico non furono mai propriamente cose. Mi riferisco, in primo luogo, agli schiavi. Essi erano trattati dal diritto alla stregua, appunto, di *res* (e fra le più rilevanti: *res mancipi*), ma tramite quella che da tempo ho proposto di definire una "reificazione imperfetta": tale cioè da non cancellarne totalmente la natura umana, che rimane alla base di certe specificità del loro regime, non del tutto assimilabile a quello di (altre) cose. Basti pensare alla soggettività commerciale dei *servi* (cui pertanto, usando le moderne categorie, era riconosciuta una capacità di agire anche in assenza di quella giuridica), alla disciplina del *partus ancillae* o alla circostanza che il luogo di sepoltura di uno schiavo era comunque considerato *religiosus*, e perciò *extra commercium*.

Per tornare alle successioni *mortis causa*, il primo elemento di fondo che intendevo isolare è dunque offerto dalla circostanza che la loro inerenza a una dimensione esclusivamente patrimoniale non risulta un tratto assoluto, né tantomeno originario. Un simile esito, che oggi ci appare banale, è stato in realtà il portato di un lungo percorso. Un percorso interno alla costruzione del diritto privato, ove l'originaria unità dell'appartenenza (delle situazioni, cioè, in cui poteva dirsi indifferentemente "è mio" di persone e di cose) si venne articolando in un'eterogenea gamma di rapporti giuridici, alcuni patrimoniali (proprietà, altri diritti reali, relazioni obbligatorie), altri personali. Ma un percorso che partecipa anche di fenomeni che interessarono il *ius* nel suo complesso, e che proporrei di indicare non tanto – come usualmente avviene, ricorrendo a un concetto che qui non trovo

affatto calzante – nei termini di una "laicizzazione", ma piuttosto di una distinzione fra sistemi direttivi, laddove l'arcaica, inestricabile compenetrazione tra saperi e sfere di controllo (religione, magia, politica, diritto) lasciò gradualmente spazio a funzioni sociali autonome, per quanto in reciproco e composito dialogo.

All'interno di quest'itinerario, e anche guardando al suo primo tratto – quello che rivela maggiori difformità rispetto alle impostazioni odierne –, emerge poi il secondo profilo cui accennavo: una sorta di costante (con tutte le cautele che abbiamo ricordato nell'uso di questa nozione), o di schema ideale, sia pure destinato a ospitare contenuti diversi nel tempo. Mi riferisco al fatto che, soprattutto se ci spostiamo dalla successione testamentaria a quella legittima (ma anche la prima, in verità, offre qualche indizio in tal senso), il relativo regime denota immancabilmente stringenti legami con la configurazione sociale e giuridica via via attribuita ai gruppi parentali. La disciplina della successione *mortis causa*, in questo senso, costituisce la proiezione in campo patrimoniale (pur nel senso che abbiamo posto in luce) dell'idea che si ha della famiglia, dei vincoli di sangue e delle aggregazioni pluripersonali (o anche plurifamiliari, come a Roma le *gentes*).

Basti qui segnalare due momenti normativi: entrambi, questa volta, esterni alla produzione del *ius* immediatamente affidata a giuristi, e connessi invece ad altre fonti – la legislazione decemvirale nel primo caso; l'editto del pretore e poi alcuni senatoconsulti nel secondo. Le XII Tavole, recependo probabilmente *mores* preesistenti, dettarono una precisa sequenza di soggetti che, in mancanza di un testamento, avevano il diritto di subentrare nel patrimonio del *de cuius* in qualità di eredi. Queste regole rimasero vigenti per secoli, costituendo l'ossatura del regime civilistico della successione *ab intestato*.

Come noto, i primi a poter ereditare erano i *sui*, ossia coloro che alla morte del *pater* si trovassero sottoposti a un suo potere personale (*patria potestas* o *manus*) e solo con la sua scomparsa ne venissero liberati (per assumere, appunto, la qualifica di *sui iuris*): vi rientravano la moglie, se *in manu*, e soprattutto i figli (non i figli dei figli, che sarebbero rimasti sotto potestà: del padre anziché del nonno), tanto naturali quanto adottivi (mentre erano esclusi quelli adottati da altri oppure emancipati, nonché le figlie sposate su cui fosse stata costituita la *manus*). Venivano poi, in assenza di *sui*, le altre persone legate al *de cuius* in via agnatizia (fratelli e sorelle, nipoti *ex fratre* ecc.), con preferenza accordata a quello di grado più vicino (*adgnatus proximus*). Infine i membri della *gens*, che sembra succedessero collettivamente (con verosimile possibilità, per l'uno, di escludere gli altri tramite *usucapio pro herede*).

Sebbene questa terza categoria abbia perso progressivamente rilievo, sino a scomparire in età tardorepubblicana, l'intero trittico illustra compiutamente quanto accennavo in precedenza. Venivano infatti tratteggiati come tre cerchi

concentrici, corrispondenti ad altrettante strutture parentali rilevanti a livello di rappresentazioni e pratiche sociali: la famiglia (che in fonti alquanto più tarde troviamo denominata) "per diritto proprio" (*proprio iure*), corrispondente al nucleo costituito dal *pater* e dalle persone soggette alla sua *patria potestas* o *manus*; la famiglia "per diritto comune" (*familia communi iure*), comprensiva di tutte le famiglie i cui *patres* erano stati sottoposti alla *potestas* del medesimo soggetto, fino alla morte di questi; la *gens*, in cui rientravano coloro che si riconoscevano nella discendenza da un comune antenato (anche remotissimo, e persino di natura mitica, come Enea per la *gens Iulia*). E in tutto questo l'unica linea di sangue che determinava aspettative ereditarie era quella maschile: solo l'*adgnatio* (e non la *cognatio*) acquisiva infatti rilievo per il *ius civile*. Tramite questo tipo di parentela transitava il potere – nella sua forma archetipica, che era per i romani la *patria potestas* – e da essa era anche determinata la sorte dei patrimoni da una generazione all'altra.

Questo conferma chiaramente due cose, che già abbiamo segnalato. In primo luogo illustra nel modo più evidente il condizionamento esercitato dalle concezioni dei rapporti parentali sulle regole giuridiche della trasmissione *mortis causa*. Si tratta di una constatazione in sé quasi banale, ma che deve sempre accompagnarci nella valutazione di quelle regole, siano esse remote o tuttora vigenti. Basti pensare all'impatto che i mutamenti sociali del secondo dopoguerra esercitarono sui vecchi assetti patriarcali, sino alla riforma del diritto di famiglia degli anni '70 e le conseguenti ricadute sul regime della successione legittima, o alle recenti riforme relative ai figli nati fuori dal matrimonio.

In secondo luogo, quanto abbiamo richiamato torna a mostrarci la complessità del fenomeno successorio: la sua non esclusiva patrimonialità, soprattutto in età arcaica (torna il primo tratto di fondo su cui ci siamo soffermati). Non siamo di fronte, in effetti, solo a un passaggio economico, ma a una transizione di potere: l'uno e l'altra disposti sulla medesima linea. Vi è un carattere in qualche modo politico nell'avvicendarsi dei figli (o di un limitato numero di essi) ai padri: non è solo questione di interessi patrimoniali.

Il punto era già colto e valorizzato da Pietro Bonfante, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento. L'esito della sua ricostruzione è stato quasi unanimemente respinto – ed è, in effetti, verosimilmente implausibile –, ma la tesi da lui formulata contiene un'intuizione felicissima (potremmo parlare, nel complesso, di un errore geniale). Insostenibile è la persuasione di Bonfante circa una priorità cronologica e di una maggiore diffusione, già nella Roma monarchica e protorepubblicana, della successione testamentaria. Come vedremo fra breve, già il limitato numero di occasioni che, in quell'età, si offrivano a chi intendesse fare testamento rappresenta un ostacolo pressoché insormontabile rispetto a una simile ipotesi. Ma rimane acuto e suggestivo l'argomento su cui Bonfante faceva leva, ossia la natura

lato sensu politica della *familia* più antica: la quale è compagine non fondata su affetti e comunanza di sangue (quale esso sia), ma su vincoli potestativi di cui solo un uomo poteva essere parte attiva: dal che, anche l'immagine dell'istituzione di erede quale una sorta di investitura del proprio successore sul trono familiare.

Torniamo ora all'*adgnatio*, col rilievo che esclusivamente ad essa riservò per secoli, a fini successori, il *ius civile*: e veniamo così agli altri provvedimenti cui alludevo. Perché, nella medesima prospettiva, acquistasse importanza la parentela in linea tanto maschile che femminile (*cognatio*) occorre spostarci su un diverso piano normativo, e attendere il contributo del pretore. Introducendo mezzi processuali tali per cui varie categorie di soggetti potevano essere immesse nella disponibilità dei beni ereditari (*bonorum possessio*), quel magistrato previde che fra i legittimati fossero anche i *cognati*. Sulla scorta della nota tripartizione, circa le finalità perseguite nell'allestimento del diritto pretorio, esposta da Papiniano (D.1.1.7.1), si è soliti scorgere qui un intervento teso a colmare una lacuna del *ius civile* (*supplendi iuris civilis gratia*). In realtà vi è comunque un'azione (anche, se non soprattutto) correttiva, come del resto sempre avviene allorché si individua un vuoto normativo: nel senso che il riconoscimento di lacune è esso stesso esito di un procedimento interpretativo, non di rado ideologicamente orientato, e volto a introdurre incisive variazioni di regime.

Per la mentalità arcaica – e per le remote fonti del *ius civile*, in cui questa si rifletteva – non vi era affatto una carenza di previsioni in merito alla *cognatio*: semplicemente esse la stimavano, ai fini successori, del tutto irrilevante, recependo l'idea allora dominante riguardo ai vincoli di sangue (e alla visione strettamente potestativa della famiglia). L'impianto iniziò ad apparire lacunoso solo più tardi, in conseguenza di un mutamento nelle concezioni dei gruppi parentali. Al solito, il primo a percepire questo nuovo sentire sociale, e ad adeguarvi gli strumenti del diritto, fu il pretore: per mezzo appunto della *bonorum possessio*. Sarebbe occorso molto tempo perché, fra Adriano e Marco Aurelio (II secolo d.C.) intervenissero altre fonti – due senatoconsulti, in quel caso – al fine di riconoscere diritti successori, anche sul piano del *ius civile*, almeno ad alcuni rapporti di *cognatio*, come quelli che intercorrevano fra madre e figlio, e viceversa.

