Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal Systems: Society, Environment, Cultures

ANNALI 2015 – anno III

http://www.annalidipartimentojonico.org

ISBN: 978-88-909569-4-2

Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti, Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Giuseppe Sanseverino, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indellicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro, Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Maria Casola, Patrizia Montefusco, Maria Rosaria Piccinni, Angelica Riccardi, Giuseppe Sanseverino, Adriana Schiedi

---

Redazione:
Prof. Francesco Mastroberti
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: francesco.mastroberti@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
http://www.annalidipartimentojonico.org

REGOLAMENTO DEI QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE - DJSGE

Art. 1.
Direzione

La direzione dei Quaderni è affidata al Direttore del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture - Università degli Studi di Bari, Aldo Moro (d'ora in poi denominato anche con l'acronimo DJSGE), che si potrà avvalere di un coordinatore eletto dal Consiglio di Dipartimento e a sua volta di una Commissione per lo svolgimento delle procedure di valutazione e di un comitato redazionale per la pubblicazione on-line.

Art. 2.
Comitato scientifico

Il comitato scientifico della collana è formato da tutti i professori ordinari ed associati afferenti al DJSGE con l'aggiunta di docenti ordinari di chiara fama di nazionalità estera di discipline attinenti alle aree di ricerca del DJSGE. La proposta di inserimento di un docente estero nel comitato scientifico della collana, presentata da un professore o da un ricercatore afferente al DJSGE, sarà discussa ed approvata in Consiglio di Dipartimento.

Art. 3
Procedura di referaggio

Il referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari sorteggiati dalla Commissione nell'ambito dell'apposito elenco.
Il revisore è vincolato al riserbo assoluto intorno alle valutazioni formulate e si impegna a non divulgare il lavoro ed i relativi contenuti, da intendersi strettamente confidenziali.
All' autore non è rivelato, in nessun momento, il nome del revisore che ha valutato il lavoro, né il revisore deve conoscere per nessun motivo il nome dell'autore dell'opera o averne letto stesure o bozze preliminari a quella sottoposta a revisione.
I nominativi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati nella rivista sono pubblicati in apposito elenco senza riferimento ai lavori valutati.
La Direzione (o un componente della commissione) invia al revisore il singolo lavoro solo dopo che la Direzione abbia ritenuto il lavoro preliminarmente approvabile.
Il revisore restituisce il contributo e la scheda nella quale esprime il giudizio "favorevole" o "non favorevole"; il giudizio "favorevole" può essere corredato dall'indicazione di "eventuali criticità" che possono importare una revisione o modificazione del lavoro.
Nel caso di giudizio "favorevole" accompagnato dalla specificazione di "eventuali criticità" il lavoro è restituito all'autore per le conseguenti modifiche da apportare.
La Direzione e la Commissione ha la responsabilità ultima della decisione di pubblicare o meno il contributo, ferma restando l'esclusiva responsabilità dell'autore per i suoi contenuti.
I revisori sono scelti in modo da rappresentare diverse aree disciplinari e con presenza di studiosi che siano professori di ruolo equivalente all'ordinario in Università straniere.

L'elenco dei revisori e dei lavori valutati da ciascuno di essi viene aggiornato annualmente ed è riservato. L'elenco e la conservazione delle schede di valutazione sono sottoposti alla vigilanza e custodia del direttore e della commissione che a richiesta possono consentire, ove necessario e previsto, l'accesso ai dati.
Il comitato redazionale mette a disposizione dei revisori una scheda (formato .doc e .pdf) già predisposta per la peer review. Essa è disponibile qui sotto cliccando sulle relative icone.

Art. 4
Licenza

I Quaderni del Dipartimento Jonico sono diffusi con licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT). Gli autori con l'invio dei loro contributi alla commissione accettano espressamente le regole previste dalla licenza CC BY-NC-ND 3.0 IT nonché tutte le modalità di utilizzo e diffusione dei loro lavori indicate nel presente sito.

INDICE

PRESENTAZIONE

Francesco MASTROBERTI, *Coordinatore Annali Dipartimento Jonico* ……. 11

SAGGI

Mario ANGIULLI, *Il ruolo della sezione tributaria della Corte di cassazione: origini e sviluppi* ……. 13

Silvia BELLINO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello: giurisprudenza della CEDU e della Cassazione a confronto* ……. 25

Massimo BILANCIA - Giusi GRAZIANO, *Measuring geographical disparity in lung cancer mortality in Apulia, Italy. Results for the 2002-2009 period* 39

Marta BORGHI, *Il concorso colposo nel reato doloso* ……... 55

Cosima Ilaria BUONOCORE, *Sull'arbitrato quale filtro alla giustizia togata* 63

Alessio CARACCIOLO, *Il concepito: profili di ricostruzione delle forme di tutela* ……. 77

Anna CIVITA, *Adolescenti e internet* …… 93

Flora COLAVITO, *Persona ed etica della cura* ……. 113

Ivan D'ADDARIO, *La costituzione napoletana del 1848 di Francesco Paolo Bozzelli. Un liberale alla corte dei Borbone* …….. 121

Antonietta DI LERNIA, *Sicurezza alimentare e sicurezza del lavoro: quale (in)sicurezza nei Compliance Program?* ……. 143

Domenico GAROFALO, *Prime riflessioni sul lavoro a tempo parziale e intermittente nel Jobs Act 2* 165

Izabela GAWŁOWICZ, *Some reflections on modern subsidiary law-making processes in public international law with special regard to diplomatic international law* …… 179

Marina GIGANTE, *Il bullismo al femminile* ……. 191

Michele INDELLICATO, *Etica e pensiero relazionale* ……. 207

Rosa INDELLICATO, *Linee per una pedagogia della virtù in Antonio Rosmini* …….. 219

Ivan INGRAVALLO, *Osservazioni sulla vicenda dell'Ilva alla luce del diritto dell'unione europea* ……... 237

Vincenzo LAMONACA, *Profili* de iure condito *e* de iure condendo *sulla disciplina delle spese di mantenimento in carcere* …… 249

Giuseppe LIVERANO, *Management educativo e valore della cura per organizzazioni di lavoro più a misura d'uomo* …….. 257

Maria Luisa LO GIACCO, *Riflessioni sulla difficile interpretazione delle parole "Religione" e "Religioso" nel diritto delle società multiculturali* 267

Giulio MASTRANGELO, *La controversa competenza del gastaldo nella Longobardia meridionale* …….. 285

Patrizia MONTEFUSCO, *I personaggi femminili in Orazio* ……. 293

Carmen PAPALINO, *Appalti e beni culturali. Nota minima di confronto con le regole francesi (in occasione delle nuove direttive ue)* ……. 309

Paolo PARDOLESI, Promissory estoppel *in Scots and Louisiana laws: unilateral promise in disguise?* …….. 321

Ferdinando PARENTE, *La persona come* homo*: evoluzione e tutele* …….. 331

Salvatore Antonello PARENTE, *Procedimento di mediazione e credito d'imposta: questioni in tema di utilizzo* …….. 339

Maria Rosaria PICCINNI, *The relationship between food and religion in Christian Orthodox law* ……..... 365

Angelica RICCARDI, *Il* repêchage *del lavoratore disabile nella legislazione in materia di licenziamento* ……... 381

Gaetano SPINOSA, *I giudici di pace nell'esperienza napoletana del primo ottocento. Modelli e caratteri originali* …….. 395

RECENSIONI

Nicola TRIGGIANI,
a Ettore RASCHILLÀ, *Il Sindaco e il Magistrato* - Romanzo, Scorpione Editrice, Taranto, 2014, pp. 152, ISBN 978-888099325-4 …… 413

Annalisa TURI,
a Antonio URICCHIO (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, Bari, Cacucci Editore, 2014, pp. 556, ISBN 9788866113874 …… 415

VITA ACCADEMICA

Mario ANGIULLI, *La dote militare nel contesto socio-economico dell'Italia monarchica* ……. 423

Gaetano DAMMACCO, *Law and iustice: modernity of thought of Edith Stein* 447

Domenico GAROFALO, *Prime riflessioni sul lavoro a tempo parziale e intermittente nel Jobs Act 2* ……. 457

Angelica RICCARDI, *I rapporti di impiego non privatizzati tra rappresentazione giuridica formale e dato reale* …… 467

PRESENTAZIONE

Gli *Annali del Dipartimento Jonico* con il volume del 2015 giungono alla terza pubblicazione. E' un traguardo importante perché segna il consolidamento di un'iniziativa editoriale partita un po' all'avventura, senza una dotazione finanziaria, solo con l'entusiasmo e l'ottimismo di docenti e ricercatori che, alla fine del 2012, offrirono la piena disponibilità a spendere il loro tempo e le loro energie fisiche ed intellettuali per garantire al Dipartimento Jonico un canale di pubblicazione di alto livello scientifico. La "scommessa" è stata vinta: oltre ai tre volumi di *Annali* sono stati pubblicati tre volumi di *Quaderni degli Annali* che offrono la dimensione della qualità della ricerca dei docenti del Dipartimento Jonico e della vastità dei loro interessi.

Oggi, con soddisfazione, possiamo dire che il programma iniziale è stato rispettato: gli articoli pubblicati sugli *Annali*, tutti sottoposti ad una rigorosa procedura di *peer review* curata dalla Commissione Annali, approfondiscono le aree tematiche intorno alle quali è stato costituito il Dipartimento e inseriscono – anche grazie al carattere *on line* della pubblicazione – la giovane realtà universitaria tarantina nei dibattiti scientifici di rilievo internazionale.

Di tutto questo va dato il giusto merito a quanti hanno creduto in questa iniziativa e a coloro che, con il loro impegno, ne hanno consentito la realizzazione: alla Commissione Annali e soprattutto al Comitato di Redazione che, in questi anni, ha svolto un lavoro encomiabile. Dal prossimo anno gli Annali avranno nuovi criteri editoriali, rispondenti ai criteri di citazione internazionali: è una innovazione che la Commissione ha ritenuto necessaria per facilitare la circolazione delle pubblicazioni e che sicuramente darà buoni frutti.

Francesco Mastroberti
Coordinatore Annali del Dipartimento Jonico

Mario Angiulli

IL RUOLO DELLA SEZIONE TRIBUTARIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE: ORIGINE E SVILUPPI*

ABSTRACT	
L'autore, muovendo dal contesto storico, analizza la genesi della quinta sezione civile della Corte di cassazione – competente per le controversie in materia tributaria – nelle problematiche di effettività degli obiettivi proposti. Il rispetto dei principi del giusto processo tra garanzie del contribuente e interesse fiscale costituisce il tema centrale dell'indagine, che vede non rispettata la disciplina costituzionale laddove – nel confronto con i modelli comunitari – il diritto alla difesa del ricorrente spesso risulta compresso dal mancato adeguamento alle norme di tutela della dignità della persona, considerata anche nella veste di contribuente.	The role of the tributary section in the Supreme Court: roots and developments. In a historical perspective the Author explores the origin of the fifth civil section of the Supreme Court, which deals with tributary controversies, with special attention to the cost/efficacy ratio of its activity. The study focuses on the principles of the right process, the one balancing the safeguard of the citizen and the general fiscal needs. Indeed, by comparing Italian and Eu legislative models, the Author concludes that, at variance with constitutional principles, the right to defense is frequently violated due to the insufficient respect of norms preserving the human dignity, namely the dignity of the taxpayer.
Magistratura tributaria di ultima istanza - giusto processo - effettività.	**Last resort tributary court - right process - effectiveness.**

SOMMARIO. 1. L'attuale normativa. 2. La tutela del ricorrente nella prospettiva costituzionale - 3. Verso il giusto processo nell'esperienza comunitaria.

1. Il governo, nel dare attuazione alla delega conferitagli dall'art. 30 della legge n. 413 del 30 dicembre 1991, ha emanato i decreti legislativi n. 545 e 546 del 31 dicembre 1992. Tali decreti hanno riformulato – nell'ambito degli obiettivi proposti – il

* Saggio sottoposto a referaggio secondo sistema del doppio cieco.
Il tema trattato in queste pagine mi è stato suggerito dal Professore Gaspare Falsitta. Le sue critiche costruttive mi hanno consentito di considerare il punto nodale della questione: la tutela del contribuente. Al Professore Falsitta i sensi della mia profonda gratitudine.

contenzioso tributario, riordinando gli organi della giurisdizione in commissioni provinciali e regionali e sopprimendo la commissione tributaria centrale. E' stato così escluso il terzo grado di giudizio che aveva luogo davanti a tale organo giurisdizionale. In sostituzione è stato introdotto un nuovo strumento di tutela delle ragioni del ricorrente: il ricorso per cassazione, facendo salvi i ricorsi pendenti dinanzi alla commissione centrale, che doveva esaurirsi entro e non oltre il 31 dicembre 1998.

Con decreto del primo presidente della Corte di Cassazione del 19 giugno 1999 è stata istituita la quinta sezione civile «competente per le controversie in materia tributaria»,[1] a seguito dell'introduzione del ricorso per cassazione contro le decisioni rese dalle commissioni tributarie regionali. L'obiettivo era quello di garantire quell'indirizzo che le soppresse commissioni centrali – giudici di merito – non avevano potuto assicurare. L'istituzione di detta commissione ha comportato la necessità di riordinare il ricorso per cassazione, ponendo l'accento sulla specialità sostanziale e processuale delle controversie tributarie. L'opportunità di una considerazione unitaria dell'intera materia ha richiesto adeguati riferimenti normativi ai principi specifici, ma tendenzialmente comuni a tutti i tributi. Tutto questo in un quadro sistematico che ha superato la distinzione settoriale legata alla disciplina del singolo tributo[2].

Scopo dei mezzi di impugnazione è il rimedio «ai vizi di una sentenza»[3]. Detti mezzi si distinguono in «impugnazioni rescindenti e impugnazioni sostitutive»[4] al fine di ottenere una pronuncia di mero annullamento (o cassazione) della sentenza impugnata (senza sostituire la pronuncia impugnata, essendo a tal fine necessario un nuovo giudizio), le seconde, invece, mettono capo ad una pronuncia che sostituisce a tutti gli effetti quella impugnata[5].

Nel processo tributario è previsto, contro le sentenze della commissione tributaria provinciale l'appello alla commissione tributaria regionale. Contro le decisioni di queste ultime si può ricorrere in Cassazione. La revocazione è ammessa contro le sentenze di primo e secondo grado e contro le sentenze della Cassazione[6].

Pur recependo in linea di massima un sistema di tutele mutuato dal cod. proc. civ., il processo tributario non prevede né l'opposizione di terzo, né il regolamento di competenza[7].

In conclusione, nel processo tributario i mezzi di impugnazione ordinaria sono: l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione c. d. ordinaria; è invece impugna-

---

[1] L'attività giurisdizionale della quinta sezione civile della Corte di Cassazione è iniziata dal primo novembre 1999.
[2] Dette considerazioni riflettono il pensiero del Prof. Della Valle. Cfr. E. DELLA VALLE, *Il processo tributario*, Padova, Cedam, 2008.
[3] F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Torino, Utet, 2006, p. 211.
[4] *Ibidem.*
[5] *Ibidem.*
[6] Ivi, p. 212.
[7] *Ibidem.*

zione straordinaria la revocazione proponibile contro le sentenze passate in giudicato[8].

La Suprema Corte è stata così investita di una nuova competenza che, sebbene ancorata ai motivi di cui all'art. 360 cod. proc. civ., non può escludere – nell'esame delle questioni sottoposte al suo vaglio – l'applicazione della disciplina tributaria di riferimento[9]. In base al rinvio ai motivi contemplati dal citato articolo 360 – operato dall'art. 62 del decreto n. 546 del 1992 del codice tributario – il giudizio dinanzi alla quinta sezione della Corte di Cassazione è un giudizio di legittimità in ordine alle norme sostanziali e processuali applicate alla fattispecie, con esclusione di qualsiasi doglianza relativa al fatto: la specifica materia oggetto dell'impugnazione è disciplinata dalle regole del sistema processual - civilistico, ivi compresa la novella legislativa introdotta dall'articolo 360 bis in ordine ai nuovi casi di inammissibilità del ricorso[10]. Ma una dettagliata disciplina, che comporta un espresso riferimento alla materia tributaria, viene riservata dall'art. 53 del succitato decreto al giudizio di rinvio. In tale sede il suddetto articolo, al terzo comma, dispone che siano osservate le norme stabilite per il procedimento dinanzi alla commissione tributaria a cui il processo è stato rinviato.

Nel giudizio di rinvio, pertanto, a differenza del rito processual – civilistico, non è prevista la figura del giudice istruttore, essendo affidata dal collegio – ad uno dei suoi componenti – l'esecuzione degli adempimenti istruttori. Non risulta inoltre disciplinata l'udienza istruttoria, rappresentando gli incombenti probatori piuttosto un incidente probatorio, cioè «una eccezione alla regola della immediata decisione della controversia nell'udienza di trattazione»[11].

Un valido contributo offre il Falsitta in ordine al ricorso per cassazione contro le sentenze della commissione tributaria regionale, sulla base dell'art. 360 nn. 1- 5[12]. Si evidenzia come la legislazione abbia assunto posizioni contrastanti in un breve lasso di tempo: il D. Lgs. n. 40/2006 introduce l'art. 366 bis in tema di formulazione di motivi di diritto[13]. Si tratta di modifiche concernenti anche ricorsi "avverso sentenze del giudice tributario" sulla base dell'art. 62 D. Lgs: n. 546/1992[14]. Di notevole rilevanza la succitata legge n. 69/2009 che, con l'introduzione dell'art. 360 bis cod. proc. civ. ha configurato due ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione: 1 quando il provvedimento impugnato abbia deciso questioni di diritto «coerentemente

---

[8] *Ibidem.*

[9] Cfr. inoltre N. D'AMATI, C. COCO e A. URICCHIO, *Sistema istituzionale del diritto tributario*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 351-352.

[10] Al ricorso per cassazione avverso le decisioni delle commissioni tributarie e al relativo procedimento si applicano, ai sensi dell'art. 61 D.Lgs 31 dicembre 1992 n.546, le norme dettate dal codice di procedura civile in quanto applicabili (Cass. Civ., sez. V, 4 giugno 2003, n. 8918).

[11] Cfr. A. FANTOZZI, *Corso di diritto tributario*, Torino, Utet, 2004, p.336.

[12] G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, Cedam, 2012, p.606.

[13] Detto articolo verrà successivamente abrogato dalla L. n. 69 del 18 giugno 2009, (cfr. FALSITTA, *op. cit.*).

[14] FALSITTA, *op. cit.*, p. 607.

all'indirizzo giurisprudenziale della Corte»[15]; 2 quando appaia manifestamente infondata la censura relativa ai principi regolatori del giusto processo[16].

L'art. 360 bis n. 1 cod. proc. civ. si sofferma sulle varie ipotesi in cui non dovrebbe essere pronunciata la inammissibilità del ricorso: a) quando le decisioni della commissione regionale siano in contrasto con la giurisdizione della Suprema Corte; b) in caso di carenza totale o parziale di "precedenti di legittimità") quando i motivi di censura siano tesi ad una migliore formulazione anche sul piano «logico argomentativo della giurisprudenza consolidata»[17].

2. L'attuale normativa si rileva alquanto lacunosa in ordine alla tutela del contribuente. A contemplare l'incidenza del 360 bis n. 2 in ordine ai «principi regolatori del giusto processo» – in assenza di riscontri normativi rilevabili dalle norme processuali – il Falsitta si rifà ai canoni generali dettati dagli artt. 2, 24 e 111 della Costituzione in ordine ai principi fondamentali sui quali si articola il processo: la domanda, il contraddittorio, la legittimazione, il giudicato[18]. Ne consegue pertanto che tutte le violazioni concernenti le suddette norme violino i principi del giusto processo. Solo quando i motivi di doglianza siano privi di fondamento «in tal caso potrebbe poter operare il principio preventivo»[19]. Decisiva per la corretta impostazione del processo tributario è l'osservanza delle disposizioni contenute nell'art. 360 bis. Il ricorso che non faccia riferimento a detta norma rischia di essere considerato inammissibile[20]. In tale ambito i più recenti sviluppi della dottrina pongono l'accento sul principio di dignità della persona.

E' un corollario di questo principio, rientrante peraltro nel concetto di giustizia tributaria, che l'imposizione sia direttamente proporzionale a capacità economica contributiva[21].

Detta proporzionalità si ricollega alla tutela del cosiddetto "minimo vitale" e al cosiddetto "divieto di imposizioni insostenibili", sulla scorta di principi fondamentali della richiamata Carta di Nizza 7 dicembre 2000, incorporata nel Trattato U. E.[22]

D'altra parte una visione storica in ordine alla valenza di nozione di capacità contributiva, così come disposto dall'art. 53 della Costituzione, mette in risalto la tutela costituzionale del "minimo vitale". La dottrina, tesa a tutelare "il minimo vitale" mettendolo al riparo da eccessive ingerenze del fisco - fermo restando il principio di ca-

[15] Ivi, p. 606, n. 88.
[16] Ivi, p. 607, n. 88.
[17] *Ibidem.*
[18] Facendo riferimento al pensiero del Marinelli, il Professore Falsitta osserva che tutte le norme che disciplinano l'esercizio della giurisdizione concorrono intrinsecamente ad attuare il giusto processo (FALSITTA, *op. cit.*, p. 607 n. 88).
[19] *Ibidem.*
[20] *Ibidem.*
[21] G. FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana,* Milano, Giuffrè, 2014, p.183, n. 20.
[22] Cfr. per tutti FALSITTA, cit., 183 n. 21.

pacità contributiva come "dovere inderogabile di solidarietà" – fa derivare dal combinato disposto degli artt. 2 e 53 della costituzione, la mancanza di presupposti in base ai quali sia radicabile il potere tributario[23].

Detto principio, riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, è stato nei fatti più volte disatteso dal legislatore[24].

Si tratta di un "escamotage", a giudizio del Falsitta, che non ha alcun fondamento nei principi costituzionali se il legislatore sottrae l'intero reddito al contribuente[25].

Mette in luce l'Autore come la pressione fiscale prodotta da imposte reddituali e patrimoniali violi il principio di tutela dei redditi minimi[26].

Questo problema è stato avvertito negli stati europei che, sia pure in modo diverso, tendono a vietare la confisca dell'intero reddito, causato da imposte reddituali e patrimoniali[27].

Un esempio non certo incoraggiante è costituito da una ordinanza della commissione ordinaria provinciale di Chieti. Si tratta della ordinanza n. 362/2000 che «a fronte di un reddito di euro 23.995, l'imposta dovuta – durando Irpef e Irap – è stata di euro 60.485»[28].

L'imposta ha prosciugato l'intero reddito ed ha intaccato parte del patrimonio dell'impresa[29], "L'effetto confiscatorio", precisa l'Autore, dipende da vari fattori ma può verificarsi con frequenza e non ci sono adeguati strumenti di tutela.

L'irap, definita da Francesco Forte "terribile imposta" mette in luce, nello stesso legislatore «una assai fragile conoscenza dei principi di giustizia tributaria presenti nella costituzione vigente».

L'incentivazione di un rapporto paritetico fra fisco e contribuente – quale appare nella più recente normativa del settore – versa in un contesto ancora fluido a causa della tutela del c.d. interesse fiscale[30].

In tale ambito che si propone di potenziare il complesso delle garanzie facenti capo al contribuente, risulta infatti escluso, da parte di quest'ultimo, il diritto di accesso nei procedimenti tributari secondo la disposizione di cui all'art. 24 lett. b della legge n. 241 del 7 agosto 1990, con disparità di trattamento rispetto alla regolazione dell'accesso agli atti amministrativi.

---

[23] FALSITTA, cit., p.96.
[24] Ivi, p. 196.
[25] *Ibidem.*
[26] *Ibidem.*
[27] Ivi, p. 197.
[28] Ivi, p. 199.
[29] *Ibidem.*
[30] Cfr. L. 27 luglio 2000, n. 212 in *Lo statuto del contribuente*, commentato dal Prof. A. Uricchio (A. URICCHIO, voce *Statuto del contribuente*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, aggiornamento vol. II, Torino, 2003, pp. 845 ss.); bene a proposito il Prof. Falsitta sottolinea «l'inesistenza di un interesse, costituzionalmente tutelato, all'ingiusto riparto delle imposte in funzione della tutela dell'interesse fiscale alla rapidità e certezza del prelievo…» (G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, Giuffrè, 2008, p.19.

Di una effettiva disparità delle parti tratta un interessante contributo di Andrea Poddighe che sottolinea la necessità, alla luce dei principi desumibili dagli artt. 24, 3 e 111 Cost. «di ripensare il rito alla luce del principio di parità delle parti, del contraddittorio, della imparzialità e terzietà del giudice e della ragionevole durata del processo». Alcune sentenze della consulta – sostiene l'Autore – hanno reso più difficile la tutela del ricorrente sulla base dell'interesse fiscale, inteso quale interesse dello stato alla percezione dei tributi. "Da un punto di vista sostanziale", conclude l'Autore «l'interesse fiscale non può giustificare violazioni del principio di capacità contributiva… o ignorare "il rispetto della parità delle parti»[31].

Tutto questo incide sul diritto di difesa di cui all'art. 111 Cost.

L'adeguamento ai principi dell'ordinamento comunitario concernenti la dignità della persona – ivi compresa la dignità del contribuente – garantirebbe il diritto di accesso ai documenti, riconosciuto al cittadino comunitario dall'art. II 102 della richiamata Carta di Nizza, rispettando la pariteticità delle parti nel giusto processo[32].

La difficoltà di stabilire un rapporto gerarchico tra norme comunitarie e norme nazionali non sembra assicurare nella situazione attuale un efficace diritto alla difesa del contribuente secondo quanto stabilito dalla disciplina costituzionale.

3. I Paesi dell'Europa occidentale tendono a trovare un minimo comune denominatore sulla base dei principi generali che informano i vari ordinamenti. Tutto questo è il risultato non tanto del processo di integrazione quanto delle comuni linee guida presenti nei vari ordinamenti costituzionali.

Si è imposta una nuova mentalità nella concezione dei rapporti tra fisco e contribuente, con una particolare attenzione alla tutela dei diritti dei cittadini[33].

E' impossibile pensare ad una "legislazione europea unificata" in tempi brevi[34].

Diversità si evidenziano nei modelli organizzativi: un "sistema misto" nel quale convivono organi del contenzioso amministrativo e tributario e giurisdizione ordinaria" si ravvisa in Spagna e nel Regno Unito. Un sistema dualistico con un «rapporto fra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa in Francia, una giurisdizione tributaria speciale in Germania»[35].

---

[31] Cfr. A. PODDIGHE, *Giusto processo e processo tributario*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 125 ss.

[32] Cfr. *Dignità e tassazione*, M. ANGIULLI, IV incontro Jonico-polacco, CEDICLO, Università di Bialystock, intervento al Convegno, *Dignità dell'uomo. Dalla dignitas alla clausola di dignità*, Taranto - Cala Corvino Monopoli, 13-15 maggio 2009.

[33] Cfr. F. D'AYALA VALVA, *Brevi riflessioni sullo stato della giustizia tributaria*, in «Il Fisco», 10 (2005), fasc. 1, pp. 139 ss.; M. CICALA, *Nel recupero di efficienza dell'amministrazione una condizione per il successo della Magna Carta*, in «Guida al diritto del Sole 24 ore», 31 (2000); cfr. per tutti S. PILLITTERI, *Il contenzioso tributario in Europa*, in www.datalexis.it/Archivio/giustiziatributaria/ pillitteri.html, p.1.

[34] Cfr. M. COMBA, *Lineamenti di giustizia tributaria comparata*, in G. PALEOLOGO (a cura di) *La giustizia tributaria italiana e la sua commissione tributaria centrale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 98; cfr. per tutti PILLITTERI, *op. cit.*, p.1.

[35] COMBA, *op.cit.;* cfr. per tutti PILLITTERI, *op. cit.*, p.2.

«Nonostante tutti i tentativi contrari …» scrive il Pillitteri «anche il nostro ha avuto la sua carta dei diritti del contribuente, che si è data addirittura la qualificazione di statuto, da taluni ritenuta enfatica, ma che ha rappresentato una grande occasione per far progredire e migliorare il complesso dei rapporti tra amministrazione finanziaria e contribuente attraverso precise regole quali la semplicità delle norme e dei provvedimenti, la chiarezza, l'equità sostanziale e la correttezza dei comportamenti»[36].

Infatti la legge 212/2000 è decisamente innovativa: le sue norme attuano i principi costituzionali di cui all'art. 3, 23, 13 e 97 e "si differenzia dalle altre carte dei diritti dell'OCSE «dal momento che disciplina il modo di legiferare in materia tributaria, oltre a contenere disposizioni volte ad orientare in senso garantistico tutta la prospettiva costituzionale del diritto tributario»[37].

Con l'inserimento della figura del garante nello statuto si sottolinea «la funzione di tutela diretta ed immediata delle stesse norme e di quelle tributarie in genere»[38].

Per quanto importante punto di riferimento il garante, nell'operare in uno spazio equidistante fra contribuente e amministrazione finanziaria, non sempre riesce ad operare in modo costruttivo[39].

Il processo tributario in Italia ha subito nel tempo diversi mutamenti derivati da una maggiore sensibilità processuale e concettuale del legislatore[40].

La disciplina processuale risulta sostanzialmente in una situazione di continuità con la precedente.

Le commissioni tributarie esercitano attualmente una giurisdizione speciale diversa da quella ordinaria. Il magistrato tributario non è di carriera: nelle commissioni tributarie entrano componenti non togati presi dai ruoli dei magistrati, dei notai e dei liberi professionisti[41].

Tutto l'attuale assetto pone tuttavia dei problemi, data la necessità di far occupare il ruolo di componente di commissione a persone esperte e preparate, in grado di fornire garanzie in ordine alla propria imparzialità e terzietà[42].

Il Regno Unito è assorto a modello di stato ove la tutela del contribuente si collega ad una antica tradizione. «Il sistema inglese è caratterizzato da organi del contenzioso amministrativo distinti per gruppi di tributi e per tipologie di controversie ed organi della giurisdizione ordinaria»[43].

---

[36] PILLITTERI, cit., p.5.
[37] *Ibidem.*
[38] F. D'AYALA VALVA, *Dall'ombudsmen al garante del contribuente. Studio di un percorso normativo,* in *Riv. dir. trib.* (2000), pp. 1037-1039; PILLITTERI, *op. cit.*, p. 6.
[39] PILLITTERI, *op. cit.*, pp. 6-7.
[40] Cfr. A. URICCHIO, *Atti e poteri del giudice tributario tra principi del "giusto processo" ed estensione della giurisdizione tributaria*, Bari, Cacucci, 2007, pp. 41 ss.
[41] Cfr. PILLITTERI, *op. cit.*, p.7.
[42] Cfr. A. URICCHIO, *Atti e poteri del giudice tributario*, cit. p. 20.
[43] PILLITTERI, *op. cit.*, p.8.

Competenti in materia di imposta sul reddito sono i *general commissiowers of income tax*. Agli *special commissiowers* sono riservate specifiche competenze quali "questioni" in materia di fiscalità internazionale, tassazioni dei redditi di trust, imposte sui redditi petroliferi, etc. Altri organismi hanno competenza sull'Iva, sulle accise e sui diritti doganali.

Contro le decisioni dei summenzionati organi è ammesso il ricorso alla Alta Corte, "con possibilità di appello e ricorsi" alla Camera dei Lords[44].

Nel Regno Unito si attribuisce molta importanza alla prevenzione del contenzioso: esistono una serie di rimedi atti a dirimere i conflitti pur in mancanza di una specifica normativa in ordine all'autotutela. Si tende ad evitare l'abuso di potere con una normativa che risponde a criteri di "efficacia" di "giustizia e imparzialità[45]".

Dal 1993, per migliorare il rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuenti è stato creato l'ufficio del *revenue adjudicator*, i cui compiti consistono «nell'esaminare le lamentele dei contribuenti circa il funzionamento degli uffici».

Figura analoga a quella del garante del contribuente l'*adjudicator* ha il compito di tentare una composizione amichevole o una risoluzione "che può comprendere anche la liquidazione dell'indennizzo". Altra figura di garanzia che opera nell'ordinamento inglese è quella del commissario parlamentare per l'amministrazione che «ha la funzione di intervenire in caso di cattiva amministrazione»[46].

Contro gli atti della amministrazione fiscale i contribuenti possono ricorrere a speciali tribunali. Le procedure seguite dalla amministrazione fiscale se contestate, possono essere impugnate presso l'Alta Corte[47].

Un aspetto particolare delle Corti del Regno Unito è costituito dalla competenza esclusiva in ordine al controllo dell'amministrazione. La Corte divisionale o Alta Corte ha il potere di trattare anche questioni inappellabili.

La ratio di detta prerogativa sta nel rimediare a soluzioni ingiuste o illogiche della amministrazione finanziaria[48].

Si può adire la Corte per i casi al di fuori della competenza dei tribunali delle tasse, o quando il comportamento del funzionario sia censurabile. Pur potendo revocare od annullare la decisione del fisco, non «ha il potere di sostituire la decisione annullata con quella che le è sembrata più giusta, cosa invece nei poteri dei tribunali delle tasse[49].

In Francia le garanzie dei contribuenti possono essere distinte in tre gruppi:

a) la limitazione temporale dell'azione amministrativa

---

[44] PILLITTERI, *op. cit.*, p.9.
[45] *Ibidem.*
[46] Ivi, p.10.
[47] Ivi, p.11.
[48] *Ibidem.*
[49] *Ibidem.*

b) il diritto all'informazione del contribuente

c) il contraddittorio fra amministrazione e contribuente[50].

Il potere della amministrazione fiscale "può essere esercitato" nel tempo di tre anni. Se nell'arco dei tre anni l'amministrazione è rimasta inerte, il debitore contribuente va in prescrizione.

La prescrizione può essere comunque interrotta.

L'informazione da parte della amministrazione nei confronti del contribuente in ordine ai diritti e agli obblighi ha lo scopo di consentire il contraddittorio. Il contraddittorio è teso a tutelare i diritti del contribuente[51].