3. *Di un altro percorso, e dei protagonisti della nostra storia*

Passiamo ora agli altri due aspetti di fondo che è mia intenzione isolare, e che già ho menzionato. Il primo è costituito da un tratto di andamento, percepibile (in riferimento soprattutto alla successione testamentaria) sull'arco di secoli, e partecipe di fenomeni più vasti, che coinvolgono la nostra così come altre materie.

Potremo parlare di un tendenziale passaggio dal formalismo al volontarismo: ma intendendoci bene sui termini di questa formula, e ancor più sul significato della transizione.

Non solo essa fu estremamente graduale e neppure completa – dal momento che esclusivamente la modernità ha riconosciuto, in genere, l'assoluto primato della volontà individuale nella produzione di conseguenze giuridiche –, ma neppure dobbiamo assumerla in termini univoci e meccanici, come se si trattasse di un'evoluzione lineare, imposta dalla forza delle cose. Il percorso fu invece, come sempre nella storia (anche) giuridica, accidentato e discontinuo, non privo di pause, fasi regressive, biforcazioni e alternative. Nondimeno, appare legittimo cogliere alcuni motivi di fondo.

Per un lungo tratto la scena – come per ogni altro ambito del diritto (non solo) privato – rimase dominata dall'idea che per produrre validi effetti (sul piano giuridico, che era però, allora, anche magico e religioso) non contava tanto l'intenzione del soggetto quanto la sua osservanza di formalità prescritte e consolidate nei *mores*. Solo col tempo assistiamo a un mutamento di paradigma – in certi casi anche piuttosto precoce, in altri estremamente lento e faticoso –, in forza del quale ciò che risultava più meritevole di tutela finì con l'essere proprio la volontà (nel nostro caso del testatore, in ambito contrattuale quella delle parti consenzienti).

I due termini finora evocati – formalismo e volontarismo – iniziano così ad assumere una fisionomia più nitida. Ma sul primo occorre fare ancora chiarezza, distinguendolo da altre nozioni (carattere formale del diritto, solennità, ritualismo) con le quali viene non di rado confuso e sovrapposto. Il carattere formale del diritto è un tratto di fondo che connota l'intera tradizione giuridica occidentale (in particolare, dell'Europa continentale) e che rimonta visibilmente all'esperienza romana. Con quest'ultima il diritto, per la prima volta, si presenta come una funzione sociale autonoma, elaborata scientificamente attorno a una serie di figure e ruoli astratti, i quali sono replicabili all'infinito e prescindono dalle qualità personali di chi di volta in volta vi si cali.

Non contano la mia statura, il mio peso, le mie posizioni politiche o i miei orientamenti sessuali; ma il fatto che, in una determinata operazione, io assuma la veste di venditore, oppure di compratore, di locatore o di conduttore. Il ruolo, e la finalità tipica che quel contratto persegue (la sua causa: § 1), vengono come distaccate dagli uomini in carne e ossa che vi sono coinvolti, coi motivi che li hanno indotti a concludere quell'affare, i loro interessi e i loro conflitti. Ad assumere rilievo e a produrre conseguenze giuridiche – dalla portata integralmente prevedibile, per chi conosca diritti e doveri assegnati alle varie figure tecniche – sono le entità astratte che popolano la scena giuridica, col loro profilo stilizzato e in larga misura impersonale. Prende così vita quello che, con Max Weber, possiamo

ancora denominare un diritto "calcolabile", connotato da una "razionalità in senso formale".

Ben altra cosa è il formalismo, che contraddistingue soprattutto le esperienze più risalenti, sebbene non possa dirsi affatto scomparso dall'orizzonte del diritto privato attuale. Si ha formalismo laddove è richiesto che, per essere pienamente valida ed efficace, la volontà si manifesti tramite una forma determinata (scritta, orale, gestuale). Ancor oggi – pur dopo secoli di esaltazione della libertà del volere individuale – esistono atti giuridici che sarebbero nulli ove non fosse osservata la forma che l'ordinamento richiede: in particolare quella scritta, senza la quale non potremmo ad esempio concludere la compravendita di una casa, costituire una servitù o un usufrutto su un fondo.

Ove poi sia imposto non solo il rispetto di una forma, ma sia anche fissato di quali parole o gesti ci si debba necessariamente servire, siamo allora oltre il formalismo, per entrare nel campo della solennità. Un atto solenne richiede l'impiego scrupoloso di una terminologia prestabilita: la volontà individuale quasi dilegua sullo sfondo, mentre in primo piano si staglia la rigida stereotipia del formulario. Mentre ai nostri giorni persiste un certo formalismo (vi abbiamo appena accennato) ma sono poche le applicazioni della solennità negoziale – il caso più noto è quello della cambiale –, nella Roma arcaica per molti atti non solo era prevista una forma determinata (solitamente quella orale, diversamente da quanto l'odierna sensibilità lascerebbe immaginare) ma erano anche prescritte le parole da pronunziare. Basti pensare alla *sponsio*, in cui non era sufficiente la simmetria fra il verbo (qualunque verbo) impiegato nella risposta rispetto a quella della domanda – come poi avverrà con la *stipulatio* –, ma era indispensabile ricorrere, appunto, a *spondeo*.

Altri esempi ci condurrebbero anche oltre la solennità. Pensiamo al formulario della *mancipatio*, che per comodità possiamo anche riproporre in italiano (immaginando, come nelle fonti, che ne sia oggetto un *servus*): "questo schiavo è mio secondo il diritto dei Quiriti e sia da me comprato con questo bronzo e questa bilancia". Qui abbiamo formalismo – l'enunciazione orale del *mancipio accipiens*, al cospetto di un silente *mancipio dans*, è infatti requisito imprescindibile per la validità dell'atto – e anche solennità, in quanto non è consentito distaccarsi dalle parole del formulario. Ma vi è qualcosa di più, che si radica nel ritualismo arcaico e nella funzione performativa del suo linguaggio. Il rito, compiuto correttamente, trasforma la realtà e produce diritto. Chi acquista afferma una cosa (ancora) non vera, ossia che quello schiavo è suo *ex iure Quiritium*: ma dicendolo fa sì che, nel silenzio dell'alienante, quell'effetto si realizzi davvero. È lo stesso meccanismo che troviamo dispiegarsi nella *legis actio sacramento in rem*, col replicarsi e contrapporsi (in assoluta simmetria) delle formule vindicatorie dei due contendenti.

Nell'ambito delle successioni *mortis causa* il terreno privilegiato per cogliere il

formalismo è ovviamente – nell'antica Roma come ancora oggi – quello delle disposizioni testamentarie. Nella loro plurisecolare evoluzione interessa, dal nostro punto di vista, soprattutto un dato. Nella fase più risalente incontriamo (come minimo) una prescrizione di forma – che è però orale, e non scritta – accompagnata dall'esigenza che la volontà sia espressa dinanzi ai comizi curiati (*testamentum calatis comitiis*) oppure al cospetto dell'esercito schierato nell'imminenza di una battaglia (*testamentum in procintu*). Anche senza interrogarci sul possibile carattere solenne delle dichiarazioni – ossia sul problema dell'esistenza, soprattutto nel primo caso, di rigorosi formulari cui attenersi –, due dati spiccano con forza.

In primo luogo l'estraneità delle forme arcaiche di testamento a quella dimensione scritta che a noi, dopo che per millenni si è andati in altra direzione, appare invece un tratto quasi connaturato all'essenza del testamento. In secondo luogo, l'esiguità delle occasioni in cui tali dichiarazioni potevano essere validamente rese: due volte l'anno per la prima tipologia di atto; di fatto non molte di più, verosimilmente, per la seconda. Ecco, come rilevato (§ 2), un aspetto oggettivo che rende difficile seguire tesi come quella di Bonfante, per indurci a pensare, piuttosto, che la prevalenza della successione testamentaria su quella legittima sia tutt'altro che risalente, e sia stata semmai imposta da pratiche sociali (soprattutto dei ceti più elevati) della media e tarda repubblica, allorché divennero fruibili altri strumenti per manifestare le proprie ultime volontà.

Con l'affermarsi di un'ulteriore procedura praticabile – dapprima *mancipatio familiae*, poi *testamentum per aes et libram* – in apparenza poco sembra cambiare nel rapporto tra formalismo e volontarismo: nel senso che continuava a essere prescritta una determinata forma. Essa però non rimase immutata: dall'oralità della *mancipatio familiae* (più strettamente aderente al rito librale, presentandosi come negozio tra vivi, pur con effetti *post mortem*) si passò infatti alla redazione delle tavole sigillate cui sempre più usava fare, a voce, un complessivo rinvio, e che finirono per incarnare il mezzo diretto di manifestazione della volontà del *de cuius* (nella sostanza, il primo testamento scritto della storia romana: quello appunto *per aes et libram*). Ma non è questa l'unica novità, né forse – almeno nella nostra prospettiva – quella principale.

Particolarmente significativo è il fatto stesso che venisse così allestita una figura ulteriore (prima nella sostanza, poi anche nella veste tecnica) di testamento: al quale era possibile ricorrere in modo più frequente e (relativamente) agile, e in cui potevano essere ospitate disposizioni di svariata natura. Senza affatto sacrificare il formalismo – dal momento che, anzi, si aveva qui l'applicazione di un atto rituale come la *mancipatio* –, si veniva incontro all'esigenza di una maggiore apertura nei riguardi della volontà privata (la cui forza vincolante aveva trovato un primo, e anche precoce, riconoscimento col valore attribuito dalle XII Tavole alle *nuncu-*

pationes rese nel concludere un *nexum* o una *mancipatio*: previsione che è alla base anche del futuro testamento librale).

Un'apertura che possiamo riscontrare da un duplice punto di vista: sia perché, rispetto ai due testamenti arcaici, veniva così ad allungarsi il "menù negoziale" (ossia il novero di figure tipiche poste a disposizione dei consociati per esprimere i loro intenti e renderli giuridicamente efficaci); sia perché, nel documento redatto dal *de cuius*, l'istituzione di erede poteva essere accompagnata (assai più che in passato) da innumerevoli altre previsioni, di ordine sia patrimoniale che personale: pensiamo ad esempio al riconoscimento di un figlio, o alla nomina di un tutore.