All'esito del contraddittorio si può realizzare un accordo fra amministrazione e contribuente «attraverso il condono e la transazione tributaria. Lo scopo di tutto quanto premesso è quello di evitare il contenzioso»[52].

Pur avendo molti punti in comune la legislazione italiana e la legislazione francese, «la Francia non conosce una speciale magistratura tributaria e si avvale spesso del giudice ordinario e di quello amministrativo»[53].

In Francia il giudice competente (ordinario o amministrativo) è «in funzione dei diversi tipi di imposta».

La competenza del giudice amministrativo concerne le imposte indirette, quella del giudice ordinario riguarda «le imposte dirette e, per estensione, la tassa di pubblicità fondiaria e di registro»[54].

Alla base della giustizia tributaria c'è il principio della collegialità che vale sia per il giudice ordinario che per quello amministrativo[55].

La giurisdizione in Francia è articolata secondo il principio del doppio grado di giurisdizione: le sentenze del giudice ordinario sono ricorribili in appello, le sentenze del giudice amministrativo sono impugnabili presso le corti amministrative d'appello.

«L'introduzione di tali corti ha portato il Consiglio di stato a divenire giudice tributario di Cassazione»[56]. «Nel processo tributario. . . contribuente e fisco hanno parità di mezzi ma è il giudice che tende a mettere in pari condizioni le parti»[57].

A partire dal 1986 in Francia i tribunali amministrativi esercitano anche un incarico di conciliazione. Detta facoltà viene esercitata "con molta parsimonia[58]".

La legislazione italiana e quella francese obbediscono alla stessa filosofia ed alcuni istituti hanno lo scopo «di ridurre il numero delle controversie e la durata del

---

[50] Ivi, p.12.
[51] *Ibidem.*
[52] Ivi, p.13.
[53] *Ibidem.*
[54] Ivi, p.14.
[55] *Ibidem.*
[56] *Ibidem.*
[57] Ivi, p.15.
[58] Ivi, p.16.

procedimento», soprattutto le «procedure del pre-contenzioso che tendono a "stabilire un dialogo fra fisco e contribuente»[59].

La legislazione tedesca offre una alternativa al contribuente:

a) la possibilità di opporsi con una richiesta priva di formalità

b) col ricorso ad uno "specifico procedimento formale[60].

La costituzione tedesca recita: «se qualcuno viene leso nei propri diritti dal potere pubblico, può adire le vie giudiziarie. Se non esiste una competenza diversa sono ammesse le vie ordinarie».

La giurisdizione tributaria nell'ordinamento tedesco «è esercitata in via esclusiva da giudici speciali in parte togati e in parte onorari»[61].

La tutela del contribuente è garantita da una magistratura specifica, ai sensi dell'art. 19 co. 3 della Costituzione. In detto articolo si precisa che per le questioni fiscali è superfluo il ricorso alla magistratura ordinaria[62].

Rilevanza giuridica ha qualsiasi comportamento della amministrazione nel quadro dell'ordinamento tributario[63].

Con l'atto di imposizione il fisco stabilisce in forma scritta e in maniera vincolante gli oneri del contribuente. L'ammontare del debito e la determinazione della persona soggetta a imposizione è sulla base di controlli e operazioni contabili.

Poiché l'autorità, nella determinazione dei tributi, si deve richiamare a specifiche norme, è impossibile la conciliazione tra fisco e contribuente[64].

Prima che si formalizzi il contenzioso è consentita una impugnazione in modo informale che permette, senza gravami fiscali, un esame dell'atto amministrativo dal punto di vista sia della legittimità che del merito.

E' regola fondamentale che il contenzioso giudiziario abbia inizio solo quando la azione di opposizione extra giudiziaria sia rimasta infruttuosa[65].

Rimedio di contestazione è costituito dal ricorso gerarchico, in cui decide l'autorità immediatamente superiore a quella che ha emanato l'atto. Diversamente si ricorrerà "contro l'inerzia dell'amministrazione"[66].

Con una serie di cautele, rispetto all'ordinamento italiano, la legge (art.19 co.4 G.C.), dà la facoltà di sospendere "l'esecuzione di un atto contestato":

1-qualora vi siano seri dubbi sulla legittimità dell'atto contestato.

2-quando l'esecuzione comporti per l'interessato un pregiudizio non giustificato dai superiori interessi pubblici

---

[59] *Ibidem.*
[60] Ivi, p.17.
[61] Cfr. D. BIRK, *Diritto tributario tedesco* (traduzione a cura di E. DE MITA), Milano, Giuffrè, 2006, p. 1450.
[62] Cfr. PILLITTERI, *op. cit.*, p.17.
[63] *Ibidem.*
[64] *Ibidem.*
[65] Ivi, pp.17-18.
[66] Ivi, p.18.

3-quando venga prestata una adeguata garanzia[67]

Per quanto concerne il procedimento in sede giudiziaria, in primo grado le parti possono presentarsi senza l'ausilio di un avvocato[68].

Il contenzioso giudiziario è alquanto ridotto dal momento che solo una piccola parte delle controversie è portata davanti al giudice. "L'autorità finanziaria" si adopera di risolvere le questioni in fase di pre-contenzioso[69]

Non è possibile soffermarci sui vad, tipi di azione previste per la tutela del contribuente. «Il più importante requisito tipico del processo tributario è costituito dalla legittimazione attiva. Si richiede all'attore di evidenziare i fatti in modo circostanziato e "di essere stato leso nei suoi diritti»[70].

Nell'atto di appello deve essere indicato in modo circostanziato «l'esistenza di almeno un motivo di ammissibilità»[71].

«Ulteriore modo di impugnazione è la revisione che corrisponde al nostro giudizio di Cassazione e può essere proposta solo per violazione di diritto»[72].

E' arduo poter operare una comparazione in ordine ai diversi sistemi tributari esistenti. «Vari sono i modi di intendere la politica in genere e quella fiscale in particolare»[73].

E' opinione consolidata che mezzo secolo di politica europea abbia avvicinato non solo l'economia dei vari paesi aderenti ma anche il modo di amministrare la cosa pubblica e di salvaguardare i diritti dei cittadini[74].

---

[67] Ivi, p. 19.
[68] *Ibidem.*
[69] *Ibidem.*
[70] *Ibidem.*
[71] Ivi, p. 20.
[72] Ivi, p. .
[73] G. CONSOLO, *Modelli comparativi di organizzazione di contenzioso tributario ed effettività della tutela*, in *Dir. prat. trib.* I (1988), p. 775; A. AMATUCCI, *Problemi di armonizzazione del contenzioso tributario in Europa*, in M. LECCISOTTI (a cura di) *Il contenzioso tributario, problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 1992 p. 65; G. MINIECI, *L'organizzazione del contenzioso tributario e le esperienze europee e statunitense* in «Le commissioni tributarie», IV (1998), p. 33.
[74] PILLITTERI, *op. cit.*, p. 21.

Silvia Bellino

LA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO: GIURISPRUDENZA DELLA CEDU E DELLA CASSAZIONE A CONFRONTO*

ABSTRACT	
La CEDU ha sancito l'iniquità dei processi allorquando la corte di appello abbia completamente modificato la decisione di primo grado senza esaminare direttamente il mezzo di prova ivi assunto, pur posto alla base della propria decisione: questo è il principio delineato dalla CEDU, quale la risposta delle Corti italiane? L'Italia condivide il pensiero che non possa considerarsi equo quel processo che conduca i giudici a determinati *dicta* senza che vi sia una loro percezione diretta delle prove?	ECHR states that "the criminal proceedings are been unfair when the domestic appellate courts had not examined the evidence directly and had reached completely different decisions on the basis of the same evidence": that's the ECHR's purpose and what's the Italian courts advice? Does Italy agree with the idea that it can not be considered fair a process that leads to certain dicta without a direct perception of the evidence?
Processo penale – immediatezza – giudizio di appello	**Criminal proceedings – evidence – appeal**

SOMMARIO: 1. La rinnovazione probatoria in appello alla luce delle pronunce CEDU. - 2. L'adattamento dei principi sanciti dalla CEDU nel diritto interno. - 3. La lentezza "italiana" nell'adeguamento. – 4. Le prospettive di cambiamento.

1. Una delle questioni processualpenalistiche più dibattute inerisce il giudizio di appello e, in maniera più specifica, la controversa questione della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale innanzi il giudice di seconde cure di una prova dichiarativa, allorquando si debba riformare una pronuncia assolutoria.

A sancire il principio di diritto secondo cui il giudice deputato a decidere sulla colpevolezza di un soggetto non possa prescindere da una valutazione diretta del compendio probatorio è stata la CEDU con l'ormai celebre sentenza Dan c. Moldavia,

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

che può essere considerata, a tutti gli effetti, una forma di «decisione pilota» che ha aperto la strada a tante altre statuizioni che detto principio hanno contribuito ad allargare, a puntualizzare, a precisare.

Se la Dan c. Moldavia ha gettato le basi, è, però, a pronunce successive del medesimo consesso che si devono interpretazioni che, stante le ripercussioni teoriche generate, avrebbero meritato più attenzione e sono state, invece, meno indagate.

Con la sentenza Dan c. Moldavia la Corte ha ritenuto integrata la violazione ex art. 6, par. 1, della Convenzione poiché il processo di appello aveva condotto ad un totale *revirement* dell'assoluzione di primo grado, in assenza però di qualsivoglia attività istruttoria e sulla base del solo compendio probatorio assunto durante il dibattimento di primo grado.

Orbene, alla luce di una simile pronuncia, due sembrano essere i principi di diritto sanciti dalla CEDU: la possibilità di un *overturning* della decisione di primo grado, con conseguente condanna, emessa in appello in riforma di una sentenza di proscioglimento o assolutoria, nonché il considerare iniquo il processo in cui un *decisum* di condanna non consegua all'esame diretto dei testimoni, considerato prova decisiva, da parte del giudice di seconde cure, avente piena cognizione di fatto e di diritto[1].

Una volta sancito il principio di diritto, la CEDU lo esplica in un'altra delle sue statuizioni, la sentenza Manolachi c. Romania, laddove precisa che un giudice di appello, quando è chiamato ad esaminare una causa in fatto e in diritto e a valutare complessivamente la questione della colpevolezza o dell'innocenza, non può, per motivi di equità del processo, decidere in merito a tali questioni senza aver avuto un contatto diretto con la prova[2], ma solo cartolare.

Vi è di più, nella medesima statuizione, la Corte precisa che la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è sinonimo di garanzia di un processo equo, in quanto le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone possono avere delle serie ripercussioni per l'imputato.

Il diritto sancito dall'art. 6 della Convenzione si traduce, alla luce di detta pronuncia della CEDU, nel diritto dell'accusato a confrontarsi con il testimone alla presenza del giudice che, con pieni poteri di valutazioni del fatto e del diritto, deve decidere l'esito del giudizio a suo carico[3].

---

[1] Per una più ampia lettura si veda S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in «*www.dirittopenalecontemporaneo.it*», 17 giungo 2013.

[2] In tal senso S. ARASI, *Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria*, in *Proc. pen. giust.*, 4 (2014), p. 140.

[3] In tal senso CEDU, Sent. 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, in «*www.dirittopenalecontemporaneo.it*» con nota di S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 07 maggio 2013.

Il *quid pluris* che la sentenza aggiunge rispetto alle precedenti attiene proprio il comportamento e l'attendibilità di un testimone operata dall'organo *iusdicente* di appello poiché la Corte precisa il contenuto della valutazione che il giudice di appello potrà operare: la valutazione intrinseca sia dei contenuti, sia del comportamento del testimone nonché, conseguentemente, la valutazione della sua attendibilità che potranno essere decisive per le sorti dell'imputato, al quale non può essere negato il diritto di difesa giustappunto nella suo estrinsecarsi quale affidabile valutazione delle testimonianze «decisive» rese in primo grado.

La precisazione della CEDU è fondamentale perché la stessa pare operare un interessante distinguo tra il contenuto della dichiarazione e le modalità; sebbene il contenuto della dichiarazione, assunta durante il dibattimento di primo grado sia il medesimo, contenutisticamente parlando, ciò che differisce è il fatto che i giudici di secondo grado non hanno avuto modo e possibilità di apprezzare le "modalità", ovvero il contegno dei dichiaranti, l'intonazione della loro voce, il comportamento processuale, tutti dati, però, essenziali per la valutazione della loro credibilità.

Con la sentenza Hanu c. Romania, infine, la CEDU, pur confermando in toto i *dicta* precedentemente sanciti, ne amplia il contenuto laddove sentenzia che il giudice di appello è tenuto ad operare la riassunzione della prova testimoniale decisiva anche se la stessa non sia stata richiesta dall'imputato, dovendo, in tali casi, provvedervi *ex officio*, poiché la mancata richiesta da parte dell'accusato non può e non deve essere considerata quale disinteresse dello stesso per il proprio processo.

La CEDU prevede, pertanto, un vero e proprio dovere in capo all'organo giudicante in ordine alla rinnovazione della testimonianza decisiva ai fini dell'*overturning* in fase di appello della sentenza di proscioglimento o assolutoria[4].

2. La CEDU ha ampiamente sancito con fermezza come debba considerarsi iniquo quel processo in cui il giudice di seconde cure condanni un imputato, già assolto in primo grado, ponendo alla base del proprio convincimento una rilettura su base esclusivamente cartolare del materiale probatorio precedentemente assunto, senza avere una percezione diretta dello stesso[5], precisando che dovrebbe procedersi alla rinnovazione del mezzo di prova decisivo anche se non vi sia stata richiesta di parte in tal senso[6].

---

[4] Si vedano in tal senso CEDU, Sent. 8 marzo 2007, Danila c. Romania; ID., Sent. 26 giugno 2012, Gaitanaru c. Romania, nonché ID., Sent. 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, in «*www.dirittopenalecontemporaneo.it*».

[5] A. CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo: tra indicazioni europee e incertezze italiane*, in *Dir. Pen. Proc.*, 5 (2014), pp. 539 ss.

[6] «Nel caso Dan c. Moldavia, viene sancita l'irrinunciabilità della riassunzione della prova orale a carico, quando il giudice d'appello intenda riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, sulla base di un diverso apprezzamento di una prova orale ritenuta in primo grado non attendibile, imponendo l'applicazione delle regole del giusto processo anche nel giudizio di appello. Nella successiva decisione Hanu c. Romania, la Corte conferma e amplia i principi espressi, affermando che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa è sempre dovuta quando la riforma di una sentenza

Il principio di diritto sancito dalla CEDU è destinato a sollevare, però, non pochi problemi principalmente per quanto attiene l'adeguarsi della giurisprudenza interna degli stati membri dell'UE al monito espresso nonché a quanto previsto dall'art. 6 della CEDU, in tema di equo processo e regole del contraddittorio. Il lento adeguarsi della magistratura interna, attualmente, pare vivere un momento di freddo distacco e consapevole criticismo[7] rispetto alle decisioni delle corti europee, con le quali, comunque, sempre permane un incessante dialogo[8].

Quello che la Corte di Strasburgo chiede, anche all'Italia, è l'adeguamento celere e definitivo del giudizio di appello ai principi del giusto processo, ovvero più specificatamente al diritto alla prova e ai principi di oralità e contraddittorio, ai quali, comunque, costituzionalmente, con la prescrizione dell'art. 111 Cost., la Repubblica informa il proprio operato, ma che, spesso, restano disattesi.

Giova ribadire, infatti, che uno dei requisiti fondamentali del giusto processo è la possibilità che viene fornita all'imputato di poter affrontare la propria accusa e, dunque, interloquire coi testimoni, alla presenza dell'organo *iusdicente*: tanto, però, non si verificherebbe laddove non fosse data la possibilità di reiterare l'assunzione della testimonianza innanzi al giudice di seconde cure e, pertanto, sarebbe in palese violazione dell'art. 6 della Convenzione.

La motivazione per la quale la rinnovazione dibattimentale in appello è ipotesi meramente eventuale, tassativamente legata agli stretti parametri delineati dall'art. 603 c.p.p., però, risiede nel fatto che il giudizio stesso di appello è stato plasmato dal legislatore come momento di controllo dell'operato espletato durante il dibattimento

---

assolutoria avviene sulla base di una diversa valutazione di circostanze di fatto». Sostiene A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *Arch. Pen.* (2012), pp. 349 ss. E' solo con la sentenza Manolachi c. Romania, però, che si sancisce come si debba procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per assumere la prova orale anche quando la stessa non sia stata richiesta dalla parte, quasi a voler considerare l'assunzione alla stregua di un dovere dell'organo giudicante operante secondo i principi di un processo giusto ed equo, così come sostenuto da I. PARDO, *Nota critica sulla giurisprudenza della Corte Europea e della cassazione in tema di appello su decisione assolutoria*, in «*www.diritto.it*», 29 ottobre 2013.

[7] A tal proposito si legga D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora, quando? Dalla irriducibile staticità nello ius positum italiano al dinamismo cognitivo nel "diritto vivente" europeo*, in *Arch. pen.*, 3 (2012), p. 921. Ad avviso dell'Autrice la struttura del secondo grado «non è incastonabile nel prisma del giusto processo», a causa di una intrinseca incompatibilità col «nucleo fondativo di garanzie minime, inderogabili *in peius*, nel contesto dell'accertamento processualpenalistico». Dello stesso avviso e, più precisamente, A. SCALFATI, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, in *Dir. pen. proc.*, 8 (2009), p. 941. L'Autore evidenzia, altresì, la fisiologica compressione del regime dei gravami negli ordinamenti che valorizzano il contraddittorio per la prova nel primo giudizio.

[8] Così M. CAIANIELLO, *L'adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi*, Relazione per il convegno di studio annuale sulla evoluzione della giurisprudenza della suprema Corte di cassazione, in «*www.camerepenali.it*», 25-26 ottobre 2013.

di primo grado[9], non già, piuttosto, come secondo grado di giudizio *tout court* con la più ampia cognizione di merito.[10]

Fare in modo che la giurisprudenza delle corti interne si allinei con quanto prescritto dalla Corte di Strasburgo significherebbe, pertanto, rivedere la costruzione della struttura stessa del giudizio di appello, ed è, probabilmente, per questo che si assiste ad una sorta di ritrosia nel recepire *sic et simpliciter* i *dicta* europei senza sottoporli alla benché minima critica o verificarne l'applicabilità.

In Europa, l'attività interpretativa della magistratura della Commissione e della Corte europea dei diritti umani ha creato un vero e proprio patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso «diritto europeo delle libertà»[11]: una serie di regole minime che devono essere concretamente osservate per assicurare uno «spazio vitale di libertà» in una «società democratica»[12], che è poi quello che si auspica dalla nascita e dall'attività dell'UE.

In tal senso, è di fondamentale importanza che gli Stati membri tutti si adeguino a quanto stabilito dalla CEDU ed, altresì, importante è che si impegnino a dare esecuzione ai vari *decisum* della Corte stessa, onde evitare di vanificarne l'operato, correndo il rischio di porre in essere comportamento configgenti con i principi della Convenzione stessa alla quale si è, comunque, giuridicamente vincolati.

La forza cogente dei moniti delle Corti Europee in Italia è, poi, sancita costituzionalmente dalla lettura del combinato disposto degli artt. 10 e 117 della Cost., primo comma, laddove impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli 'obblighi internazionali'[13], per cui gli stessi sono destinati a far parte stabilmente della struttura giurisprudenziale interna degli Stati membri, che,

---

[9] G. SPANGHER, *Appunti per un ripensamento del giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 5 (1996), pp.623 ss., secondo il quale un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di rinnovazione dibattimentale, che sono il mezzo processuale per realizzare il *novum iudicium* in secondo grado, trova «indubbiamente una sua giustificazione profonda nella scelta (tendenzialmente) accusatoria del nuovo processo penale. Invero, in un modello di questo tipo la presenza-concettualmente non agevole- d'un giudizio di secondo grado si giustifica soltanto in una logica di controllo, rifiutando comunque quella della reiterazione dei giudizi».

[10] Per una più ampia disamina circa il giudizio di appello si legga D. CHINNICI**,** *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2009.

[11] A tal proposito non può non considerarsi quanto affermato da A. MARANDOLA, *Introduzione* in *Speciale CEDU e ordinamento interno, Gli Speciali*, in *Dir. Pen. Proc.*, (2014), pp. 4 laddove si legge: «E' dato non confutabile che, da tempo, il giurista italiano è chiamato a confrontarsi con un nuovo scenario normativo di riferimento: fonti sovranazionali e convenzionali sono ormai entrate a far parte della trama normativa processual-penale. Pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo segnano ormai il percorso che la giurisprudenza, prima, e il legislatore, poi, sono tenuti a seguire», definizione mirabile di cosa debba essere considerato nuovo parametro normativo di riferimento e futuro scenario della procedura penale di domani.

[12] S. LONATI, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della C.E.D.U.: una proposta de iure condendo*, in «*www.dirittopenalecontemporaneo.com*», 16 luglio 2012.

[13] In tal senso Corte Cost., sent. 7 aprile 2011, n.113 in Relazione n.18/13 Corte Suprema di Cassazione, p. 16.

purtuttavia, spesso, paiono mostrare un freddo atteggiamento ed una ritrosa lentezza nell'adeguamento.[14]

La Corte costituzionale ha, peraltro, stabilito che nel sistema delle fonti del nostro ordinamento, le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, hanno il rango di norme interposte, che, attraverso il meccanismo di adattamento previsto dall'art. 117 Cost., comma 1, diventano esse stesse parametro di legittimità costituzionale delle norme di diritto interno, di guisa che il giudice dello stato membro deve applicare queste ultime secondo un'interpretazione non solo costituzionalmente conforme, ma anche convenzionalmente orientata[15].

Il fatto però che la giurisprudenza interna degli Stati membri non possa prescindere dalla vis interpretativa europea, non significa che la stessa a quest'ultima debba servilmente adeguarsi[16], quanto piuttosto che, pur nel rispetto doveroso dovuto ai giudici di Strasburgo, gli organi *iusdicenti* di ciascuno Stato membro ben possono, con adeguata motivazione, adottare una diversa e più fondata lettura delle norme convenzionali.

E' compito, infatti, degli ordinamenti interni degli Stati membri e degli organi nazionali quello di adoperarsi al fine di assicurare a ciascun individuo la tutela dei diritti previsti dalla Convenzione. Il ruolo svolto dal diritto convenzionale e dai giudici europei risulta meramente residuale, potendo questi, infatti, solo intervenire in un secondo momento al fine di controllare l'applicazione dei diritti sanciti *erga omnes* e le eventuali omissioni di ciascuno Stato.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in grado di appello è un istituto la cui *ratio* risiede nella garanzia di un diritto alla prova nel contesto di un processo di parti, sebbene si inserisca all'interno del secondo grado di giudizio del processo penale italiano, ancora fortemente intriso di caratteristiche care al rito inquisitorio, caratterizzato come è dall'essere considerato quale strumento di mero controllo, dalla cognizione solo parziale, dunque ridotta limitatamente al merito.

E' possibile verificare come la predisposizione di recepimento delle interpretazioni fornite dalla CEDU non è sempre stata automatica e celere. Infatti, sebbene in un primo momento, l'aspirazione a recepire la soluzione europea sia così forte da imporsi, per così dire, "costi quel che costi", così come sostenuto da

---

[14] Si legga F. GIUNCHEDI, *La Cassazione e la tela di Penelope. I giudici "guardiani" dell'equo processo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 5 (2015), p. 43 ss.

[15] In tal senso, F. MARONE, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*, nota a Corte costituzionale, sent. 10 dicembre 2013, n. 313 in «*www.giurcost.org*».

[16] Il servile adeguamento della giurisprudenza interna alla vis interpretativa europea viene ampiamente analizzato pure da A. CABIALE**,** *Verso un appello "convenzionalmente orientato": necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Speciale CEDU e ordinamento interno, Gli Speciali*, in *Dir. Pen. Proc.*, (2014), pp. 51 ss.

condivisibile dottrina, ben presto è stato lasciato il passo a periodi di riflessioni, in cui le spinte facili all'automatismo e all'apertura incondizionata nel recepimento si sono avvicendate con chiusure di carattere reattivo e forte spirito critico[17].

Quali siano state le ragioni sottese ad un simile cambiamento di rotta è assai difficile stabilirlo: abbandonare gli schemi sia processuali sia interpretativi ormai consolidati da tempo non è mai cosa facile: se però l'esortazione giunge da un organo *iusdicente* superiore, si potrebbe essere portati a rivedere le proprie posizioni, tentando, ove possibile, di adeguarsi, senza, però, frustrare punti fondanti del proprio sistema[18].

A tal proposito, per quel che attiene la questione della condanna a seguito di rivalutazione "cartolare" della prova in appello, non può non spendersi una parola sul dato di fatto dell'ardua conciliabilità fra la fase delle impugnazioni, fortemente improntata ad un modello processuale di tipo inquisitorio, e la riforma accusatoria intrapresa alla fine del secolo scorso.

Il giudizio di appello italiano, tendenzialmente cartolare, costituisce una contraddizione meridiana in un sistema che si intende ripensare consacrato all'oralità e all'immediatezza[19]. L'immediatezza stessa mal si concilia col giudizio di appello: anche nel procedimento più celere, la fase dell'appello, infatti, giunge in un momento molto lontano dal verificarsi del fatto storico, momento in cui la memoria di un teste, di per se stessa labile, che non reggerebbe anche la migliore delle cross - examination, vanificando così entrambi i principi dell'oralità e dell'immediatezza[20].

---

[17] Per una più ampia lettura si veda, CAIANELLO, *L'adeguamento italiano,* cit., p.13, ove si legge: «Si può dire che dall'età dell'innocenza e rivoluzionaria, si sia giunti, nel momento attuale, a quella dello scetticismo e della restaurazione. (…) Si può identificare questo periodo con quello avviato con le sentenze gemelle della Corte costituzionale, e proseguito con alcune interessanti pronunce adottate dalla Corte di Cassazione. In entrambe sembra che l'aspirazione a recepire la soluzione europea sia così forte da imporsi, per così dire, "costi quel che costi". (…) Infine, l'acme del movimento - sia pur raggiunto con una certa riluttanza – appare rappresentato dalla sentenza n. 113 del 2011, con la quale la Corte costituzionale ha introdotto nel codice di procedura penale un nuovo caso di revisione per l'ipotesi in cui la condanna sia dichiarata iniqua dalla Corte e.d.u...(…) Non molto tempo dopo l'avvio della fase di accentuata apertura al diritto europeo, si incominciano a intravvedere segnali di ripensamento, e di messa in discussione di alcune scelte che avevano preso piede in quel primo momento. Diverse le cause di questo movimento a ritroso. Da un lato, e forse per la maggior parte, la ragion di stato, che pare in alcuni casi giocare un ruolo di maggiore rilievo rispetto alla applicazione pura del diritto. Dall'altro, l'esigenza di dare razionalità al nuovo assetto, percepito come disordinato e poco conciliabile con alcuni punti fondanti del nostro sistema».

[18] M. CAIANIELLO, *L'adeguamento italiano,* cit., p. 3.

[19]Cfr. F.M. IACOVIELLO, in *La Cassazione Penale. Fatto, diritto, motivazione,* Milano, Giuffrè, 2013, p.499, ove si legge che «La condanna per la prima volta in appello è il vero punto di rottura di un sistema fondato sul verdetto motivato e sul doppio grado di giudizio. (…) Dei due giudici, quello epistemologicamente più affidabile è il primo. Ma conta di più il secondo. Perché viene dopo».

[20] M. MASSA, *Contributo alla studio dell'appello nel processo penale,* Milano, Giuffrè, 1969, pp. 228 ss., secondo cui «oralità infatti significa giudizio che nasce della valutazione (…) di elementi acquisiti attraverso un controllo diretto del giudice con le fonti della prova. Se vi è stata in precedenza un'altra acquisizione probatoria effettuata da un diverso soggetto, non potrà più esserci oralità, ma solo una parvenza di un processo orale».

Non è affatto peregrino allora pensare come ci si trovi innanzi una realtà in cui la magistratura degli stati membri è quasi barricata sulla propria posizione e poco incline al recepimento di decisioni e direttive europee, atteggiamento certamente poco condivisibile perché poco propenso a cogliere l'occasione di ripensare numerose garanzie che meriterebbero una rilevante ristrutturazione, quali per esempio il contraddittorio e l'oralità nel giudizio di appello ovvero il diritto all'interprete e alla traduzione degli atti.

3. Si sono susseguite numerose pronunce in materia e la Corte di cassazione non sempre ha mostrato la propria volontà di attenersi al monito prescritto dalla CEDU, anzi spesso ci si è imbattuti nella chiara volontà di volersene discostare, con puntualizzazioni precise ed evidenti contestazioni rispetto ai *dicta* europei.

Non va nemmeno taciuto come già la costruzione del processo penale italiano, delineato dal legislatore del 1988, come bifasico ed avente un primo grado di giudizio di natura prettamente accusatoria, caratterizzato dai principi dell'oralità, immediatezza e contradditorio nelle parti, nonché un secondo grado, più orientato ad essere solo un mero controllo dell'operato precedentemente verificatosi, sia fortemente criticabile e possa involvere dubbi ed incertezze, allorquando ci si trovi innanzi ad un imputato assolto in primo grado, la cui posizione debba essere ribaltata completamente successivamente.

Numerosi dubbi assalgono un interprete scrupoloso, poiché appare *ictu oculi* come la posizione del soggetto imputato rispetto alla disposizione del materiale probatorio in ambedue i gradi di giudizio non sia equa: può interloquire con ampli poteri e garanzie innanzi al giudice di prime cure, circostanza che gli è preclusa in secondo grado stante la cartolarità del giudizio, all'esito del quale, però, può ben vedere mutata *in peius* la propria statuizione.

L'andamento ondivago, sempre in bilico fra accondiscendente conformazione e reticente allontanamento, come accennato nel paragrafo precedente, è giustificato, nonché facilmente riscontrabile, dalla lettura dei moniti della Corte di Cassazione, che dapprima appare fortemente orientata verso una forma di recepimento quasi automatico delle pronunce europee, anche laddove fortemente contrastanti con istituti fondamentali dell'ordinamento processualpenalistico interno, mentre, in un secondo momento pare mostrare forti segnali di *revirement*, di indietreggiamento rispetto alle forti aperture precedenti.

E' proprio a questo proposito che pare opportuno sottolineare alcune pronunce ormai celebri nelle quali la Corte di Cassazione pur di dare attuazione completa ai dettati giurisprudenziali della CEDU, accogliendone in toto i suggerimenti, giungeva addirittura ad applicare ad un caso, per via analogica, l'art. 625 bis c.p.p., ben conscia dell'immanente principio della tassatività in tema di impugnazioni e, consentendo

così, la riapertura di un procedimento il cui svolgersi dalla Corte europea era stato ritenuto iniquo[21].

Per quel che attiene più specificamente l'istituto della rinnovazione in appello, che ha ampiamente occupato la CEDU negli ultimi anni, non solo con l'ormai celebre sentenza apripista Dan c. Moldavia, ma, anche e soprattutto, con svariate sentenze successive che ne hanno ampliato il principio di diritto[22], pare essersi generalizzata, nei giudizi di appello a seguito di impugnazione della pubblica accusa contro le sentenze di assoluzione, la celebrazione del secondo grado di giudizio di merito con rinnovazione totale delle prove, precedentemente assunte innanzi il giudice di prime cure, in pienezza di contraddittorio e con il metodo della oralità, conformemente al principio di immediatezza, in considerazione del fatto che l'assunzione del materiale probatorio, oggetto della futura decisione nella dialettica delle parti ed al cospetto del giudice investito del giudizio deve essere considerato uno dei requisiti fondamentali e irrinunciabili del giusto processo[23].

Non a caso, pare impossibile, visti i *dicta* della CEDU considerare, come si è sempre fatto prima della sentenza Dan c. Moldavia, la celebrazione di giudizi di secondo grado con controllo meramente cartolare quale modulo standardizzato ed immodificabile del processo europeo, soprattutto costruito con la rinnovazione probatoria quale ipotesi marginale e solo meramente eventuale e subordinata all'esistenza di tassative credenziali, previste dall'art. 603 c.p.p..

La CEDU ha compiuto una vera e propria rivoluzione copernicana in materia ed esorta gli Stati membri ad adeguarvisi, imponendo loro di dilatare, per via squisitamente interpretativa le casistiche di rinnovazione probatoria innanzi al giudice di seconde cure dagli stessi già normativizzate, facendo in modo che si compia all'unisono un importante passo in avanti verso un'evoluzione delle impugnazioni penali, e dell'appello in particolare.

A ben vedere, però, la giurisprudenza italiana pare non cogliere totalmente un simile tipo di istanza, ritenendo, così come già il legislatore aveva fatto nel 1988, probabilmente erroneamente, di poter lasciare immutate le cose, nella piena consapevolezza che si sarebbe verificato il paradosso di un processo orale e giusto nel primo grado, ma ancora sconsideratamente scritto e di chiara costruzione inquisitoria nel secondo grado. Si tratta, orbene, di una circostanza da scongiurare, perché lontana dai paradigmi che una giustizia ed un'interpretazione europea nonché garantista impongono.

---

[21] A tal proposito, per una più ampia disamina, Cass. Pen., sex. VI, sent. 12 novembre 2008 con nota di M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p,p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, (2009), p. 1457.

[22] Si vedano: C.e.d.u., sent. 5 marzo 2013, Manolachi-Romania, ID, sent. 9 luglio 2013, Flueras-Romania e ID., sent. 4 giugno 2013 Hanu-Romania, in «*www.penalecontemporaneo.it*».

[23] A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. Pen.*, 1 (2012), p. 349.

Le prime sentenze in materia della Corte di cassazione inducono a riflettere laddove, imponendo ai giudici di seconde cure l'obbligo di motivazione rafforzata nella sentenza con la quale ribaltano un'assoluzione in primo grado, prospettando sì una predisposizione positiva rispetto alle forti istanze garantiste che giungono dall'Europa, non stigmatizzano però con chiarezza innanzi a quali situazioni si debba considerare doverosa la via della rinnovazione probatoria, lasciando all'interprete la decisione[24].