L'estensione del numero delle tipologie testamentarie, e la dilatazione dell'eventuale contenuto, significa di fatto allargare il ventaglio delle possibilità che si offrono ai privati. Così come accade nell'ambito dei contratti, una prima strada che consente di attenuare gli inconvenienti di formalismo e tipicità – per non lasciare la volontà individuale sprovvista di adeguati mezzi di estrinsecazione – è proprio quella di aumentare il numero dei paradigmi negoziali fissati dall'ordinamento. Né le svolte si arrestano qui.

Pensiamo ad alcuni itinerari: distinti ma convergenti sotto almeno un profilo, che è proprio quanto qui interessa. Mi riferisco all'allentarsi, in alcune situazioni, della morsa del formalismo, in modo tale che avrebbero prodotto effetto anche testamenti, o singole clausole, che formalmente rivelavano carenze più o meno gravi. Mi limito a ricordare tre punti, pur senza potermi addentrare nei loro dettagli. Innanzi tutto la realizzazione, da parte del pretore, di un meccanismo processuale tale per cui avrebbe potuto chiedere di venire immesso nel possesso dei beni ereditari anche chi fosse stato istituito erede in un testamento affetto da qualche imperfezione formale, e a prescindere, comunque, dall'accertamento circa l'effettiva osservanza del rito librale (*bonorum possessio secundum tabulas*). Come spesso accade negli interventi di quel magistrato, l'osservanza delle forme tradizionali cedeva terreno a un vaglio duttile e pragmatico degli intenti e degli interessi in gioco, a tutto beneficio della volontà sostanziale.

Pur se per ragioni alquanto specifiche – all'evidente scopo di favorire un ceto particolarmente vicino al potere politico –, deroghe ancor più eclatanti al vecchio formalismo intervennero più tardi, e tramite altri interventi normativi. Mi riferisco al regime che, in età imperiale, venne messo a punto in merito al testamento dei militari (*testamentum militis*). Nella sua disciplina rinveniamo alcune deroghe sul piano sostanziale, in quanto non trovavano applicazione, ad esempio, determinate regole civilistiche: come quella secondo cui non poteva aversi concorso fra delazione testamentaria e legittima; l'istituzione di erede doveva necessariamente riguardare non un bene determinato (ma la totalità del patrimonio o una sua quota), né tollerava termine o condizione risolutiva; i *sui* dovevano essere o istituiti eredi o

diseredati. Ma accanto a simili elementi di eccezionalità sul piano dei contenuti, spicca soprattutto, dal nostro punto di vista, la completa assenza di vincoli formali. Era stimata infatti sufficiente, da parte del militare, qualsiasi manifestazione di una seria volontà di testare: fosse essa scritta od orale, in lingua latina o meno, e non necessariamente in forma imperativa.

Pensiamo inoltre alla crescente libertà di forme che, rispetto al rigore più risalente (con tratti di autentica solennità), interessò la disciplina dei legati, dei quali venne attenuata anche la netta demarcazione in quattro distinte tipologie. Il sostanziale avvicinamento fra queste ultime – a tutto vantaggio della salvaguardia dell'effettiva volontà del *de cuius*, anche laddove egli non si fosse perfettamente attenuto alle modalità prescritte – venne sancito soprattutto col senatoconsulto Neroniano (I secolo d.C.), alla cui stregua un legato, espresso in termini inidonei, sarebbe stato valido, se considerato di altro genere (l'ipotesi prevalente era quella di un legato *per vindicationem* "convertito" in legato *per damnationem*).

Gli sviluppi successivi condussero alle estreme conseguenze questo tratto di andamento relativo ai legati. Dapprima col venir meno (sancito da Costantino) della necessità di impiegare i *verba* degli antichi formulari; poi con la definitiva abolizione (a opera di Giustiniano) delle quattro possibili tipologie, in modo tale da aversi una figura unitaria, e con un regime sostanzialmente conforme a quello dei fedecommessi. Una figura, quest'ultima, su cui torneremo fra breve, ma della quale interessa ora soprattutto il fatto di essere a sua volta contraddistinta, fin dalle sue origini – e anche al momento del suo pieno riconoscimento giuridico, in età augustea – da un'estrema libertà nella manifestazione degli intenti del *de cuius*. Si trattava infatti di una semplice preghiera, con la quale ci si rimetteva alla *fides* dell'onerato (da cui il suo nome, ma anche le iniziali esitazioni circa la sua forza vincolante). A tal fine non era necessaria l'osservanza di alcuna formalità: neppure l'uso della lingua latina né la redazione di un testamento o di un documento autonomo (codicillo) "confermato" (ossia richiamato, come era invece necessario per i legati) in un testamento anteriore o successivo.

Peraltro, il progressivo riconoscimento del ruolo prevalente della volontà testamentaria, rispetto all'osservanza dei requisiti formali, interessò anche la principale disposizione con cui si apriva il testamento stesso: l'istituzione di erede. Essa, stando ai rigorosi dettami provenienti dalla tradizione del *ius civile*, doveva essere espressa in latino, con modalità imperativa e collocata prima di ogni altra. Col tempo, però, si iniziò con l'ammetterne la validità anche laddove non posta all'inizio o non espressa con formule imperative; quindi si dette la possibilità di servirsi della lingua greca. Infine, nella prima metà del IV secolo (con una disciplina che fu ancora accolta da Giustiniano), venne sancita l'assoluta libertà di formulazione, purché la volontà del testatore risultasse chiaramente espressa.

Fermiamoci qui. Pur con tutte le cautele e le precisazioni segnalate, il complesso di queste figure e dei relativi sviluppi illustra compiutamente – mi sembra – il tratto di andamento che abbiamo cercato di isolare. Il crescente rilievo attribuito alla volontà del testatore, al di là dei vincoli formali a cui essa veniva subordinata allo scopo di produrre pienezza di effetti giuridici, accomuna percorsi diversi: dalla creazione di una modalità testamentaria (*per aes et libram*) ulteriore, assai più duttile e agevolmente accessibile, all'assoluta libertà di manifestazione introdotta per il testamento dei militari e i fedecommessi, sino al progressivo abbandono dei quattro distinti e rigidi formulari dei *genera legatorum*, e al superamento dei più rigorosi dettami relativi all'istituzione di erede.

L'ultimo motivo di fondo cui si è accennato, e col quale vorrei chiudere queste riflessioni, concerne i protagonisti della nostra storia. A parte la normativa decemvirale – che peraltro recepì, con ogni probabilità, *mores* preesistenti – e qualche *lex publica*, per secoli essi si identificarono con coloro che, più in generale, possiamo considerare i principali artefici della tessitura di quella rete di casi e di azioni tramite la quale si definì il diritto privato romano. Da una parte i giuristi (tanto più, come visto al § 1, all'interno della tradizione civilistica); dall'altra i magistrati provvisti di *iurisdictio*, a cominciare dal pretore (cui si deve, nella sostanza, l'allestimento di una modalità successoria altra e parallela rispetto a quella civilistica, e imperniata sulle tre forme di *bonorum possessio*).

In tutto questo non troviamo, per la verità, nulla di sorprendente: per chi conosca la storia giuridica romana nel suo complesso, vi sarebbe stato anzi da stupirsi se le cose non fossero andate in tal senso. Tuttavia, la circostanza che le successioni *mortis causa* siano state regolate, per un lungo tratto (diciamo, almeno fino a tutta l'età repubblicana, ma con soluzioni che sarebbero rimaste vigenti per molto più tempo), essenzialmente in virtù degli interventi propri di un diritto giurisprudenziale e/o del *ius honorarium*, caratterizza in profondità la morfologia di quella disciplina. Basti pensare a ciò che comporta, anche nella nostra materia, il peculiare incedere dei giuristi: perennemente attratti dalla dimensione casistica, sia pure rischiarata dall'impiego di categorie astratte sempre più raffinate; in serrato dialogo fra loro, con l'inevitabile pluralità di *dissensiones* che per secoli prese vita, richiedendo da parte della stessa giurisprudenza una costante e capillare gestione delle dottrine in campo; il loro metodo topico, irriducibile ai condizionamenti della sistematica e di una ferrea logica deduttiva; la prevalente attenzione prestata alla tutela processuale potenzialmente fruibile, più che all'inquadramento "dogmatico" dei diritti sostanziali che si delineavano.

Un "ragionare per azioni" che è poi, quasi per antonomasia, tratto saliente dell'azione pretoria: tramite la quale si affermarono nuove forme di tutela processuale (pensiamo all'interdetto tramite il quale veniva consentito di immettersi nella *bono-*

rum possessio), e solo di riflesso si delinearono nuovi tratti del regime sostanziale. A questo modo di procedere – che non è solo del *ius praetorium*, ma caratterizza un'intera mentalità giuridica – non si sottraggono alcune innovazioni introdotte in età imperiale, e che pure non sono direttamente ascrivibili né ai giuristi né ai magistrati.

La figura che più rileva in tal senso è quella, cui abbiamo accennato poco sopra, del fedecommesso. Alle radici del suo pieno riconoscimento giuridico, come di una disposizione provvista di efficacia vincolante, troviamo la volontà di Augusto. Ma decisivo riuscì probabilmente, stando alle fonti, il parere di un giurista a lui vicino (Trebazio, che intervenne in merito ai codicilli redatti da Lentulo, che coinvolgevano lo stesso principe); ed è altresì significativo che quel riconoscimento coincise con l'allestimento di una nuova tipologia processuale. Per tutelare il fideicommissario, gli venne infatti attribuita la facoltà di rivolgersi ai consoli (più tardi ai *praetores fideicommissarii*) tramite una procedura che si svolgeva fuori dell'*ordo iudiciorum* del processo formulare, e che costituì la prima delle *cognitiones* denominate appunto *extra ordinem*.