Laddove si debba decidere sulla condanna di un imputato, precedentemente assolto in primo grado al termine di un giudizio fortemente garantista, è impensabile che ci si limiti nella sentenza di appello ad addurre solo il proprio convincimento differenziato dall'organo *iusdicente* precedente, quanto piuttosto, appare estremamente corretto 'confrontarsi con gli argomenti addotti a sostegno della prima decisione, evidenziarne l'eventuale incongruenza e fornire una lettura del materiale probatorio'[25] certa al di là di ogni ragionevole dubbio, così come imporrebbe la regola BARD di matrice statunitense, ormai diritto vivente generalizzato[26], nel caso del ribaltamento del proscioglimento in secondo grado.

La stessa scrupolosità, però, non è richiesta per tutti quei casi in cui la sentenza da censurare in appello è di condanna. Infatti «è legittima la sentenza d'appello che, in riforma della decisione di condanna intervenuta in primo grado, assolva l'imputato sulla base della valutazione del medesimo compendio probatorio, atteso che l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza»[27]. Questo comporterebbe che la Corte di cassazione debba essere tenuta a verificare che quando il giudice d'appello intenda condannare dopo un proscioglimento, dimostri l'insussistenza delle ipotesi alternative dedotte (in primo grado) o deducibili (oltre ogni ragionevole dubbio); e quando invece intenda prosciogliere dopo una condanna, argomenti l'esistenza di un dubbio ragionevole, o di un'alternativa equiprobabile[28].

---

[24] Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. 16 dicembre 1994, n. 1381, in *Arch. Nuova proc. pen.*, (2004), p. 59; ID, Sez. I, sent. 27 giugno 1995, n. 8009, in *Arch. Nuova proc. pen*, (1996), p. 281.

[25] In tal senso, R. CANTONE, *La* reformatio in peius *in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, (2013), p. 458.

[26] Per una lettura sull'applicazione della regola BARD, si veda M. DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. Dir. Proc.*, (2007), f.1, p. 258, secondo il quale «il ragionevole dubbio si produce ogni volta in cui anche una singola prova generi un'inferenza contraria tale da spezzare uno degli anelli di cui si compone la catena induttiva che conduce alla verifica dell'ipotesi accusatoria»; A. SCARCELLA, *Regola del B.A.R.D. nel giudizio d'appello e riforma «*contra reum» *della sentenza assolutoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2 (2013), pp. 214 ss.

[27] Cfr. Cass. Pen., sez. III, sentenza 26 ottobre 2012, *n.* 42007, in *Cass. Pen.*, 11 (2013), Giuffré, pp. 4057 ss. con nota di V. AIUTI, *Il ribaltamento della condanna in appello*.

[28] P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 255 ss.; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, Cedam, 2007, p. 150.

In sintesi, la Cassazione sostiene che «sulla base del medesimo 'compendio probatorio' se (…), per la riforma di una decisone assolutoria, non è sufficiente una diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, ma occorre che la sentenza d'appello abbia una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio, in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto, nel caso inverso tale diversa valutazione è del tutto sufficiente giacché, se la condanna deve presupporre la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza»[29], poiché come autorevolmente sostenuto, il tema del processo non è mai la non colpevolezza, che è presunta, ma sempre la colpevolezza, che è tutta da dimostrare[30].

La riflessione critica degli interpreti interni non tarda ad arrivare, allorquando si intravedono segnali di *revirement* e ci si domanda se tutto ciò che è divenuto fonte europea debba applicarsi tout court all'interno degli Stati membri, ovvero se sia opportuno e necessario operare dei distinguo e degli adattamenti specifici rispetto alle pronunce. E' esattamente ciò che si verifica allorquando la Corte delle Leggi opera una distinzione tra due diversi ambiti: quello in cui tra la CEDU e la legge nazionale si ponga un'altra fonte di matrice UE e quello nel quale tale fonte non sia data. Stante l'interpretazione ermeneutica, nel primo di detti due casi, il diritto CEDU, in quanto anche diritto UE, dovrebbe essere direttamente applicato, con conseguente disapplicazione della legge dello Stato membro; tanto, però, non dovrebbe verificarsi nel secondo caso, ove troverebbe applicazione l'obbligo di interpretazione in conformità alle regole interne sancite dalla Costituzione Italiana[31].

Recentemente, però, si assiste nuovamente ad un'apertura all'Europa laddove la Corte di cassazione, in materia, ha sancito come debba considerarsi «illegittima la sentenza emessa da un giudice di seconde cure che in riforma di quella assolutoria affermi la penale responsabilità di un imputato sulla base di un'interpretazione alternativa del medesimo materiale probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio, occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio: ogni volta che intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale decisiva, ritenuta in primo grado inattendibile, il giudice d'appello deve procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale»[32].

La stessa Corte di cassazione va oltre statuendo che «il giudice di appello per riformare *in peius* una sentenza assolutoria è obbligato-in base all'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 5 luglio 2011, nel caso Dan c/ Moldavia- alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo

[29] Cass. Pen., sez. III, sent. 26 ottobre 2012, *n.* 42007, cit.
[30] Cfr. F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 2006, p. 988 ss.
[31] Corte Cost., sent.7-11 marzo 2011, n. 80 in rassegna di giurisprudenza online dejure.
[32] Cass. Pen., sez. V, sent. 26 giugno 2013, Marchetti, in *Arch. Pen*., 3 (2013).

quando intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ritenuta in primo grado non attendibile»[33].

Orbene, come facilmente può desumersi, l'ambito di applicazione relativo alla rinnovazione probatoria innanzi il giudice di seconde cure attiene prevalentemente l'istituto della testimonianza, o prova orale, mentre per altri mezzi di prova può escludersi tale possibilità poiché «La riforma "*in peius*" della sentenza assolutoria di primo grado richiede, in base all'art. 6 CEDU - così come conformemente interpretato dalla Corte Edu - la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo quando il giudice di appello intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ma non quando compia una diversa valutazione di prove non dichiarative, ma documentali (sez. 2, n. 29452 del 17.5.2013, Marchi e altri, rv. 256467 nel giudicare un caso in cui il diverso apprezzamento concerneva l'uso ed il significato di espressioni criptiche e/o fuori contesto, contenute in intercettazioni telefoniche; conf. sez. 6, n. 16566 del 26.2.2013, Caboni e altro, rv. 254623).

L'art. 6 CEDU, in altri termini, non condiziona indefettibilmente il potere del giudice d'appello di ribaltare una precedente pronuncia assolutoria alla rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado»[34], secondo un principio secondo cui la stessa non necessiterebbe di riproposizione poiché facilmente interpretabile dall'organo giudicante alla stregua di un «documento».

Solo una lettura non approfondita potrebbe indurre a pensare che ci si trovi innanzi ad una forte discrasia di trattamento tra mezzi di prova, perché è sì vero che la valutazione di attendibilità di un testimone è un compito molto complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate, ma non può non tenersi in considerazione che pure la valutazione delle conversazioni telefoniche lo sia.

Quello che la Cassazione opera, più che una opinabile disparità di trattamento tra mezzi di prova differenti, è, invece, una ragionata valutazione che determini un distinguo tra elementi intrinseci ed estrinseci del singolo mezzo di prova: laddove si ritiene pienamente legittima la rinnovazione probatoria della testimonianza che attenga l'attendibilità intrinseca e l'analisi del flusso comunicativo (contegno del testo durante l'audizione, intonazione vocale, comportamento processuale, dati comunicativi non verbali) e si neghi l'assunzione probatoria in un secondo giudizio ove la nuova valutazione riguardi solo l'attendibilità estrinseca e la valutazione del compendio probatorio nel complesso[35].

---

[33] Cass. Pen., sez. VI, sent. 26 febbraio 2013, n. 16566, Caboni, con nota di V. COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2 (2014), p. 191 ss.

[34] Cfr., Cass. Pen, Sez. III, sent. 06 marzo 2014, n. 10811, «*www.leggiditalia.it*».

[35] Così S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare"*, cit., p. 3.

4. E' possibile, quindi, affermare che nonostante gli sforzi degli interventi giurisprudenziali tutti causalmente orientati ad adeguare in chiave interpretativa il diritto interno ai *dicta* europei, per quanto apprezzabili, non ci sia stato modo di colmare adeguatamente il profondo deficit di garanzie presente nel giudizio di appello.

È destinato a riproporsi, pertanto, il problema perenne della piena maturazione del processo accusatorio «all'italiana», che di accusatorio, però, ha solo un grado di giudizio, almeno fino a quando l'appello rimarrà, tendenzialmente, solo cartolare[36], con l'integrazione probatoria relegata a livello di eccezione ed ipotesi residuale e non si opererà un opportuno cambiamento generalizzato dell'istituto a livello legislativo.[37]

Non va taciuto, infatti, come l'intervento del legislatore potrebbe essere risolutore: bisognerebbe ridisegnare, finalmente, l'intera disciplina del dibattimento in appello, in modo tale da conferirle quelle peculiarità del rito accusatorio, che le mancano oggi e che sono necessarie per adeguarsi alle prescrizioni europee più garantiste.

Sarebbe opportuno, pertanto, che si preveda un giudizio di seconde cure in cui, in seguito alla pronuncia di annullamento di una sentenza di proscioglimento o di assoluzione, si proceda alla celebrazione di un nuovo dibattimento, con il pieno rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, pur se questo comporta sacrifici in termini di allungamento dei tempi del processo e un inutile appesantimento della giustizia, con inevitabili ricadute in termini di efficienza del sistema processuale, accettabili laddove giustificate dalla celebrazione di un processo equo e giusto.

Così come sostenuto da autorevole dottrina, peraltro, a tale tipo di riforma si potrebbe associare un intervento legislativo volto ad allungare i termini di prescrizione o a sospendere gli stessi in pendenza del giudizio di secondo grado, al fine di scongiurare un abuso dei mezzi di impugnazione[38].

Laddove mancasse totalmente l'intervento del legislatore, si dovrebbe sperare in quello costruttivo della magistratura poiché, stante l'altalenante interpretazione del giudice di legittimità, sarebbe doverosa una pronuncia del massimo consesso della suprema corte che, definitivamente, faccia luce con precisione e senza fraintendimenti, sancendo punti fermi che non lascino una materia tanto delicata in balia di interpretazioni personali e contrastanti dei singoli organi giudicanti.

---

[36]Per una più ampia disamina si legga D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazione europee*, in *Proc. pen. giust.*, 3 (2015), p. 172.

[37] Sulle prospettive di riforma dell'intero istituto dell'appello si legga S. TESORIERO**,** *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in «*www.penalecontemporaneo.it*», 2014, pp. 55 ss.

[38] A. GAITO, *op. cit.*, p.354.

Massimo Bilancia[†], Giusi Graziano[††]

MEASURING GEOGRAPHICAL DISPARITY IN LUNG CANCER MORTALITY IN APULIA, ITALY. RESULTS FOR THE 2002-2009 PERIOD[*]

ABSTRACT	
This paper reports on the presence of an excess mortality for lung cancer among resident males in the southeast part of the Salento peninsula. This increasead level of risk was first documented in a report of the Registro Tumori Puglia (formerly known as Registro Tumori Jonico Salentino), and further analyzed by one of the authors of this paper, using mortality data for the 1992-2001 period. Here, we present an updated analysis conducted using data over two distinct time intervals (2002-2005 and 2006-2009). The obtained results show that the excess mortality is still present, and that the causes of such geographical disparity remain somewhat obscure.	Il presente lavoro mira a documentare la presenza di un eccesso di mortalità per tumore al polmone tra i maschi residenti nella parte sud-orientale della penisola salentina. L'aumento del livello di rischio per tale patologia era già stato individuato in un report del Registro Tumori Puglia (già noto come registro Tumori Jonico Salentino), ed ulteriormente analizzato da uno degli autori di questa pubblicazione, utilizzando dati di mortalità per il periodo 1992-2001. In questa sede presenteremo una analisi aggiornata basata su due distinti intervalli temporali (2002-2005 e 2006-2009). I risultati ottenuti dimostrano che l'eccesso di mortalità è tuttora presente, e che le cause di una siffatta disparità geografica rimangono ancora oscure.
Spatial epidemiology – Bayesian hierarchical modeling – Lung cancer mortality	**Epidemiologia spaziale – Modellistica bayesiana gerarchica – Mortalità per tumore al polmone**

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction – 2. A basic Poisson model – 3. Bayesian hierarchical modeling of the relative risks – 4. Classes of spatial priors for areal data – 5. Local cluster detection – 6. Computational aspects – 7. Results – 8. Discussion and conclusions.

[†] Correspondence: Ionian Department of Law, Economics and Environment, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Via Lago Maggiore angolo Via Ancona - 74121 Taranto – Italy. Email: massimo.bilancia@uniba.it.
[††] Correspondence: Oncologic Hospital Giovanni Paolo II, Viale Orazio Flacco 65 – 70124 Bari – Italy. Email: giusi.graziano78@gmail.com.
[*] This paper has been reviewed under double-blind peer review.

1. - Despite many nations have seen a general improvement in cancer survival, and a decline in incidence and mortality rates for some cancers, notable inequalities in these outcomes still persist between people of differing race, ethnicity, socioeconomic status, and area of residence, as witnessed by many researchers and numerous international studies[1].

Of course, inequalities need to be quantified before they can be addressed, and since the mid-1800s maps have been used to provide a visual representation of cancer outcomes. Cancer mortality and incidence maps often offer clues of the many different forms a cancer inequality can take[2]. For example, cancer patients living in disadvantaged areas are more likely to be diagnosed with advanced cancer and to have poorer survival. Similarly, patients living in rural areas with a reduced access to health care services, and lower socioeconomic groups living in deprived areas have a higher prevalence of cancer risk factors such as smoking, obesity and low level of physical activity.

When the Apulia region is taken into consideration, it must be stressed that public health investigations are dominated by the analyses of relationships existing between environment and cancer mortality/incidence in two contaminated sites. The first site of interest is the city of Taranto, because of several polluting sources, such as a large steel plant, a refinery, a harbor and illegal waste dumps[3]. The second is the Brindisi area, characterized by the presence of industries with high environmental impact, located along its eastern border. Several epidemiological studies have revealed critical situations[4].

However, the purpose of this paper is to document a different phenomenon, i.e. the presence of an excess mortality for lung cancer among resident males in the southeast part of the Salento peninsula. This increasead level of risk was first documented in a report of the Registro Tumori Puglia (formerly known as Registro Tumori Jonico Salentino), and further analyzed by one of the authors of this paper, using mortality data for the 1992-2001 period[5]. Here, we present an updated analysis

[1] A. WEINBERG, P.M. JACKSON, C. DECOURTNEY, K. CRAVATT, J. OGO, M.M. SANCHEZ, G. TORTOLERO-LUNAS, R.L. ROLLINS, *Progress in addressing disparities through comprehensive cancer control*, in "Cancer Causes & Control", 21:12 (2010), pp. 2015–2021.

[2] S.M. CRAMB, K.L. MENGERSEN, P.D. BAADE, *Developing the atlas of cancer in Queensland: methodological issues*, in "International Journal of Health Geographics", 10:9 (2011), doi:10.1186/1476-072X-10-9.

[3] R. PIRASTU, P. COMBA, I. IAVARONE, A. ZONA, S. CONTI, G. MINELLI, V. MANNO, A. MINCUZZI, S. MINERBA, F. FORASTIERE, F. MATALONI, A. BIGGERI, *Environment and Health in Contaminated Sites: The Case of Taranto, Italy*, in "Journal of Environmental and Public Health", Article ID 753719 (2013), doi:10.1155/2013/753719.

[4] C. MANGIA, A. BRUNI, M. CERVINO, E.L. GIANICOLO, *Sixteen-year air quality data analysis of a high environmental risk area in Southern Italy*, in "Environmental Monitoring and Assessment", 183:1-4 (2011), pp. 555–570.

[5] M. BILANCIA, A. FEDESPINA, *Geographical clustering of lung cancer in the province of Lecce, Italy: 1992-2001*, in "International Journal of Health Geographics", 8:40 (2009). doi:10.1186/1476-072X-8-40.

conducted using data over two distinct time intervals (2002-2005 and 2006-2009). The obtained results show that the excess mortality is still present, and that the causes of such geographical disparity remain somewhat obscure.

The paper is organized as follows. Section 2 introduces the necessary notation and the basic Poisson model when the outcome of interest is the area-level count of an adverse health event. In Section 3 the basic concepts of Bayesian hierarchical modeling are introduced, and the spatio-temporal model used to analyze the data is shortly explained. In Section 4, some mathematical difficulties associated with priors for the spatial distribution of relative risks are highlighted. Section 5 contains a brief introduction to local cluster detection using the Kulldorff's circular scan statistic. Section 6 contains a pointer to the numerical facilities used to map the relative risk estimates. Section 7 contains results and maps depicting the geographical variation in risk. The paper ends in Section 8 with some clues for future research.