In relazione ai fedecommessi, acquista poi ai nostri fini particolare rilievo quella tipologia che interessava l'intero patrimonio, in quanto veniva chiesto all'erede di trasmettere ad altro soggetto tutta l'eredità (o una sua porzione) a un dato momento, che poteva anche coincidere con la morte dell'erede stesso. Dinanzi a un fedecommesso (a titolo universale) congegnato in quest'ultimo modo, l'onerato aveva un indubbio incentivo ad accettare l'*hereditas* (incentivo che era invece esiguo ove la "restituzione" dovesse avvenire dopo un breve termine), ma si determinava anche, a favore dell'originario disponente, la possibilità di preordinare la destinazione dei propri beni per più generazioni. Fra le pieghe di quest'accorgimento tecnico è la chiave per comprendere secoli di storia economica europea, con grandi patrimoni che – anche in virtù del concorso con una diseredazione assai agevole da praticare, se non addirittura con la regola del maggiorascato – si mantennero compatti, all'interno della medesima discendenza, per innumerevoli generazioni.

L'abolizione napoleonica del fedecommesso universale segna una cesura epocale, che è politica e sociale ancor prima che giuridica: davvero la fine dell'"antico regime" e il compimento degli ideali della Rivoluzione, se non proprio uno degli atti che – secondo la periodizzazione solo in apparenza sorprendente di Le Goff – decretarono la fine del Medioevo. Né è un caso che nei codici civili vigenti (come quello italiano, con l'eccezione della "sostituzione fedecommissaria" prevista, a scopo solo assistenziale, dagli articoli 692 ss.) il nostro istituto non abbia più trovato spazio. Anche la sua parabola – ai cui esordi troviamo, oltre alla volontà del principe, l'apporto di un giurista e il tipico modo romano di "pensare il diritto per mezzo delle azioni" – ci parla di uno "scenario pre–moderno", come molte delle figure e delle dinamiche sulle quali ho cercato di richiamare l'attenzione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

I riferimenti iniziali sono tratti da Sumner Maine H. (1998). trad. it. *Diritto antico*. Milano: Giuffré, p. 100 ss. e Nörr D. (2005). *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig.19.1.43 sq.)*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Beck, p. 16.

In materia di successioni *mortis causa* rimane fondamentale Voci P. (1967², 1963²). *Diritto ereditario romano*, I–II. Milano: Giuffré. Una sintesi assai puntuale in Santalucia B. (2010²). *Successioni a causa di morte e donazioni*, in A. Schiavone, ed. *Diritto privato romano. Un profilo storico*. Torino: Einaudi, p. 213 ss. Ho tenuto inoltre conto delle pagine, redatte da Valerio Marotta e da chi scrive, di Schiavone A., ed. (2016). *Storia giuridica di Roma*. Torino: Giappichelli, p. 34 ss., 152 ss., 301 ss. Si vedano inoltre – con specifico riferimento alle direttive di lavoro che si definirono, attorno a questi temi, nella giurisprudenza dalla tarda repubblica in poi – Maschi C.A. (1938). *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*. Milano: Società editrice "Vita e pensiero"; Ormanni A. (1962). *Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in Aa.Vv. *Studi E. Betti*, IV. Milano: Giuffrè, p. 579 ss.; John U. (1970). *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo*. Karlsruhe: Müller, 1970; Watson A. (1971). *The Law of Succession in the Later Roman Republic*. Oxford: Oxford University Press; Wieling H.J. (1972). *Testamentsauslegung im römischen Recht*. München: Beck; Paulus C. (1992). *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*. Berlin: Duncker & Humblot.

Le considerazioni relative all'elaborazione di Quinto Mucio – con particolare riguardo all'interpretazione della volontà testamentaria – presuppongono Ferrary J–L., Schiavone A., Stolfi E., eds. (2018). *Quintus Mucius Scaevola. Opera*. Roma: L' Erma di Bretschneider; ma cfr., di recente, anche Brutti M. (2017). *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*. Torino: Giappichelli, p. 59 ss.

Riguardo al "sistema civilistico" e alla costante posizione prioritaria che vi è assegnata alla trattazione di successioni testamentarie e (poi) legittime, sempre importante Scherillo G. (1953). Il sistema civilistico, in Aa.Vv. *Studi V. Arangio–Ruiz*, IV. Napoli: Jovene, p. 445 ss.; ma si veda anche Lauria M. (1963). *Ius Romanum*, I.1. Napoli: Arte tipografica, spec. p. 57 s. In particolare, sulla struttura dell'opera di Sabino cfr. Astolfi R. (20012). *I libri tres iuris civilis di Sabino*. Padova: Cedam. Da tener presenti anche Frezza P. (1933). *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano (ora in Frezza P. (2000). *Scritti*, I. Roma: Lateran University Press, p. 193 ss.) e Cannata C.A. (1997). *Per una storia della scienza giuridica europea*. I. *Dalle origini all'opera di Labeone*. Torino: Giappichelli, spec. p. 256 ss.

Quanto rilevato in merito alla *interpretatio* romana (con precipuo riferimento all'ambito negoziale, e tenendo anche conto della distanza rispetto alla moderna interpretazione) riprende Stolfi E. (2004). *'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*. Napoli: Jovene, p. 79 ss.; Stolfi E. (2016). *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas» fra tarda repubblica ed età dei Severi*. in *Interpretatio prudentium*, 1.1, p. 162 ss. ove bibl. e ora Stolfi E. (2018). *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*. Torino: Giappichelli, p. 132 ss.

In merito al più risalente significato di *familia* (intesa, come nella legislazione decemvirale, quale complesso patrimoniale più che personale) e all'etimologia – davvero rivelatrice, nella sua simmetria – di *matrimonium* e *patrimonium*, ho tenuto conto soprattutto delle acute osservazioni di Thomas Y. (1980). *Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet–objet en droit romain*. in *Archives de philosophie du droit*, 25, p. 413 ss. Le tesi di Bonfante sulla configurazione arcaica della famiglia e delle successioni *mortis causa* ricorrono più volte nell'ampia produzione da lui dedicata a questi argomenti: si vedano Bonfante P. (1925). *Corso di diritto romano*. I. *Diritto di famiglia*. Roma: Sampolesi e Bonfante P. (1930). *Corso di diritto romano*. VI. *Le successioni*. Roma: Sampolesi, nonché Bonfante P. (2007). *Scritti giuridici varii*, I (rist. corretta a cura di G. Crifò e A. Mancinetti). Roma: Aracne. Di "reificazione imperfetta" degli schiavi ho parlato, illustrando le ragioni di questa formula, in Stolfi E. (2002). *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*. Milano: LED Edizioni universitarie, p. 395 ss. e Stolfi E. (2009). La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane. in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, p. 11 ss.

Sul tratto di andamento (almeno tendenziale, e in realtà non privo di discontinuità e fasi regressive) dal formalismo al volontarismo abbiamo insistito in Lantella L., Stolfi E. (2005). *Profili diacronici di diritto romano*. Torino: Giappichelli, p. 219 ss. Circa il mio orientamento riguardo alla distinzione tra formalismo e carattere formale del diritto, posso rinviare a Stolfi E. (2010). *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*. Bologna: Il Mulino, p. 31 ss. ove bibl., con alcuni spunti anche in relazione alle categorie di Weber che sono qui rievocate (ma sull'odierna crisi della "calcolabilità" weberiana cfr. soprattutto, da ultimo, Irti N. [2016]. *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli, spec. p. 5 ss., 33 ss., 107 ss.), oltre che poi (p. 139 ss., spec. 144 ss. ove bibl.) alla nozione di *persona* in Gaio.

La nota tesi di Le Goff cui viene fatto riferimento è esposta con particolare nettezza in Le Goff J. (2006). *Un lungo Medioevo*. Bari: Dedalo, spec. p. 11 ss. (secondo il quale [p. 54] persino "la Rivoluzione francese è ancora un fenomeno tipicamente medievale").

NICOLA TRIGGIANI

CONSIDERAZIONI SULLE PROPOSTE DI LEGGE IN TEMA DI INAPPLICABILITÀ DEL GIUDIZIO ABBREVIATO AI DELITTI PUNITI CON LA PENA DELL'ERGASTOLO*

Il rapporto tra giudizio abbreviato e delitti punibili con l'ergastolo è da sempre un rapporto altalenante e tormentato: mi sembra opportuno ripercorrerlo brevemente, per poi illustrare le mie osservazioni in riferimento ad alcuni dei punti più qualificanti delle proposte di legge in discussione.

1. Le modifiche che si vorrebbero introdurre – con gli artt. 1, lett. a), e 2 della p.d.l C. 392 e con gli artt. 1, lett. a), e 3 della p.d.l. C. 460 – comportano sostanzialmente un "ritorno alle origini", posto che la legge–delega 16 febbraio 1987, n. 81, in attuazione della quale è stato redatto il c.p.p. 1988, non contemplava la possibilità di richiedere il rito abbreviato per tali delitti, prevedendo nella direttiva n. 53 che, in caso di condanna, vi fosse una diminuzione "secca" di un terzo della pena prevista.

L'originario art. 442, comma 2, c.p.p., entrato in vigore il 24 ottobre 1989, individuava, invece, in trenta anni di reclusione la pena da sostituire all'ergastolo, consentendo così l'accesso al rito abbreviato (allora, peraltro, subordinato al consenso del pubblico ministero) per qualunque tipologia di reato.

La Corte costituzionale, con la sentenza 23 aprile 1991, n. 176, dichiarava poi illegittima, per eccesso di delega *ex* art. 76 Cost., la previsione codicistica della sostituzione della pena dell'ergastolo con la pena di anni trenta di reclusione, proprio in considerazione del fatto che il riferimento alla diminuzione di un terzo della pena nella legge–delega era formulato in modo tale da far ritenere che la previsione del giudizio abbreviato dovesse riguardare solo i delitti punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, risultando invece precluso l'accesso al rito per i delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo.

In seguito, l'art. 30, comma 1, lett. b), l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. "legge

* Testo predisposto per l'Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 27 settembre 2018, nell'ambito dell'indagine conoscitiva in merito all'esame delle proposte di legge C. 392 Molteni e C. 460 Morani in materia di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

Carotti") ha reintrodotto la possibilità di richiedere l'applicazione del rito anche per i delitti punibili con l'ergastolo e la correlativa sostituzione della pena, eliminando, nel contempo, la necessità del consenso del pubblico ministero sulla richiesta dell'imputato.