2. - First, we introduce the necessary notation. Let Y_{it} denote the number of deaths observed within the *i*-th area ($i = 1,2,\ldots,N$) during the time window *t* ($t = 1,2,\ldots,T$). We can broadly assume that, independently in each area and time windows, death counts follow a Poisson distribution:

$$Y_{it} \overset{ind}{\sim} \text{Poisson}(N_{it} p_{it}), \tag{1}$$

where p_{it} represents the mortality rate within area *i* and time windows *t* and, in a similar vein, N_{it} is the amount of person-years at risk in each time interval considered. With the help of a suitable reference rate p, we are able to re-parametrize to area-specific relative risks $\theta_{it} = p_{it}/p$ such that:

$$N_{it} p_{it} = N_{it} p \theta_{it} = E_{it} \theta_{it}, \tag{2}$$

in which $N_{it} p = E_{it}$ represents the number of expected deaths under the reference rate *p*. When the reference population is the same as the population under study, we set the reference rate as:

$$p = \sum_{i,t} Y_{it} \Big/ \sum_{i,t} N_{it}. \tag{3}$$

This *internal standardization* centres the data with respect to the current maps. Therefore, the re-parametrized Poisson model assumes the form:

$$Y_{it} \overset{ind}{\sim} \text{Poisson}(E_{it} \theta_{it}), \tag{4}$$

in which the E_{it}s are (improperly) regarded as fixed, whereas Y_{it}s are regarded as random and conditionally indipendent of one another given the relative risks θ_{it}s. The obvious summaries of the Poisson model (4) are the maximum likelihood estimates (MLE) of area-specific relative risks $\hat{\theta}_{it} = SMR_{it} = Y_{it}/E_{it}$ (*SMR* = Standardized Mortality Ratio). The areas where there is an excess of risk are those in which the number of observed deaths exceeds the expected ones (and hence $SMR_{it} > 1$).

Estimates derived from the Poisson model are ready for mapping and GIS analyses, although *SMR*s tend to be unreliable estimators of the underlying risks, as $Var(\hat{\theta}_{it}) = \theta_{it}/E_{it}$. Since the expected counts depend on the underlying population at risk, the precision of the *SMR*s will vary inversely with the size of the population. As a consequence, any map suggesting outliers may be spurious, since the extreme values may result from a large degree of variability of the estimates. For example, sparsely populated areas can visually dominate the map, but provide the least reliable estimates.

3. - A way for overcoming the above mentioned issue consists in borrowing information from sources other than the observation at hand, in order to improve the properties of the relative risk estimates, achieving a better mean squared error. For example, under the Poisson model (4) we are not able to exploit the information that disease outcomes in spatial units are often not independent of each other. As a consequence, risk levels of areas that are close to each other tend to be positively correlated, as they share a number of spatially varying characteristics.

From this perspective, the most commonly used models are derived from the full Bayesian approach. This class of models allow for the augmentation of the Poisson likelihood function, in order to incorporate a spatially correlated structure of the relative risk, resulting in a Bayesian hierarchical model. This hierarchical structure promotes the concept of Bayesian smoothing, whereby the estimation of relative risk is based upon not only the data observed for the selected region, but from neighbouring regions as well. Following this approach, the log-relative risks of the Poisson likelihood are modeled as a suitable combination of fixed and random effects, leading to the specification[6,7,8]:

$$\eta_{it} = \log(\theta_{it}) = \alpha + \upsilon_i + \nu_i + (\beta + \delta_i) \times t \,. \qquad (5)$$

[6] L. BERNARDINELLI, D. CLAYTON, C. PASCUTTO, C. MONTOMOLI, M. GHISLANDI, M. SONGINI, *Bayesian analysis of space-time variation in disease risk*, in "Statistics in Medicine", 14:21-22 (1995), pp. 2433–2443.
[7] B. SCHRÖDLE, L. HELD, *A primer on disease mapping and ecological regression using INLA*, in "Computational Statistics", 26:2 (2011), pp. 241–258.
[8] N. WHITE, *Review of statistical methods for disease mapping*, 2012, http://eprints.qut.edu.au/56859/.

In this classical formulation, introduced to analyse the variation of a given disease in space and time, random effects υ_i allow for spatially structured risk patterns, being defined from the following set of conditional distributions:

$$\upsilon_i | \upsilon_j \sim \mathrm{N}\left(\frac{1}{m_i} \sum_{j:j\sim i} \upsilon_j, \frac{\sigma_\upsilon^2}{m_i} \right), \tag{6}$$

where $\{j : j \sim i\}$ is the set of first-order neighbours of area *i*, whereas m_i is the cardinality of this set. In the context of disease mapping, the prior specification (6) has been proposed as an efficient solution to model spatial dependencies[9], and it is commonly referred to *intrinsic conditional autoregression* (ICAR). On the contrary, random effects ν_i describe sources of extra-Poissonian variation that are not spatially structured (for example, data inaccuracies that inflate the marginal variance to a level greater than that expected under the standard Poisson model). A zero-mean exchangeable Gaussian prior is commonly used for unstructured effects:

$$\nu_i \overset{iid}{\sim} \mathrm{N}\left(0, \sigma_\nu^2\right). \tag{7}$$

The terms δ_i represent local deviations between the global time trend β and the area specific trend. When $\delta_i < 0$ the area-specific trend is steeper ?? than the global trend, whilst $\delta_i > 0$ implies that the area-specific trend is steeper than the global trend. We assume that random effects δ_i follow a Gaussian exchangeable prior with zero mean and variance σ_δ^2. Other non-parametric specifications are possible, such as a random-walk stochastic trend[10], but this approach was not considered here as only a short time interval is taken into account.

Finally, Bayesian hierarchical modeling envisages specification of the prior distribution of the random effect variance parameters $\sigma_\upsilon^2, \sigma_\nu^2$. These distributions are parametrized by hyperparameters which control the variability of the relative risks across the map. In Section 7, we will briefly discuss a few common alternatives to eliciting these priors, minimizing the risk of over-smoothing of the estimated relative risks.

4. - A few technical details concerning the prior distribution (6) are worth noting. A broad class of spatially structured priors is obtained by implicitly specifying a Gaussian Markov Random Field[11] (GMRF) with the following set of conditional distributions:

[9] J. BESAG, J. YORK, A. MOLLIÈ, *Bayesian image restoration, with two applications in spatial statistics*, in "Annals of the Institute of Statistical Mathematics" 43:1 (1991), pp. 1–20.
[10] SCHRÖDLE, HELD, *op. cit.*, p. 4
[11] H. RUE, L. HELD, *Gaussian Markov Random Fields: Theory and Applications* (Monographs on Statistics and Applied Probability,Vol. 104), 2005, London, Chapman & Hall.

$$\upsilon_i | \upsilon_j \sim \mathrm{N}\left(\sum_{j:j\sim i} w_{ij}\upsilon_j, \sigma_\upsilon^2 q_{ii}^{-1} \right), \tag{8}$$

for $i = 1,2,\ldots,N$, and for some set of coefficients $\left\{ w_{ij} \text{ for } j \neq i, \text{and } w_{ii} = 0 \right\}$ whose nonzero terms implicity define the relation ~ (which might be more general, in this context, than the first order neighbourliness). Of course, even though the conditional distributions (8) are well defined, we are not sure that a joint GMRF exists with the prescribed Markov properties. By using the Brook's expansion, it can be proved that the set of Gaussian conditionals (8) defines a GMRF for the vector $\upsilon = \left(\upsilon_1, \ldots, \upsilon_N \right)^T$ having the following joint specification:

$$\upsilon \sim N\left(0, \sigma_\upsilon^2 Q^{-1} \right), \tag{9}$$

where the precision matrix Q has diagonal elements q_{ii}, whereas $q_{ij} = q_{ii} w_{ij}$ for $i \neq j$, provided that Q is positive definite and that the compatibility conditions $q_{ii} w_{ij} = q_{jj} w_{ji}$ hold (to ensure that $Q^T = Q$). When these two conditions are satisfied, it is a simple task to verify that $Q = D^{-1}(I - W)$, with $W = \left\{ w_{ij} \right\}$ and $D = diag\left\{ q_{11}^{-1}, \ldots, q_{NN}^{-1} \right\}$.

The ICAR prior (6) is obtained as a special case of the model defined above, by taking $w_{ij} = 1$ if areas *i* and *j* are neighbours, and $w_{ij} = 0$ otherwise (including the case that $w_{ii} = 0$). Under these circumstances $w_{ij} = m_i^{-1}$ and $q_{ii} = m_i$, finding again the conditional specification (6). However, simple inspection reveals that the corresponding precision matrix Q has rank $N - 1$ and so is not positive definite. Hence the ICAR model can be considered as a limiting form of the CAR model, in which σ_υ^2 is only interpretable conditionally and no longer as a marginal variance, because the joint specification no longer exists. However, from a Bayesian viewpoint we can still write the joint version of the conditional specification (6) as an improper prior over the space of spatially structured effects:

$$\pi\left(\upsilon | \sigma_\upsilon^2 \right) \propto \exp\left(-\frac{1}{2\sigma_\upsilon^2} \sum_{j:j\sim i} \left(\upsilon_i - \upsilon_j \right)^2 \right). \tag{10}$$

With this prior specification, Bayesian posterior learning may become problematic as the improper ICAR prior only informs about contrasts $\upsilon_i - \upsilon_j$ for $j \sim i$, but it does not identify the overall mean α for the log-relative risks. With an improper prior over α, it can be formally proved that the joint posterior distribution of model parameters is not integrable[12]. This result just reflects the fact that the baseline effect cannot be resolved neither in the likelihood nor in the prior structure

[12] M. GHOSH, K. NATARAJAN, L.A. WALLER, D. KIM, *Hierarchical Bayes GLMs for the analysis of spatial data: An application to disease mapping*, in "Journal of Statistical Planning and Inference", 75:2 (1999), pp. 305–318.

of the model. A common solution to generate a proper posterior is to identify the overall mean by adding the constraint:

$$\sum_{i=1}^{N} \upsilon_i = 0 \,, \tag{11}$$

which results in a proper embedded posterior distribution over a constrained lower-dimensional parameter space[13]. Of course, for the same identifiability purpose a sum-to-zero constraint is imposed on random effects ν_i and δ_i as well.

5. - The assessment of spatial variation in risk is aimed at producing a global map of important spatial effects, while simultaneously removing any disturbing noise. On the other side, in studying local area clustering we are concerned with 'a geographically and/or temporally bounded group of occurrences of sufficiente size and concentration to be unlikely to have occurred by chance'[14].

While a wide range of methods have been proposed to test for local spatial clustering, the spatial scan statistic (introduced in a remarkable series of papers published during the mid '1990s [15,16]) is by far the most popular. A circular window is imposed on the map and its centre is allowed to move at any position, so that this circular window defines a potential cluster by including different sets of neighbouring areas. For practical purposes, the centre of each circular window is placed only at the small area centroids, and the radius is allowed to vary from zero to a maximum radius so that the window never includes more than a fixed percentage of the population at risk. A very large number of distinct circular windows will be created by this method, and each Z defined by a circle consists of all those areas whose centroids lie inside the circle.

Throughout this section study region will be denoted as G. For simplicity, we suppress the explicit time dependency as well. For a given window Z, we assume that events are generated by an inhomogeneous Poisson process having the following intensity function for all $x \in G$:

$$\lambda(x) = p_Z \mu(x) I_Z(x) + p_{\bar{Z}} \mu(x) I_{\bar{Z}}(x) \,, \tag{13}$$

where $\bar{Z} = G/Z$, $I_Z(\cdot)$ is the indicator function over the window Z, p_Z and $p_{\bar{Z}}$ indicate the probability that one individual at risk – living respectively inside or outside Z – has a given disease, and $\mu(x)$ models the spatial distribution of the

[13] A.E. GELFAND, S.K. SAHU, *Identifiability, Improper Priors, and Gibbs Sampling for Generalized Linear Models*, in "Journal of the American Statistical Association", 94:445 (1999), pp. 247–253.
[14] E.G. KNOX, *Detection of clusters*, in P. Elliot (Ed.), *Methodologies of Enquiry into Disease Clustering,* 1989, pp. 17–22, Small Area Health Statistics Unit, London.
[15] M. KULLDORFF, N. NAGARWALLA, Spatial disease clusters: Detection and inference, in "Statistics in Medicine", 14:8 (1995), pp. 799–810.
[16] M. KULLDORFF, *A spatial scan statistic*, in "Communications in Statistics - Theory and Methods", 26:6 (1997), pp.1481–1496.

population at risk over G. Under the Poisson likelihood implied by these premises, to test the alternative hypothesis of local raised incidence $H_1 : p_Z > p_{\bar{Z}}$ versus the null $H_0 : p_Z = p_{\bar{Z}}$ we can consider the following generalised likelihood-ratio statistic[17] for a specific circular window Z:

$$\Lambda_Z = \frac{\max_{p>q} L(Z, p_Z, p_{\bar{Z}})}{\max_{p=q} L(Z, p_Z, p_{\bar{Z}})} = \left(\frac{Y(Z)}{E(Z)}\right)^{Y(Z)} \left(\frac{Y(\bar{Z})}{E(\bar{Z})}\right)^{Y(\bar{Z})} I\left(\frac{Y(Z)}{E(Z)} > \frac{Y(\bar{Z})}{E(\bar{Z})}\right), \quad (14)$$

where $Y(Z)$ (resp.: $Y(\bar{Z})$) represents the random number of deaths occurred inside (resp.: outside) Z, and $E(Z)$ is the expected number of deaths inside Z under the reference rate p. The spatial scan statistic Λ is the maximum of the likelihood ratio (14) over all the candidate clusters Z:

$$\Lambda = \max_Z \Lambda_Z, \quad (15)$$

which identifies the most likely cluster (MLC), that is the least likely to have occurred by chance. The distribution of the test statistic (14) under H_0 has no simple closed form, even though an approximate p-value can be obtained using a Monte Carlo approach to evaluate MLC's statistical significance[18]. In the jargon of spatial statistics literature, a significant MLC is often referred to as a 'primary' cluster.

6. - The calculations reported in this paper were made possibile by the use of R 3.2.1[19]. In particular, Bayesian estimation of space-time model (5) was carried out by using the Integrated Nested Laplace Approximation (INLA[20,21]), which has been developed as a computationally efficient alternative to Markov Chain Monte Carlo (MCMC) numerical schemes. The INLA approach is implemented in the `R-INLA`[22] package, which substitutes a standalone program built around the `GMRFLib` library. For the interested reader, the web-site http://www.r-inla.org/ provides documentation and many worked examples. Finally, the Kulldorff method for finding the MLC was

[17] KULLDORFF, NAGARWALLA, *op. cit.*, p. 7

[18] Z. ZHANG, R. ASSUNÇÃO, M. KULLDORFF, *Spatial Scan Statistics Adjusted for Multiple Clusters*, in "Journal of Probability and Statistics", Article ID 642379 (2010), doi: 10.1155/2010/642379.

[19] R CORE TEAM, *R: A Language and Environment for Statistical Computing*, 2015, Vienna, Austria. Retrieved from http://www.r-project.org/

[20] H. RUE, S. MARTINO, N. CHOPIN, *Approximate Bayesian inference for latent Gaussian models by using integrated nested Laplace approximations*, in "Journal of the Royal Statistical Society: Series B (Statistical Methodology)", 71:2 (2009), pp. 319–392.

[21] M. BLANGIARDO, M. CAMELETTI, G. BAIO, H. RUE, *Spatial and spatio-temporal models with R-INLA*, in "Spatial and Spatio-Temporal Epidemiology", 4 (2013), pp. 33–49.

[22] T.G. MARTINS, D. SIMPSON, F. LINDGREN, H. RUE, *Bayesian computing with INLA: New features*, in "Computational Statistics & Data Analysis", 67 (2013), pp. 68–83.

implemented using an ad hoc function available in the `SpatialEpi`[23] package. Source code is available from authors upon request.

7. - Updated mortality data used in this paper are distributed by the Apulian Epidemiological Regional Centre[24], and cover periods 2002-2005 ($t = 1$) and 2006-2009 ($t = 2$). We consider the number of deaths occurred among male residents in the 258 municipalities of Apulia, Italy, for malignant neoplasm of trachea, bronchus, and lung (ICD-IX: 162). The amounts of person-years at risk N_{it} were based on ISTAT resident population estimates, available as of January 1st of each year between 2002 and 2009[25]. The internally standardized reference rate (3) was $p = 75.784$ deaths for 100,000 males at risk per year.