L'art. 7, comma 1, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con modif. in l. 19 gennaio 2001, n. 4, ha, poi, modificato l'art. 442, comma 2, c.p.p., prevedendo che, nei casi di concorso di delitti e di reato continuato, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno *ex* art. 72 c.p. non sia sostituita con la pena di anni trenta di reclusione, ma con l'ergastolo semplice, senza isolamento diurno.

Le ultime innovazioni introdotte dall'art. 1, comma 44, l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. "riforma Orlando") – pur incidendo su vari passaggi del rito abbreviato – non hanno interposto alcun limite all'accesso al rito speciale collegato alla tipologia di reato per cui si procede.

Neppure è stata prevista la possibilità di graduare la diminuzione di pena in considerazione della diversa gravità delle fattispecie concrete, secondo le articolate indicazioni a suo tempo offerte dalla c.d. "Commissione Canzio", istituita presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia con decreto del 10 giugno 2013 per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale. L'unica novità introdotta è la previsione per le contravvenzioni della riduzione della metà invece che di un terzo della pena (nuovo testo dell'art. 442, comma 2, primo periodo, c.p.p.).

2. Ora, non c'è dubbio che la fisionomia del giudizio abbreviato sia profondamente mutata nei quasi trenta anni di vigenza dell'istituto a causa di numerose declaratorie d'illegittimità costituzionale e di altrettanto numerose novelle legislative. Tuttavia, la finalità per la quale tale procedimento speciale è stato introdotto nel nostro ordinamento è rimasta inalterata: si tratta di un rito che mira a deflazionare il dibattimento e si muove, quindi, in un'ottica di economia processuale ovvero di risparmio di tempo e costi, prevedendo uno "sconto" di pena come contropartita per l'imputato che rinuncia alle garanzie proprie del giudizio ordinario.

Se questo è vero, considerato che tra i delitti punibili con l'ergastolo – per i quali risulta quindi ammissibile, con la disciplina attualmente vigente, il giudizio abbreviato – quello più rilevante è l' omicidio aggravato e che gli ultimi dati ISTAT disponibili indicano che gli omicidi volontari sono in calo, c'è innanzitutto da interrogarsi – nell'ambito di una valutazione puramente economica costi/benefici per l'amministrazione della giustizia – se il gioco valga la candela.

Dobbiamo cioè domandarci se, a fronte di un risparmio di tempo e di risorse che può ritenersi complessivamente modesto, ove rapportato al numero complessivo dei procedimenti per i quali è stata esercitata l'azione penale, sia giusto ed

eticamente accettabile consentire ad un imputato riconosciuto colpevole di delitti particolarmente gravi di poter beneficiare, per la sola scelta processuale del rito, di un trattamento sanzionatorio sensibilmente più mite di quello che diversamente dovrebbe essere applicato, compromettendo così pesantemente il principio della proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato.

Vero è che, come già ricordato, nei casi di concorso di delitti e di continuazione, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno non è sostituita con trenta anni di reclusione, ma con l'ergastolo. Ma ciò non toglie che la disciplina vigente consenta comunque – anche in caso di omicidi particolarmente efferati, magari aggravati dalla premeditazione e dalla crudeltà, come accade per tanti "femminicidi" – la possibilità della sostituzione dell'ergastolo con la pena della reclusione di anni trenta.

Con quel che ne consegue, dal punto di vista della mancata risposta alle istanze di giustizia dei familiari delle vittime di tali delitti e della intera collettività, e con possibili riverberi sulla credibilità del "sistema giustizia" nel suo complesso, a fronte della commissione di delitti che suscitano un elevatissimo allarme sociale.

Ora, nessuno vuole mettere in discussione la finalità rieducativa della sanzione penale riconosciuta dall'art. 27, comma 3, Cost.

Si discute da tempo, del resto, della difficile compatibilità della pena dell'ergastolo con la nostra Carta costituzionale.

Ma fino a quando tale pena risulterà prevista dal nostro ordinamento penale, non può essere, a mio avviso, una scelta di tipo processuale operata unilateralmente dall'imputato ad impedirne l'applicazione in concreto: se si vuole abolire la pena dell'ergastolo per una serie di fattispecie delittuose, si deve avere il coraggio di intervenire in tal senso sul codice penale. Non si può, come dire, aggirare l'ostacolo, in maniera surrettizia, attraverso un'opzione processuale rimessa all'imputato e insindacabile dalle altre parti processuali.

Peraltro, è, a mio avviso, apprezzabile la previsione – contenuta sia nell'art. 1, lett. b), della p.d.l. C. 392 che nell'art. 1, lett. b), della p.d.l. C. 460 – che consente all'imputato di un delitto punibile con la pena dell'ergastolo di presentare comunque richiesta di giudizio abbreviato, subordinandola ad una diversa qualificazione dei fatti o all'individuazione di un reato diverso da quelli per i quali è previsto l'ergastolo.

La richiesta al giudice di valutare l'imputazione formulata dal pubblico ministero per derubricare eventualmente il reato contestato in un delitto per il quale non sia previsto l'ergastolo, consentendo così l'accesso al rito e al conseguente "sconto" di pena, evita possibili sperequazioni nel trattamento degli imputati.

Sul punto, la tutela offerta dalla "p.d.l. Morani" è particolarmente ampia, essendo opportunamente consentito riproporre tale domanda, ove rigettata, sia nuova-

mente all'udienza preliminare (art. 1 lett. c) sia prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 2, che inserisce il nuovo art. 438–*bis* c.p.p.). Mi sembrano condivisibili anche le ulteriori ipotesi di richiesta del rito abbreviato direttamente nel dibattimento contenute nel citato nuovo art. 438–*bis* c.p.p., che rispondono alla stessa logica di garanzia dell'imputato, ma al contempo si inquadrano nella finalità deflattiva del rito.

3. Ciò detto, suscita, invece, a mio avviso, più di una perplessità, la previsione contenuta nell'art. 2 p.d.l. C. 392, laddove, sostituendo il testo del comma 2 dell'art. 442 c.p.p., dispone che, nella determinazione della pena, si deve tener conto delle sole circostanze aggravanti e non anche delle attenuanti, come avviene attualmente.

Nella norma si potrebbero intravedere dei profili d'incostituzionalità, ma, a prescindere da questi rilievi, mi sembra una previsione di eccessivo rigore, soprattutto se si considera che, nel momento in cui l'imputato richiede il giudizio abbreviato, conosce i limiti edittali della pena prevista dall'ordinamento per il reato contestato, ma non sa quale sarà la pena–base determinata dal giudice – con una scelta rimessa alla sua discrezionalità – per operare la riduzione premiale (potrebbe essere anche il massimo edittale).

La riduzione, secondo la "p.d.l. Molteni", dovrebbe essere di un terzo sia per i delitti che per le contravvenzioni, laddove la l. n. 103/2017, entrata in vigore poco più di un anno fa, aveva previsto, come ho già prima ricordato, il dimezzamento delle pene in caso di contravvenzione, con il chiaro intento di incentivare l'efficacia premiale del rito, ma soltanto per i delitti meno gravi.

C'è allora il rischio che queste due modifiche – la mancata considerazione delle circostanze attenuanti per tutti i delitti per i quali è possibile chiedere il rito abbreviato e la previsione della riduzione della pena di un terzo, anziché della metà, anche per i delitti contravvenzionali – possano rendere davvero poco appetibile la scelta del rito alternativo, con conseguenze apprezzabili sul piano della mancata deflazione dibattimentale.

Sulla stessa linea della "p.d.l. Molteni", ma con previsione di carattere generale, non limitata, dunque, al giudizio abbreviato, si pone l'art. 5 "p.d.l. Morani" che ridisegna, per i delitti contro la persona (artt. 575–623*bis* c.p.), il bilanciamento delle circostanze, attraverso l'inserimento di un nuovo ultimo comma nell'art. 69 c.p., impedendo che possano essere ritenute equivalenti o addirittura prevalenti eventuali circostanze attenuanti quando siano applicabili le aggravanti di cui all'art. 61, n. 1 e n. 4 c.p. (aver agito per motivi abbietti o futili, aver adoperato sevizie, aver agito con crudeltà contro le persone). Le diminuzioni di pena dovrebbero, dunque, essere effettuate sulla misura della pena risultante dall'aumento conseguente alle aggravanti.

Qui le perplessità sono maggiori: a mio avviso, una previsione di questo tipo, che va a incidere sulla parte generale del codice penale, andrebbe stralciata, meritando un più attento approfondimento nell'ambito di una riforma sistematica del codice penale e soprattutto del trattamento sanzionatorio.

La p.d.l. C. 460, a differenza della p.d.l. C. 392, conserva la distinzione tra delitti e contravvenzioni quanto agli effetti premiali: l'art. 3 prevede, infatti, la soppressione solo del secondo e del terzo periodo dell'art. 442, comma 2, c.p.p., mentre resta immutato il primo periodo. Per quanto segnalato prima, mi sembra una scelta apprezzabile, nell'auspicio che possa rappresentare un maggior incentivo per la scelta del rito abbreviato: dall'introduzione della previsione del dimezzamento delle pene per le contravvenzioni ad opera dell'art. 1, comma 44, l. n. 103/2017 è in effetti trascorso soltanto un anno, un tempo troppo breve per verificare se, nella prassi applicativa, ci sia stato effettivamente un maggiore effetto deflattivo.

4. Mi lascia molto perplesso anche la previsione contenuta nell'art. 2 p.d.l. C. 460, tesa ad introdurre l'art. 438–*ter* c.p.p. in ordine alla celebrazione del rito abbreviato davanti alla Corte d'assise invece che davanti al Giudice dell'udienza preliminare, laddove si proceda per i delitti previsti dall'art. 5 c.p.p. diversi da quelli punibili con l'ergastolo: innovazione alla quale si collega l'introduzione del nuovo art. 134–*ter* disp. att. c.p.p. ad opera dell'art. 4 della suddetta proposta.

È vero che, in astratto, si potrebbe intravedere una possibile violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge *ex* art. 25, comma 1, Cost. nella circostanza che sia un giudice monocratico ad occuparsi di delitti di competenza della Corte d'assise, come già peraltro accade con la disciplina attualmente vigente (fatta eccezione per i procedimenti a carico di imputati minorenni), ma mi sembra assolutamente contraddittorio introdurre questa previsione della celebrazione del rito abbreviato davanti alla Corte d'assise contestualmente a quella che rende inapplicabile tale rito ai delitti più gravi punibili con l'ergastolo.

Si può ritenere, del resto, che la richiesta dell'imputato di procedere con il rito alternativo comporti una rinuncia a tutte le garanzie dibattimentali, inclusa quella della collegialità del giudizio e della partecipazione dei giudici popolari, in relazione al riparto della competenza per materia.

Senza dire che, con la modifica proposta, il carico di lavoro delle Corti d'assise sarebbe assai elevato, con inevitabile allungamento dei tempi dei processi: all'attuale ruolo, si aggiungerebbero, infatti, da un lato, i procedimenti per delitti punibili con la pena dell'ergastolo, che, con le proposte di legge in discussione, si vogliono sottrarre al rito abbreviato, dall'altro, per l'appunto, i procedimenti da celebrare con rito abbreviato per i delitti di cui all' art. 5 c.p.p. puniti con pena diversa dall'ergastolo.

I benefici connessi all'utilizzo del rito abbreviato dal punto di vista dell'economia processuale verrebbero pertanto ad essere correlativamente assai ridotti.

D'altronde il problema della collegialità si potrebbe porre analogamente anche per i delitti di competenza del tribunale in composizione collegiale (anche se in misura meno grave, posto che la Corte d'assise garantisce non solo il valore della collegialità della decisione, ma anche quello della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia *ex* art. 102, comma 3, Cost.).

5. Qualche parola – in conclusione – sulla necessità di una normativa transitoria.

Al riguardo, la p.d.l. C. 392 non prevede nulla nell'art. 3, dedicato all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, facendo evidentemente leva sul principio generale *tempus regit actum*.

Poiché l'esperienza delle novelle legislative degli ultimi anni dimostra che, quando si vanno a modificare le norme processuali, sorgono molto spesso dubbi interpretativi sulla loro possibile applicabilità ai procedimenti pendenti, con conseguenti questioni di legittimità costituzionale e la necessità di interventi chiarificatori della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, sarebbe invece opportuna una espressa indicazione normativa di diritto intertemporale, come quella contenuta nell'art. 6 p.d.l. C. 460, ove si prevede che la riforma si applichi anche ai procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della legge, fatta eccezione per le ipotesi nelle quali sia già stata ritualmente presentata richiesta di rito abbreviato, *ex* art. 438, comma 2, c.p.p., prima della formulazione delle conclusioni del pubblico ministero e del difensore in sede di udienza preliminare, nel qual caso dovrebbe continuare a trovare applicazione la normativa previgente.

PROPOSTE DI LETTURA

🕮 Marco Cavina, *Maometto Papa e Imperatore*, Collana "I Robinson", Bari, Editori Laterza, 2018, pp. 176, ISBN 9788858133187

Sul finire della primavera del 1453 d.C., il mondo cristiano assisteva attonito allo sgretolamento non solo delle possenti mura teodosiane ma anche delle proprie certezze religiose, fondamenta su cui era stata edificata l'intera società europea medievale. La caduta di Costantinopoli in mano turca, infatti, minava in un sol momento la "verità" della Fede e quella dell'Impero, sua diretta emanazione mondana, mostrandosi come un'incomprensibile frattura del percorso "provvidenziale" della storia umana. Questo il contesto dal quale Marco Cavina, ordinario di storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Bologna "Alma Mater", fa iniziare il suo pregevole volume che segue le tracce della ricerca di un plausibile disegno divino che allontanasse il più possibile «l'idea orribile» di una storia priva di direzione, in cui il cristianesimo occupasse solo un ruolo temporaneo, destinato all'oblio, come le tante religioni che l'avevano preceduto. Una ricerca testimoniata dalla riscoperta di antiche profezie, come la *Visio danielis* dalla cui rilettura si traevano due possibili spiegazioni dell'accaduto: l'avvento di un'epoca dominata dall'anticristo, di cui il "Gran Turco" rappresentava l'incarnazione o un castigo divino che puniva la superbia e l'irreligiosità del regno greco, per mano dei discendenti di Ilio, legati a Roma tramite il sangue di Enea. In questo contesto, la circolazione di alcuni «fantasiosi scritti medioevali», riguardanti la figura del Profeta e dei suoi successori, appare significativa di un immaginario collettivo alla ricerca di una spiegazione per ciò che appariva incredibile. Così, soffermandosi sul *Liber Nycholay*, il Cavina trae una descrizione del Profeta quale giovane e dotto cardinale che, adirato per non essere stato eletto al Soglio Pontificio, utilizzerà i propri talenti per sovvertire la religione cristiana e fondare così l'Islam. D'altro canto da alcuni documenti individuati dall'Autore – tra i quali spiccano l'*Epistola Albaro directa* (VIII sec.), il *Memoriale Sanctorum* (IX sec.) e l'*Epistula Saraceni et Rescriptum Christiani* (XII sec.) – si ricava che il Profeta si fosse arrogato il titolo

di «Tromba di Dio», imponendo leggi basate sui più sordidi istinti della natura umana e avesse attratto, grazie alla propria natura "truffaldina" da ex mercante, «masse urlanti, ignoranti e barbare» bramanti un folle paradiso dominato dalla carne e dal sangue e che la sua morte non fosse avvenuta nell'anno 662 d.C. ma nel 666 d. C., anno che richiamava la simbologia del "numero della Bestia" contenuta nell'Apocalisse di San Giovanni.

In successione lo Scrittore pone l'accento sulla concezione universalistica della figura di Maometto II; a tal fine, richiama l'argomentazione onomastica di Leonardo Bentivogli contenuta nell' *Epistola Johannitarum a Roddy missa ad Jerusalem ad marchionem de Wrannenberg* del 1453 d.C., secondo cui il Sultano, facendo leva sulla propria omonimia con il Profeta, avrebbe agito nella convinzione che Allah avesse a questi affidato la "Legge" e a lui il compito di diffonderla al mondo intero che, per tale disegno divino, sarebbe stato sotto il suo dominio. Tale pensiero pareva avvallato anche dai cronisti musulmani dell'epoca, tra cui i celebri Tursun Beg e Ibn Kemal, che, dopo la conquista di Costantinopoli, appellavano Maometto II «Padishah del mondo», facendo ritenere che quest'ultimo si considerasse il legittimo Imperatore dei romani, per diritto di guerra e volontà divina, e che intendesse completare l'opera di riunificazione dell'antico dominio dei Cesari, annettendo l'Italia, Roma e tutto il Sacro Romano Impero, reputandosi al contempo il Protettore della Chiesa cristiano–ortodossa, tanto da nominare, nel 1454 d.C., Giorgio Gennadio Scolario, umanista bizantino, noto per le sue posizioni antiunioniste con la Chiesa di Roma, quale Patriarca di Costantinopoli.

A questo punto il Cavina conduce il lettore negli ambienti intellettuali delle corti italiane e della Curia romana, ove gli umanisti, tra paure e speranze, si sforzavano di ipotizzare le possibili ripercussioni della caduta dell'Impero Bizantino sul futuro dell'Occidente, tra chi come Giorgio Gemisto Platone immaginava un recupero del paganesimo come religione naturalista–universale, chi come Giorgio da Trebisonda assumeva una posizione ambigua tra la condanna del Sultano e l'auspicio che lo stesso potesse fondare un unico impero con un'unica religione, magari mutando il proprio nome in "Manuele", e chi come Sanchez de Arevalo Rodrigo assumeva posizioni filopapali talmente radicali da tacciare di eresia qualsiasi altra opinione.

In tale quadro, di notevolissimo interesse appaiono due epistole papali che evidenziano un'apertura nei confronti del nuovo conquistatore, nel tentativo di inglobarlo nel mondo cristiano; nello specifico, quella scritta da Pio II nel 1461 d.C., rimasta nel cassetto del Sommo Pontefice fino alla data della sua morte, che esortava Maometto II a convertirsi come un novello Costantino, assumendo legittimamente il titolo di imperatore d'Oriente per "investitura" di Santa Romana Chiesa, e quella del 1494 d.C. di Alessandro VI, che trovatosi a fronteggiare l'e-

sercito di Carlo VIII, chiedeva aiuto al Sultano Bajezid II affidandogli le Terre del Regno Aragonese di Napoli nonché quelle della Chiesa.

Di seguito, l'Autore evidenzia come lo schema tripartito esistente alla vigilia del 1453 d.C., costituito dalla convivenza nell'area mediterranea dell'Impero Ottomano, con il Sacro Romano Impero e con l'Impero Romano d'Oriente, non sia venuto meno per il sol fatto che quest'ultimo fosse stato conquistato dal Padishah. In verità, con la Caduta dell'antica Bisanzio, si assistette ad uno strano fenomeno; infatti, sul postulato dell'*imperium sine fine*, molte potenze euro–asiatiche tentarono di raccogliere l'eredità della *Roma aeterna*. Tra queste emerse la Russia, la cui capitale, Mosca, si poneva quale terza Roma e, pertanto, nuovo epicentro dell'ecumene cristiano–ortodosso in ossequio all'idea di "traslatio et renovatio imperii", che affondava le proprie radici nella imperscrutabilità dei disegni della provvidenza divina.

A dimostrazione di tale volontà, nel 1472 d.C., Ivan III di Russia, unendosi in matrimonio con Zoe Paleologa, nipote di Costantino XI, assunse per sé il Titolo di "Zar", termine che probabilmente rinviene dalla parola latina "Caesar", adottando l'insegna dell'aquila bicefala, che aveva contraddistinto l'impero d'Oriente fin dai tempi di Costantino il Grande. Infine, a suggello dell'avvenuta "traslatio imperii", nel 1561 d.C., il Patriarca di Costantinopoli riconobbe Ivan IV "Imperatore Ecumenico".

Gli eventi di quell'epoca, che spinsero verso una revisione dei parametri culturali della civiltà occidentale, ebbero un riflesso speculare anche nel campo avverso e aprirono la strada – come emerge dalla diffusione della leggenda di Maometto Papa – ad un sincretismo religioso inteso come frutto di un disegno provvidenziale in grado di collegare il passato al futuro.