Following the methodological recommendations of NHCS Methodological Issues in Measuring Health Disparities[26], we compared disparities, across geographic areas and over time, converting any set of estimates of the relative risks $\tilde{\theta}_{it}$ to rates $\tilde{p}_{it} = p\tilde{\theta}_{it}$, using the global rate p as a reference point. Our relative disparity measure (*RD*) is defined as:

$$RD_{it} = \frac{\text{Rate of interest } (p\tilde{\theta}_{it}) - \text{reference rate } (p)}{\text{reference rate } (p)} \bullet 100\% = \left(\tilde{\theta}_{it} - 1\right) \bullet 100\% . \qquad (16)$$

Figure 1 shows map of geographical relative disparity based on the maximum likelihood estimates $\hat{\theta}_{it} = Y_{it}/E_{it}$, corresponding to area-specific SMRs of lung cancer among male residents. Interpretation is not easy due to the sampling variability that is inherent in such estimates (see also Figure 2, showing the large variability of the distribution of SMRs, for both time intervals considered here). However, despite the presence of this disturbing noise, it seems possibile to conclude that: 1) an increasing trend in the relative disparity in the North-South direction is clearly seen. A large region including both the southern part of the province of Brindisi and the southeast part of the Salento peninsula presents higher mean relative disparities, with many areas having a relative disparity greater than 200% of the reference rate. Some areas showing increased disparities are present along the border of the province of Foggia as well, although these values are obtained in small areas having a low population at

[23] C. CHEN, A. Y. KIM, M. ROSS, J. WAKEFIELD, *SpatialEpi: Methods and Data for Spatial Epidemiology*, 2014, R package version 1.2.1, http://CRAN.R-project.org/package=SpatialEpi.
[24] S. BARBUTI, M. QUARTO, C. GERMINARIO, R. PRATO, P. LOPALCO, E. COVIELLO, G. CAPUTI, D. MARTINELLI, S. TAFURI, M.T. BALDUCCI, L. LAMARINA, F. FORTUNATO, R. BERARDINO, A.M. ARBORE, M.D. PALMA, *Atlante delle Cause di Morte della Regione Puglia: Anni 2000–2005*, 2006, Regione Puglia - Osservatorio Epidemiologico della Regione Puglia.
[25] http://demo.istat.it/archivio.html
[26] K. KENNETH, E. PAMUK, J. LYNCH, O. CARTER-POKRAS, I. KIM, V. MAYS, J. PEARCY, V. SCHOENBACH, J.S. WEISSMANN, *Methodological issues in measuring health disparities*, 2005, U.S. Department of Health and Human Services. Retrieved from http://stacks.cdc.gov/view/cdc/6654.

risk and elevated variability of the corresponding SMRs; 2) the time evolution of adverse health events seems to be stationary, and no significant increase in the risk estimates is apparent when we examine the 2006-2009 period against 2002-2005.

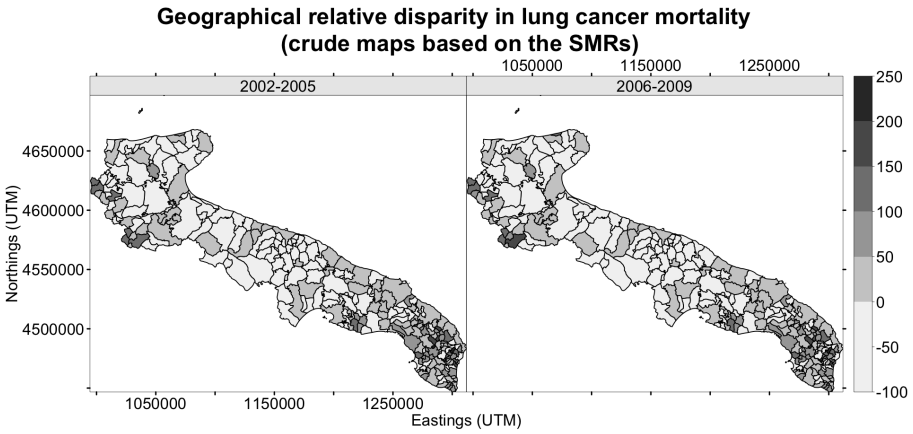

FIGURE 1 - Spatial distribution of relative mortality in lung cancer of males in Apulia, Italy, during the 2002-2005 and 2006-2009 periods. Maps are based on maximum likelihood estimates (MLE) of the relative risks (SMRs) from the saturated Poisson likelihood (4).

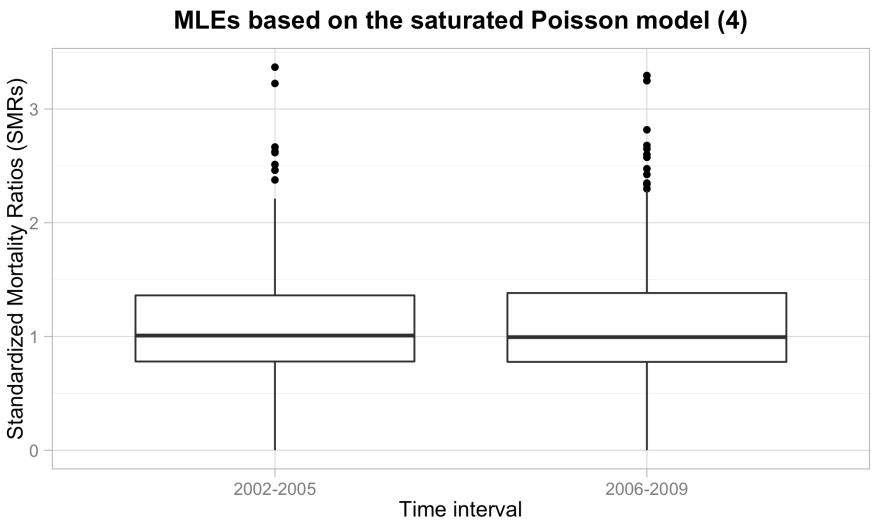

FIGURE 2 - Boxplots comparing the distribution of maximum likelihood estimates (MLE) of the relative risks (SMRs) for lung cancer of males in Apulia, Italy, during the 2002-2005 and 2006-2009 periods.

In order to confirm these findings, we fitted the Bayesian spatio-temporal model specified by the Poisson likelihood (4) and the linear predictor (5) plus a suitable

prior specification, a somewhat detailed account of which is provided in both Section 3 and 4. As we said before, the variability of Bayesian smoothed estimates across the map crucially depends on hyperparameters of the prior distribution of σ_u^2, σ_v^2. By default, we have specified weakly informative priors on the log of both structured and unstructured effect precision[27], exploring different hyperprior settings as follows:

`Model 1`: $\log \tau_u \sim \text{Gamma}(0.5, 0.0005)$, $\log \tau_v \sim \text{Gamma}(0.5, 0.0005)$;
`Model 2`: $\log \tau_u \sim \text{Gamma}(1, 0.0005)$, $\log \tau_v \sim \text{Gamma}(1, 0.0005)$;
`Model 3`: $\log \tau_u \sim \text{Gamma}(0.1, 0.1)$, $\log \tau_v \sim \text{Gamma}(0.1, 0.1)$.

We set $\log \tau_\delta \sim \text{Gamma}(1, 0.0005)$ for the log-precision of the local effects δ_i and a diffuse prior over the trend parameter β. A sound albeit informal criterion to decide among several competing Bayesian specifications is a generalization of the Akaike Information Criterion (AIC), based on the posterior distribution of the deviance statistic:

$$D(\eta) = -2 \log f(\mathbf{y}|\eta) + 2 \log h(\mathbf{y}), \tag{17}$$

where the log-likelihood of the current model is compared to the saturated log-likelihood $h(\mathbf{y})$, which is a function of the observed data vector $\mathbf{y}$ alone and does not affect posterior inference. For the Poisson likelihood (4) written in terms of the vector η of area-specific log-relative risks η_{it}, such that $\exp(\eta_{it}) = \theta_{it}$, the deviance statistic (17) assume the form:

$$D(\eta) = 2 \sum_{i=1}^{N} \sum_{t=1}^{2} \left\{ Y_i \left[\log \frac{Y_{it}}{\exp(\eta_{it}) E_{it}} \right] - \left[Y_{it} - \exp(\eta_{it}) E_{it} \right] \right\}. \tag{18}$$

As a measure for comparing complex hierarchical models in which the number of parameters is not clearly defined, we can define the Deviance Information Criterion[28] (DIC):

$$\text{DIC} = \bar{D} + p_D, \tag{19}$$

where $\bar{D}$ is the posterior mean of the saturated deviance (18) and:

$$p_D = \bar{D} - D\left[E(\eta|\mathbf{y}) \right], \tag{20}$$

[27] The precision is defined as the inverse variance $\tau = 1/\sigma^2$.

[28] D.J. SPIEGELHALTER, N. BEST, B.P. CARLIN, A. VAN DER LINDE, *Bayesian measures of model complexity and fit*, in "Journal of the Royal Statistical Society: Series B (Statistical Methodology)", 64:4 (2002), pp. 583–639.

equals the posterior expectation of deviance minus the deviance evaluated at the posterior expectation of log-relative risks. The proposed criterion can be justified by several arguments, on which $\bar{D}$ can be considered as a posterior summary of the goodness of fit of the current model, whilst p_D (the *effective number of parameters*, obtained after removing the interdependencies across parameter in the likelihood introduced by random effects in higher levels) is a penalty term measuring the complexity of the model. It is clear that smaller values of DIC will indicate a better-fitting model, after penalizing it for the effective dimension of the parameter space.

Model	$\bar{D}$	p_D	DIC
`Model1`	2764.25	110.01	2874.26
`Model2`	2766.18	106.93	2873.12
`Model3`	2752.89	124.88	2877.76

TABLE 1 – Deviance Information Criterion (DIC) for the three Bayesian spatio-temporal specifications defined by the likelihood/linear predictor (4)-(5), and the prior/hyperprior setting detailed in Section 3 and 7. $\bar{D}$ is the posterior mean of the saturated deviance (18), measuring model fit; p_D is the effective number of parameters, representing model complexity.

Table 1 presents the DIC components for the three specifications. It is apparent that `Model 2` has a consistently lower number of effective parameters, resulting in the smaller DIC. Bayesian smoothed estimates of the area-speficic relative risks provided by `Model 2` are showed in Figure 3. By visual eximination, the presence of a strong overall spatial trend in the disparity estimates is revealed, with spatial effects dominating the variability across the map and the highest disparities being estimated across the municipalities of the southeast part of the Salento peninsula.

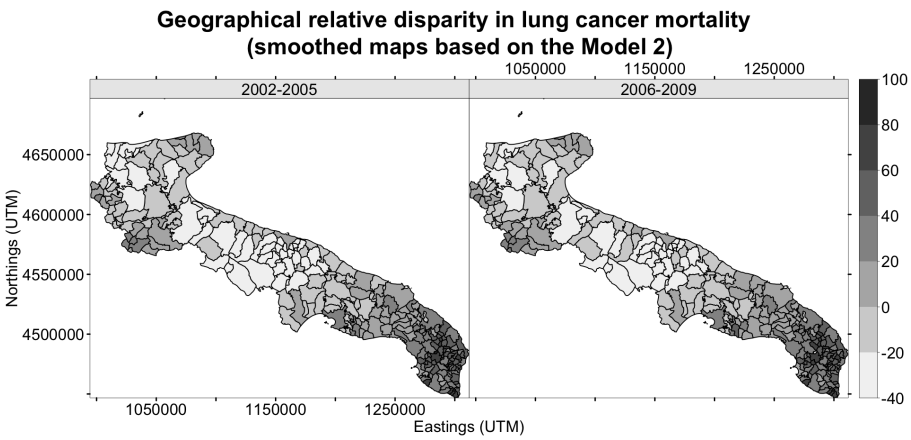

FIGURE 3 - Spatial distribution of relative mortality in lung cancer of males in Apulia, Italy, during the 2002-2005 and 2006-2009 periods. Maps are based on smoothed posterior estimates of the relative risks (SMRs) from the Bayesian spatio-temporal specifications defined by the likelihood/linear predictor (4)-(5), and the prior/hyperprior setting described in Section 3 and 7 (`Model 2`).

Also in this case, the existence of a global temporal trend in the relative risk surface cannot be confirmed. The fixed effects estimated by INLA are presented in Table 2, and if exponentiated they can be interpreted as relative risks. In particular, the global increase in risk from time period 1 to period 2 amounts to a modest 1.23%, $\exp(0.0122) \cong 1.0123$. In addition, the 95% posterior credible interval (-2.4%, 4.99%) includes 1%, meaning equal risk surfaces between the two time intervals. The same conclusion is apparent if we examine the boxplot of smoothed relative risk posterior estimates presented in Figure 4. For the 2002-2005 period we have a mean of 1.10, (interquartile range = 0.4677), versus the 2006-2009 period for which the mean is 1.1120 (interquartile range = 0.4643).

	Mean	SD	2.5%	50%	95%
α	0.0368	0.0320	-0.0262	0.0368	0.0994
β	0.0122	0.0186	-0.0243	0.0123	0.0487

TABLE 2 – Summary statistics for `Model 2`: posterior mean, posterior standard deviation (SD) and posterior 95% credible interval for the fixed effects of the spatio-temporal model defined by the specification (4)-(5) and the prior/hyperprior setting described in Section 3 and 7.

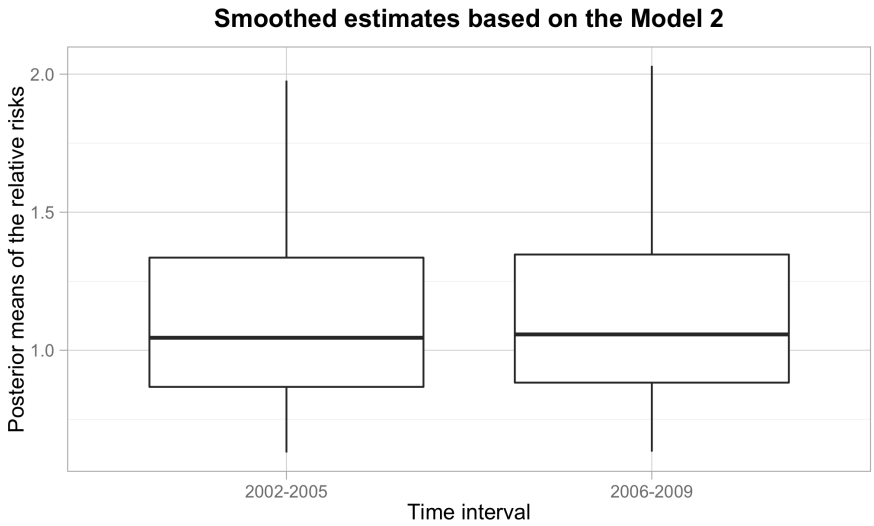

Figure 4 - Boxplots comparing the smoothed posterior estimates of the relative risks (SMRs) from the Bayesian spatio-temporal specifications defined by the likelihood/linear predictor (4)-(5), and the prior/hyperprior setting described in Section 3 and 7 (`Model 2`), for lung cancer of males in Apulia, Italy, during the 2002-2005 and 2006-2009 periods.

The detection of MLCs using the Kulldorff's circular scan statistic with 5% of the total population at risk to define the maximum circle size is presented in Figure 5. In

both time periods, the primary cluster includes a collection of municipalities across the central-eastern part of the Salento area. Hence, the results of the disease mapping exercise are strenghtened by the detection of spatial clusters. For the 2002-2005 period the p-value of MLC and the relative risk estimate inside the cluster were respectively $p = 0.001$ and $RR = 1.5669$, whilst we had $p = 0.001$ and $RR = 1.5994$ for the 2006-2009 period.

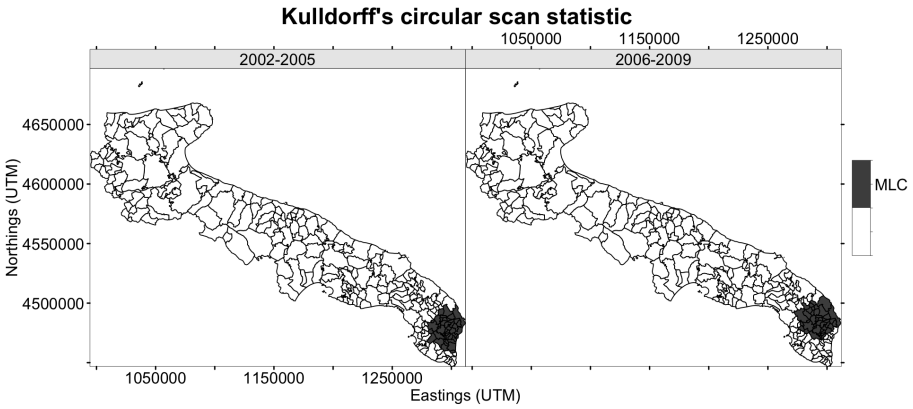

FIGURE 5 - Most likely cluster (MLC) of lung cancer mortality of males in Apulia, Italy, during the 2002-2005 and 2006-2009 periods.

8. - Although not directly comparable, the results presented in this paper confirm the previous findings[29]. The study identified a significant spatial cluster of excess male lung cancer mortality, located in a collection of municipalities lying across the southeast part of the Salento peninsula. The search for those risk factors responsible of the increase in risk is still underway. Exposure to environmental carcinogens (such as radon), as well as tobacco inhalation, are major risk factors for developing lung cancer. Familial heredity also increases an individual's risk, although the impact of complex genetic factors on the development of lung cancer remains unclear[30].

Previous research has focused on further aspects, such as the relevance of an important meteorological phenomenon, frequently observed on the Salento peninsula, consisting in the convergence of sea breezes in the middle of the peninsula, which would be responsibile for the transport of the emissions resulting primarily from the large industrial plants localized near the coasts in Brindisi and Taranto[31,32,33]. Of

[29] BILANCIA, FEDESPINA, *op. cit.*, p. 2
[30] R.W. LOGAN, D.K. SARKAR, *Genetic variation of the natural killer gene complex has a role in lung cancer susceptibility*, in "Journal of Thoracic Disease", 5:1 (2013), pp. 3–5.
[31] C. MANGIA, P. MARTANO, M.M. MIGLIETTA, A. MORABITO, A. TANZARELLA, *Modelling local winds over the Salento peninsula*, in "Meteorological Applications", 11:3 (2004), pp. 231–244.

course, at the present state of knowledge, it is a questionable theorem to affirm the existence of a direct causal link between pollutants originating from a distant single industrial source and the excess mortality for lung cancer observed among resident males.