Numerosi furono, infatti, gli intellettuali musulmani, tra cui Taqì al–Din Ahmad Ibn Taymiyya, che rivendicavano all'Islam il ruolo di monoteismo perfetto, via intermedia tra il fanatismo ebraico, crudele, sanguinario e nazionalista, e quello cristiano, delineato come superumano e utopico. Questi sostenevano che Allah non pretendesse dall'uomo un'impossibile santità ma una vita che seguisse «il medio cammino, di gente equilibrata», prospettando l'Islam quale equa revisione del cristianesimo. Partendo da queste premesse – afferma il Cavina – furono molti gli intellettuali dell'epoca, cristiani e musulmani, specie in Anatolia, terra di confine, che cercarono punti di contatto tra i due grandi monoteismi. In quest'ambito appare significativo il pensiero di Niccolò Cusano che nel *De pace fidei*, redatto nel fatale 1453 d.C., sostenne che la parola di Dio fosse unica ma che i profeti l'avessero adattata in base a luoghi e popolazioni e che col tempo l'originale messaggio di "Verità" fosse stato oscurato dalle consuetudini umane e che fossero queste la causa della discordia; pertanto, sarebbe stato necessario tornare

ad un cristianesimo estremamente semplificato dal carattere naturale–universale, partendo dalla comune venerazione di Gesù e Maria, al fine di riportare la pace tramite un'unica religione che potesse raccogliere tutte le genti dell'ecumene euroasiatico. L'incontro tra due mondi dopo il disorientamento seguito ad un evento inesplicabile: questo è il "cuore" del volume di Cavina che per l'appunto si sofferma sugli sforzi intrapresi dagli uomini, cristiani e musulmani, per avviare un dialogo duraturo tra i due grandi monoteismi, che avrebbe potuto condurre anche alla nascita di una nuova religione universale. Lo scrittore, tuttavia, rileva che si trattò di «una occasione mancata», in quanto, nonostante i tentativi di avvicinamento compiuti reciprocamente nella seconda metà del secolo XV, già a distanza di tre decenni dalla caduta della seconda Roma, con l'avvento dell'età della secolarizzazione, della riforma protestante e della controriforma si venne a creare una contrapposizione insanabile fra il Cristianesimo e l'Islam. Paradossalmente, l'odierna globalizzazione sembrerebbe propendere per una *reductio ad unum*, in cui appaiono riconoscibili alcune «reliquie del passato», come il mito della terza Roma, descritto ad esempio da Livio Spinelli, in *Mosca terza Roma,* del 2017, o l'immaginario musulmano radicale che vorrebbe, come propagandato da Abu Bakr al–Baghdadi, proclamatosi Califfo, issare la bandiera islamica sulla cupola di San Pietro.

In definitiva, conclude Cavina, in campo religioso, «più che di fusione o di sincretismo oggi si parla di dialogo interreligioso e di riconoscimento delle diversità, in un dibattito che oggi non può non ricomprendere la religione della laicità».

Francesco Guastamacchia

📖 Giovanni Minnucci, *Alberici Gentilis De papatu Romano Antichristo. Recognovit e codice autographo bodleiano d'Orville 607*. Archivio per la Storia del Diritto Medioevale e Moderno – Studi e Testi, Miscellanee raccolte da Filippo Liotta. Milano, Monduzzi, 2018, pp. CLXI – 355.

È del Luglio 2018 l'attesa edizione, da parte di Giovanni Minnucci, del *De papatu Romano Antichristo*, unica tra le opere di Alberico Gentili (1552–1608) pervenuteci intera e finora rimasta inedita. L'autografo originale dell'opera acquisito e pubblicato da Minnucci è conservato in Inghilterra, presso la Bodleian Library di Oxford (D'Orville 607, ff. 1*r*–95*v*). Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno nell'università di Siena, Minnucci torna a inserirsi, con questo studio, in quel personale e ricco filone di ricerca inaugurato negli anni Novanta del Novecento che fa dello stesso uno tra i maggiori e più accreditati studiosi del giurista sanginesino.

Gentili nasce a San Ginesio nel 1552 e si laurea in diritto civile a Perugia il 23 Settembre del 1569. La sua adesione alla Riforma lo costringe, nel 1579, a lasciare l'Italia. Nel 1580 è a Londra dove entra in contatto con gli ambienti di corte. Dopo pochi anni e nonostante alcune opposizioni dell'ambiente accademico puritano, nel 1587, con decreto reale di Elisabetta I è – unico italiano ad aver ricevuto tale prestigioso incarico – *regius professor* di *civil law* ad Oxford.

L'edizione critica dell'autografo gentiliano curata dal Minnucci giunge al termine di un lavoro durato più di sei anni e si presenta al lettore suddivisa in due parti. La prima, che si stende su CLXI pagine, è occupata da ampi *prolegomena* i quali, ben lungi dall'essere una mera introduzione all'edizione, sono a loro volta suddivisi in tre capitoli nei quali Minnucci affronta tre differenti ordini di questioni.

Nel primo capitolo "Il *De papatu Romano Antichristo* di Alberico Gentili: un *work in progress*", Minnucci osserva come, immediatamente dopo l'individuazione del manoscritto da parte di Thomas Erskine Holland nel 1874, l'opera del marchigiano fu oggetto di studi anche non completamente attendibili a partire da

quello dell'avvocato Giuseppe Speranza. Nella sua ricostruzione della bibliografia relativa al *De papatu*, Minnucci riconosce al contrario il rigore e la fondamentale importanza degli studi più recenti di Gesina Hermina Johanna Van der Molen, Di Diego Panizza e di Diego Quaglioni. Partendo dagli esiti raggiunti dagli autori appena citati e dai risultati ottenuti dallo stesso Minnucci nel corso di studi precedenti, lo storico affronta il delicato problema della datazione dell'autografo gentiliano e quello del suo completamento avvenuto in fasi successive mettendo a confronto – e qui vi è uno dei numerosi aspetti innovativi dello studio – la «redazione principale» (p. XXXIX) dell'opera che, alla luce delle citazioni presenti in essa, si considera conclusa nel 1585, con la raccolta di appunti, considerazioni e citazioni sparse apposte da Gentili sulle carte di guardia e sul frontespizio dell'opera negli anni a seguire. Tali appunti, probabilmente inseriti dall'autore «in vista di una successiva eventuale utilizzazione» (p. XLVIII), mostrano chiaramente, osserva Minnucci, come Gentili abbia continuato a intervenire sul testo negli anni successivi al 1585 e certamente fino al 1591, anno di edizione del *Tractatus criminalis* di Deciani, citato espressamente da Gentili nel f. 2*r*. del manoscritto.

Il secondo capitolo dei *prolegomena*, "Il *De papatu Romano Antichristo*: le fonti", è appunto dedicato dal Minnucci allo studio delle fonti cui Gentili attinse per la redazione della sua opera. Anche in questo capitolo lo storico coniuga dati già acquisiti in dottrina mediante studi precedenti ed elementi di nuova individuazione. Emerge, dalla ricostruzione di Minnucci, quanto eterogenea e multiforme fosse la cultura umanistica di Gentili. Grande ricorso, ad esempio, fa il il giurista marchigiano all'opera di Francesco Petrarca. Proseguendo una tradizione che andava consolidandosi dai tempi della Riforma, infatti, il sanginesino si rifà ripetutamente all'opera del Petrarca con l'intento di trarne un fondamento autoritativo e per dimostrare come «le invettive contro il Papa e la curia avignonese del poeta aretino erano indirizzabili al papato romano, e che Roma potesse essere identificata nella Babilonia dell'Apocalisse di San Giovanni» (p. LIV). I riferimenti a Petrarca non sono, tuttavia, gli unici richiami letterari del Gentili: Minnucci individua nell'opera del giurista una serie di richiami tanto alla letteratura classica (tra le altre sono citate le opere di Virgilio, Livio, Orazio, Ovidio e Seneca) quanto a quella immediatamente precedente o contemporanea all'autore (fra i tantissimi richiami individuati da Minnuci ricordiamo quelli a Dante Alighieri, a Iacopo Sannazaro, a Marsilio da Padova, a Lorenzo Valla, a Girolamo Savonarola, a Flacio Illirico e a Egidio Romano). Ovviamente la tesi di fondo per cui Gentili identifica l'Anticristo con la Chiesa di Roma non può prescindere da un costante richiamo alla Scrittura. Ed in effetti abbondantissimi sono i riferimenti scritturistici di Gentili – circa un migliaio – individuati da Minnucci e che riguardano la Bibbia «utilizzata pressoché in ogni sua parte» (p. XXXIX) con una particolare abbondanza di

riferimenti ai passi dal taglio apocalittico o escatologico. In tal senso pare emblematica la *Assertio XXII* (pp. 238–248) in cui Gentili, rifacendosi proprio ai Libri sacri, compie un complesso computo di anni idoneo a dimostrare l'identificazione tra instaurazione del papato e avvento dell'Anticristo. Tra le fonti utilizzate per la redazione del *De papatu* «un ruolo non secondario è rivestito da quelle di natura giuridica» (p. CIV). Preponderante, da parte di Gentili, è il ricorso al Decreto di Graziano. Numerosi, tuttavia, sono anche i richiami delle Decretali – soprattutto del *Liber Extra* – e del *Corpus iuris civilis*. Non mancano, ovviamente, i richiami alla dottrina sia del Diritto Comune classico che delle correnti umanistiche. L'indagine sulle fonti utilizzate da Gentili porta Minnucci a concludere come, ancora una volta "redazione originaria" e successive integrazioni consegnino un'opera dal taglio che tende a mutare con il trascorrere del tempo: sebbene Gentili avesse fondato su argomentazioni maggiormente teologiche la "redazione originaria", da un certo momento in poi il giurista sanginesino inizia a tornare ripetutamente sul manoscritto aumentando costantemente il peso del fattore giuridico e storico.

L'individuazione dei motivi di questa operazione è proposta da Minnucci nel terzo e ultimo capitolo dei suoi *prolegomena*: "Le probablili ragioni della mancata pubblicazione del *De papatu Antichristo*". Tali ragioni sono, secondo Minnucci, dovute all'ostilità incontrata da Gentili in ambiente teologico e puritano inglese. Lo storico, che si era già occupato di questo specifico aspetto della vita di Gentili in una relazione pronunciata nel 2016 a Parigi nel corso del *XV International Congress of Medieval Canon law*, ricostruisce la polemica tra Gentili e l'influente teologo John Rainolds il quale, facendosi portavoce dell'intero movimento puritano, stigmatizzerà la superficialità, la «*italica levitas*», con cui Gentili invade l'altrui ambito di studio, rivendicando con forza il diritto esclusivo dei teologi di disputare di teologia. Gentili, già colpevole in passato di alcune "invasioni di campo", secondo Minnucci dovette in un primo tempo pensare di poter mutare il taglio dell'opera – e da qui i numerosi interventi atti ad inserire nel *De papatu* argomentazioni squisitamente giuridiche – e infine recedere del tutto dall'impresa per la cui conclusione, evidentemente, Gentili non riuscì a trovare una soluzione soddisfacente.

La seconda parte del lavoro, che segue i *prolegomena*, riporta l'edizione dell'autografo gentiliano (pp. 1–352) offerta al lettore nella sua struttura originale che si compone di XXIV *assertiones* prive di titolo anche se, «lo stesso Alberico, quasi al termine della sua fatica, nel redigere l'*Assertio XXIII*, annota in margine il *nomen* di molte delle *Assertiones* che compongono il *De papatu*» (p. LVII). All'opera di Gentili Minnucci antepone anzitutto una *avvertenza* con cui si chiariscono modalità di studio e criteri adottati per l'edizione. Segue una *tavola* atta a descrivere le abbreviazioni e i segni diacritici utilizzati. Il dialogo con la redazione originale del

giurista sanginesino è tenuto efficacemente aperto mediante l'indicazione, nel corpo del testo, della cartulazione originale – segnata tra parentesi tonde e in grassetto – e dall'inserimento di sette riproduzioni del manoscritto (pp. 9, 10, 23, 195, 203, 285, 291) utilissime a dare immediatamente l'idea di come «non poche di quelle pagine si presentavano pervase da una scrittura talmente tormentata da apparire, sin dalle prime occhiate, difficilmente leggibile» (p. XI). Le *assertiones* sono pubblicate con il corredo di un doppio apparato di note a piè di pagina. Il primo, richiamato numericamente, contiene l'indicazione di fonti e opere letterarie citate espressamente dall'autore nel margine del foglio o individuate dal Minnucci. Il secondo contiene le note al testo con richiami letterali ed è relativo alle *additiones* – più o meno brevi – poste dall'autore sui margini o in interlinea.Tutte le annotazioni e le considerazioni sparse vergate da Gentili sul frontespizio e sulle carte di guardia, che come si è detto sono state decisive per Minnucci al fine di definire diverse questioni finora rimaste irrisolte intorno all'opera, sono invece raggruppate in un'apposita appendice posta alla fine del volume. Chiudono il lavoro quattro indici: un indice delle fonti normative ed uno delle fonti scritturali i quali hanno l'indubbio pregio di dare una visione sintetica ed immediata della consistenza delle singole fonti citate da Gentili; per finire un indice dei nomi e dei luoghi ed un indice generale.

Alberico Gentili è autore oggetto di studio da parte degli storici italiani e, anche in virtù delle sue vicende biografiche, europei. Lo stesso *De papatu*, sin dal ritrovamento dell'Holland nella Bodleian Library, è stato oggetto di attenzione ed anche in tempi recenti ha suscitato l'interesse e il dibattito degli storici. Ricordiamo, tra gli altri contributi, quello di Diego Quaglioni *Il De papatu romano Antichristo del Gentili*, pubblicato nel volume a cura di Luigi Lacchè "*Ius gentium, Ius communicationis, Ius belli". Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità. Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del Quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552–1608*) *Macerata, 6–7 dicembre 2007* (Milano, 2009), e quello dello stesso Minnucci *Per l'edizione critica del De papatu romano Antichristo di Alberico Gentili (1580/1585–1591),* in *Alberico Gentili. Giustizia, guerra, impero. Atti del Convegno. Quattordicesima giornata gentiliana (24–25 settembre 2010).* (Milano 2014). La monografia del Minnucci, se per alcuni suoi aspetti rende l'inedito di Gentili meritevole di essere «ulteriormente approfondito e indagato» (p. CLXI), per altri (la realizzazione di una "mappa" esaustiva delle fonti citate dal Gentili e la individuazione delle differenti fasi di realizzazione dell'opera, la definizione del complesso problema della datazione, lo studio delle *additiones*, la ricostruzione delle ragioni della mancata pubblicazione del manoscritto) lo pongono quale punto d'arrivo di quel percorso iniziato negli ultimi anni del XIX con il ritrovamento di Erskine Holland.

Michele Pepe

📖 Domenico Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, in Mazzotta O. (diretta da) *Biblioteca di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017.
Vol. I. Disciplina pubblicistica, pp. 976, ISBN 9788892111196
Vol. II. Disciplina lavoristica, pp. 400, ISBN 9788892111202

Lo schema dell'appalto trova impiego sempre più diffuso sia nel settore privato, in cui rappresenta una delle più rilevanti declinazioni dei fenomeni di esternalizzazione che connotano l'attuale sistema di produzione, sia nel settore pubblico, nel quale costituisce il principale strumento attraverso cui la pubblica amministrazione fa fronte alle sue funzioni sempre più diversificate e complesse.

Differente è il quadro normativo di riferimento, che nel primo settore è il risultato di una stratificazione normativa risalente e non sempre lineare, nell'altro ha di recente trovato un'organica sistemazione nel D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. "Codice dei contratti pubblici"); e diverse sono altresì le finalità sottese all'impiego di questo modello contrattuale nei due ambiti.

A fronte di questa diversità, comune è il problema della tutela dei lavoratori impiegati nell'appalto, e questo rappresenta la ragione di una riflessione trasversale e unitaria su questa tematica.

L'articolazione dell'opera in due volumi riflette tale impostazione.

Il primo tomo – "Disciplina pubblicistica" – è volto nella sua parte iniziale a delineare la normativa comunitaria in materia, che rappresenta la matrice comune della legislazione nazionale per il settore privato e pubblico. Già in questa parte di apertura emerge l'attenzione ai profili giuslavoristici che marca l'intera opera, con saggi riguardanti la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati, le tutele sociali, i rapporti con i paesi terzi, l'impiego di immigrati irregolari.

L'area degli appalti pubblici, a cui è dedicata la parte centrale del volume, analizza partitamente il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), con contributi volti sia ad individuarne le linee di "struttura", sia ad approfondirne i profili di maggiore interesse.

A saggi generali e a carattere trasversale – tra cui quelli che ricostruiscono il sistema multilivello delle fonti regolative in materia, che esaminano le innovazioni dell'attuale normativa in rapporto con quella pregressa, che analizzano l'applicazione a quest'area dei principi di trasparenza e prevenzione della corruzione – si affiancano così saggi dedicati a problematiche specifiche di tipo procedurale o sostanziale.

L'*iter* procedimentale dell'appalto pubblico è oggetto di approfondimento nelle sue varie fasi (con contributi in tema di livelli di progettazione, procedimenti di gara, procedure di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione, esecuzione); mentre altri saggi investono tematiche a carattere sostanziale, come quelli riguardanti i modelli di aggregazione della domanda, gli operatori economici, i meccanismi di premialità e di incentivo, gli affidamenti *in house*, il subappalto.

La terza ed ultima parte di questo volume è specificamente dedicata alle clausole sociali, strumento di tutela *par excellence* dei lavoratori coinvolti in operazioni di appalto, che integra in funzione protettiva il tradizionale assetto regolativo del rapporto di lavoro controbilanciando la scissione tra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale che consegue a questo tipo di operazioni.

Tematiche prettamente lavoristiche sono approfondite poi nel secondo tomo dell'opera, intitolato "Disciplina privatistica", che, al pari di quello *supra* esaminato, unisce a saggi di carattere generale contributi di approfondimento di istituti particolari.

Nella parte iniziale, dedicata appunto alla disciplina generale, trovano posto studi volti a individuare le coordinate ordinamentali in cui l'appalto si pone e a tracciarne le linee di confine rispetto ad altre fattispecie contermini, nonché ad esaminare le specificità con cui le questioni della tutela prevenzionale e del "lavoro nero" si pongono in questa fattispecie.

Nella successiva sezione, il meccanismo della responsabilità solidale – finalizzato a rispondere alle istanze di tutela dei crediti dei lavoratori impiegati negli appalti e della loro posizione contributiva – viene analizzato diffusamente, con una particolare attenzione alla delineazione dell'area in cui questo tipo di regime trova applicazione.

Il fenomeno del c.d. cambio appalto è poi oggetto della parte finale del volume, con una serie di studi che investono le fonti di disciplina, i diritti dei lavoratori interessati da operazioni di esternalizzazione, l'estinzione dei rapporti di lavoro collegata a queste operazioni.

***

Il vasto respiro dell'opera e la sua non consueta estensione tanto al versante pubblicistico degli appalti quanto a quello privatistico trovano rispondenza nella diversa provenienza degli Autori che sono stati chiamati a parteciparvi.

In primo luogo, questa "diversità" trova declinazione nell'appartenenza degli Accademici coinvolti (provenienti dalle Università di Bari, Udine, Padova, Cassino e Lazio Meridionale, Foggia, Trieste, Roma "Tor Vergata", Catania, Salento, Napoli, Politecnico di Bari) a settori disciplinari diversi, per la dichiarata aspirazione della ricerca a «far dialogare gli studiosi di due discipline, che non sempre sono riusciti ad intendersi, per la diversità della "cassetta degli attrezzi" a propria disposizione, i lavoristi e gli amministrativisti».

A una precisa scelta del Curatore, ancora, è da ascrivere la differente estrazione dei Contributori: a membri dell'Accademia sono affiancati esponenti della Magistratura e dell'Avvocatura, in un dialogo costante tra teoria e prassi che qualifica l'opera anche sul piano della sua concreta fruibilità per gli operatori del diritto.

Angelica Riccardi

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data
31 dicembre 2018
dall'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi
giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente,
culture" dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro
e messo in linea sul sito http://edizionidjsge.uniba.it/index.php/gli-annali
ed è composto di 648 pagine.

ISBN 978-88-9428-103-3