The absence of a similar spatial pattern in risk among resident females[34] suggests that the role of occupational risk factors should be further considered. In particular, the 2009 IARC work group determined that there was sufficient evidence in humans for lung carcinogenicity of occupational exposures occurring during work activities in the following 6 occupational categories[35]: 1) coal gasification; 2) coke production; 3) iron and steel founding; 4) aluminum production; 5) painting; 6) rubber production industry. Others IARC group 1 lung carcinogen metals, such as arsenic and arsenic compounds, beryllium, cadmium, chromium and nickel are important for numerous common products, including textile products. The link between human health and the local industrial system present in the southern part of the Salento peninsula has not yet been investigated.

From a purely statistical point of view, a reasonable way to identify factors associated with spatial distribution of disease consists in representing the outcome variabile as a function of some selected area-specific explanatory variables:

$$\eta_{it} = \log(\theta_{it}) = \alpha + \gamma_1 x_{i1} + \cdots + \gamma_p x_{ip} + \text{random effects}\,. \tag{21}$$

For example, the relationship between socioeconomic factors and mortality for lung cancer in Tuscany has been investigated[36], confirming the presence of an association with a latency time of 10 years. Researchers should be aware that regression modeling of aggregated data may inadequately represent the exposure-response relationship at the individual level, an effect known as ecological bias[37]. However, these analyses may identify areas where the incidence/mortality level is not accounted for by the explanatory variables (i.e. known risk factors). These areas, once indentified, might be targeted for further investigations. Future research will undoubtely benefit from explicitly investigating all the above-mentioned issues.

[32] C. MANGIA, I. SCHIPA, A. TANZARELLA, D. CONTE, G.P. MARRA, G. P., M. M. MIGLIETTA, U. RIZZA, *A numerical study of the effect of sea breeze circulation on photochemical pollution over a highly industrialized peninsula*, in "Meteorological Applications", 17:1 (2010), pp. 19–31.

[33] C. MANGIA, M. CERVINO, A.E.L. GIANICOLO, *Secondary Particulate Matter Originating from an Industrial Source and Its Impact on Population Health*, in "International Journal of Environmental Research and Public Health", 12:7 (2015), pp. 7767–7781.

[34] BILANCIA, FEDESPINA, *op. cit.*, p. 2

[35] R.W. FIELD, B.L. WITHERS, *Occupational and Environmental Causes of Lung Cancer*, in "Clinics in Chest Medicine", 33:4 (2012), pp. 681–703.

[36] E. DREASSI, *A space–time analysis of the relationship between material deprivation and mortality for lung cancer*, in "Environmetrics", 14:5 (2003), pp. 511–521.

[37] H. MORGENSTERN, *Ecologic Studies in Epidemiology: Concepts, Principles, and Methods*, in "Annual Review of Public Health", 16:1 (1995), pp. 61–81.

Marta Borghi

IL CONCORSO COLPOSO NEL REATO DOLOSO*

ABSTRACT	
In questo articolo si sostiene la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso ai sensi dell'art. 113 cod. pen., dopo avere messo in evidenza in cosa consiste l'elemento caratterizzante la cooperazione colposa rispetto al concorso di azioni indipendenti (art. 41 co. 3 cod. pen.), le conseguenze pratiche che conseguirebbero dall'applicazione della disciplina prevista per il concorso di persone nel reato e la portata incriminatrice che avrebbe tale istituto.	This Paper attempts to support the configurability of the negligent aiding and abetting someone's intentional crime on the basis of art. 113 of the penal Code, after having clarified the distinguishing features of negligent cooperation, in contrast with the "simultaneous presence of indipendent causes due to negligence" (art. 41 co. 3 penal Code), the practical results of the application of the rules referred to the cooperation in a crime and the incriminatory effect of this form of cooperation.
Cooperazione nel delitto colposo – Concorso colposo nel reato doloso	**Negligent cooperation – Negligent aiding and abetting someone's intentional crime**

SOMMARIO: 1. Elemento distintivo del concorso di persone *ex* art. 113 cod. pen. rispetto al concorso di azioni colpose indipendenti *ex* art. 41 co. 3 cod. pen. 2. Funzione incriminatrice e funzione di disciplina dell'art. 113 cod. pen. 3. Gli ostacoli alla configurabilità del concorso colposo nel reato doloso e il loro superamento.

1. Prima di affrontare la problematica della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso[1] *ex* art. 113 cod. pen., ritengo necessario accennare brevemente a due questioni che riguardano tale norma. Questo servirà a delineare meglio l'istituto in esame ed a metterne in risalto la rilevanza pratica.

Innanzitutto, assai controverso risulta quale sia l'elemento che distingue la cooperazione colposa dal concorso di azioni colpose indipendenti *ex* art. 41 co. 3 cod. pen.

---

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

[1] Con questa espressione, a parere di chi scrive, occorre fare riferimento alla realizzazione plurisoggettiva di un reato, nella quale colui che realizza direttamente l'offesa penalmente rilevante agisce con dolo.

Dalla soluzione di tale problema discendono conseguenze non trascurabili: infatti, sono applicabili solo alla cooperazione colposa le norme di cui agli artt. 113 co. 2, 114, 118, 119, 123, 155 co. 2, 187 co. 2 cod. pen. e 9 co. 2 R.D. 20 luglio 1934, n. 1404[2].

Per l'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza, a mio avviso condivisibile, l'elemento caratterizzante l'istituto di cui all'art. 113 cod. pen. consiste nella consapevolezza, anche unilaterale, di cooperare al fatto materiale altrui, indipendentemente dalla specifica conoscenza del carattere colposo dell'altrui condotta.

A sostegno di tale teoria è necessario evidenziare, in primo luogo, che nella Relazione Ministeriale al Progetto definitivo del codice penale si legge che l'elemento soggettivo del concorso «ha un contenuto fondamentale, che è comune e identico a tutte le forme di partecipazione e rispetto a tutti i reati, e consiste nella consapevolezza di concorrere con la propria azione all'azione altrui»[3].

In secondo luogo, la necessità della "consapevolezza di cooperare" con altri sembra imposta da alcuni dati normativi, come bene è stato rilevato da Marcello Gallo[4] e Antonio Pagliaro[5].

In terzo luogo, letteralmente lo stesso termine «cooperazione» (derivante dal latino "*cooperari*", composto di *co-* 'con' e di *operari* 'operare') sembra fare riferimento all'agire congiunto di più persone.

Infine, in una prospettiva comparatistica, si può rilevare che una parte degli autori che in Germania sostengono l'ammissibilità della coautoria colposa (*fahrlässige Mittäterschaft*) richiedono un collegamento soggettivo tra i coautori.

Non pare, invece, accoglibile la teoria secondo cui nel concorso colposo, in virtù dell'elemento soggettivo che collega i concorrenti, si potrebbe prescindere dal requisito

---

[2] Sull'applicabilità di tali norme soltanto alla cooperazione colposa, v., ad esempio, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 136 s. e S. CORBETTA, *Commento all'art. 113 cod. pen.*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, Ipsoa, 2011, Rn. 7 e 33 s. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., 19 gennaio 2010, n. 13237, in *Dir. pen. proc.* VII (2010), p. 807.

[3] *Relazione del Guardasigilli on. Rocco sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, Parte I, Roma, 1929, n. 139, p. 171.

[4] M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 123 ss., che fa riferimento alle circostanze aggravanti e attenuanti previste per il concorso.

[5] A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 539 s., che cita gli artt. 112 n. 1, 116, 117, 118 (prima del 1990) e 119 cod. pen.

causale[6]: in assenza di quest'ultimo, la condotta atipica non reca nessun contributo all'offesa del bene giuridico immanente al fatto principale[7].

All'impostazione che richiede un collegamento soggettivo tra i concorrenti è stato obiettato che l'essenza del reato colposo è da ravvisare in un elemento di carattere normativo, e che dunque dalla struttura del concorso colposo bisognerebbe estromettere il coefficiente psicologico naturalistico[8]; inoltre, si escluderebbe dall'ambito della cooperazione colposa un rilevante gruppo di ipotesi colpose, vale a dire gli atti automatici, riflessi o dovuti a semplice dimenticanza[9].

Tuttavia tale obiezione non sembra decisiva, in quanto pare difficile disconoscere che la consapevolezza di concorrere con l'azione altrui costituisca davvero un «contrassegno "specifico" del fatto plurisoggettivo»[10]; si aggiunga che, come rilevato da Mantovani, «l'arricchimento psicologico della cooperazione colposa (…) non ne impoverisce (…) la normatività»[11].

Si osservi, infine, che la nostra più recente giurisprudenza ha sottolineato che occorre un criterio, aggiuntivo al requisito soggettivo della consapevolezza, per definire con rigore, sul piano fenomenico, le condotte che si pongono tra loro in cooperazione. Vale a dire, «occorre (…) che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza»[12]. Si possono condividere le preoccupazioni della Corte di cassazione circa la necessità di delimitare l'elemento soggettivo in esame e la via indicata può costituire una soluzione, da definire però con più precisione.

---

[6] E. BATTAGLINI, *In tema di concorso di più persone in un reato colposo*, in *Giust. pen*. II (1931), cc. 94 s.; G. MUSOTTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo, Palumbo, 1960, pp. 320 s.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, Palumbo, 1981, p. 319; C. CERTO, *Sulla consapevolezza del concorso nella partecipazione colposa*, in *Dir. autom.* (1967), pp. 482-483, 485-486, 488; PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 539 ss.; ID., *Il reato: parte generale*, in dir. GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 374; G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, Cacucci, 2012, p. 299.

[7] G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 423.

[8] G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1980), pp. 86 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 80 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, vol. I, *La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993, pp. 452 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 82 ss., 148, 168, 180; MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, p. 441. Inoltre, si vedano le teorie di M. BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato: le fattispecie di concorso*, Padova, Cedam, 1958, p. 98 e di R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, Utet, 1962, pp. 790 ss.

[9] SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, p. 113.

[10] F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 190.

[11] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2011, p. 537, n 189.

[12] Cass., 2 dicembre 2008, n. 1786, in *De Jure*; Cass., 2 novembre 2011, n. 1428, in *De Jure;* così pure Cass., 19 marzo 2013, n. 26239, in *De Jure*.

2. Un secondo e altrettanto grave problema concernente la cooperazione colposa è se alla norma contenuta nell'art. 113 cod. pen. debba essere riconosciuta, oltre ad una funzione di disciplina, anche una funzione incriminatrice.

Autorevole dottrina ritiene che tutte le fattispecie delittuose colpose avrebbero natura causalmente orientata ed afferma che ogni causazione dell'evento sarebbe tipica e quindi già punibile ai sensi della relativa fattispecie colposa monosoggettiva di parte speciale[13]: la norma di cui all'art. 113 cod. pen. non avrebbe dunque alcuna funzione incriminatrice.

A ben vedere, tuttavia, l'ordinamento penale italiano prevede reati colposi strutturati in vario modo, e pertanto la risposta circa la funzione di disciplina o anche incriminatrice dell'art. 113 cod. pen. va diversamente declinata a seconda delle diverse fattispecie incriminatrici colpose. In particolare, è corretto ritenere che l'art. 113 cod. pen. abbia funzione anche incriminatrice con riferimento ai reati colposi di evento a forma vincolata, ai reati colposi propri e ai reati colposi di mera condotta[14]: nel nostro ordinamento, retto dal principio di legalità, la norma di cui all'art. 113 cod. pen. consente di punire condotte concorsuali in sé atipiche, che altrimenti resterebbero prive di rilievo penale, in quanto non riconducibili all'interno delle norme incriminatrici di siffatti reati.

Quanto alle fattispecie colpose causalmente orientate, il loro disvalore penale «si accentra tutto nella causazione dell'evento lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale»[15]. Di conseguenza, con riferimento a tali reati (ma solo ad essi), la norma di cui all'art. 113 cod. pen. svolge esclusivamente funzione di disciplina.

Quanto ai reati omissivi, sembra corretto limitare la funzione incriminatrice dell'art. 113 cod. pen. a particolari ipotesi, come proposto da Severino di Benedetto: esclusivamente per i reati omissivi propri e per i reati omissivi impropri per i quali l'obbligo di attivarsi e la condotta doverosa sono tipicizzati dal legislatore, l'art. 113 cod. pen. svolge funzione incriminatrice di condotte attive, mentre, affinché assumano rilevanza contributi omissivi atipici, è necessario che in capo al concorrente sia configurabile un "obbligo giuridico" di agire[16].

Si noti che invece la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'effetto estensivo dell'incriminazione dell'art. 113 cod. pen. si può configurare quando la regola cautelare violata attiene all'obbligo di prevenire altrui condotte colpose, quando vengano in rilievo condotte che, prive di compiutezza nell'ottica della tipicità se

---

[13] GALLO, *op. cit.*, pp. 113 ss.

[14] CORBETTA, *Commento all'art. 113 cod. pen.*, cit., Rn. 20; G. GRASSO, *Commento all'art. 113 cod. pen.*, in M. ROMANO-G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 240.

[15] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 577.

[16] SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 190 ss. Con riferimento alla seconda ipotesi, potrebbero rilevare, come messo in rilievo dall'Autrice, i casi in cui vi sia stato un incarico di esecuzione da parte dell'originario titolare dell'obbligo.

isolatamente considerate, si integrano con altre dando luogo alla fattispecie causale colposa[17] e, nei reati commissivi mediante omissione, in generale, quando vi sia l'apporto di un soggetto non gravato dall'obbligo di garanzia[18].

3. È ora possibile affrontare la problematica della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso.

Qualora si dia risposta positiva al quesito, potranno venire in rilievo le norme di disciplina sopra menzionate, proprie del concorso di persone.

Inoltre, potranno rientrare nell'area della punibilità comportamenti atipici, quando rilevino reati a forma vincolata, reati propri, reati di mera condotta e, nelle particolari ipotesi sopra esposte, reati omissivi.

La dottrina tradizionale e dominante non ammette il concorso colposo nel reato doloso, mentre la giurisprudenza, dopo alcuni iniziali tentennamenti, a partire dalla sentenza Cass. 9 ottobre 2002, n. 39680, si è espressa favorevolmente, con l'eccezione di una pronuncia di merito discordante[19].

Il primo ostacolo alla configurabilità di un siffatto concorso è rappresentato dal c.d. dogma dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti: come si desumerebbe anche dal tenore letterale dell'art. 110 cod. pen., che si riferisce a più persone che «concorrono nel medesimo reato», la condotta del partecipe dovrebbe avere una valenza psicologica identica a quella della condotta dell'autore del reato[20]. Tale orientamento trova conforto anche in altre disposizioni normative[21], nei Lavori Preparatori del codice penale[22] e nella teoria per la quale «l'elemento soggettivo dell'illecito non rileva soltanto in sede di colpevolezza, ma contribuisce a caratterizzare la stessa tipicità del fatto»[23].

Sembra invece più corretto sostenere che nel concorso l'unicità del reato debba riguardare la sola offesa tipica, senza coinvolgere affatto la punibilità, il titolo di reato

---

[17] La Cassazione sembra evocare quanto affermato da C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, G. Priulla, 1952, pp. 75 s., secondo cui viene in rilievo il concorso di persone nel caso in cui la condotta, «pur risultando a posteriori pienamente causale (…) non ha natura esecutiva; la sua pericolosità, ancora astratta e indeterminata, diventa attuale e specifica solo incontrando la condotta pericolosa altrui».

[18] Cass., 2 dicembre 2008, n. 1786, cit.; Cass., 2 novembre 2011, n. 1428, cit.

[19] Trib. Avellino, 23 maggio 2011, n. 31, in *Riv. pen.* II (2012), p. 216.

[20] G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla, 1945, p. 387; ID., *In tema di partecipazione colposa a delitto doloso*, in *Giur. it.* (1946), pp. 182 s.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1948, Rn. 455, p. 517; S. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 124 ss. G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1949, p. 453.

[21] La dottrina (v. n 20) fa riferimento agli artt. 116, 117, 118 (prima del 1990), 119 co. 2 e mette in rilievo che la legge ha previsto espressamente le ipotesi in cui più soggetti possano rispondere a titolo diverso.

[22] *Relazione del Guardasigilli*, cit., n. 139, p. 171, dove si afferma che «per aversi l'istituto del concorso, è necessario che tutti rispondano dello stesso reato».

[23] F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 295 s.

e la forma dell'elemento psicologico[24]. Basti prendere in considerazione le norme di cui agli artt. 48, 112 ult. co., 116 e 117 co. 1 cod. pen., che ammettono la configurabilità del concorso a titoli soggettivi eterogenei[25]. Quanto alla non necessaria identità del *nomen iuris* del reato attribuito ai concorrenti, la dottrina fa riferimento ad ipotesi concrete in cui «il medesimo elemento può essere portatore di significati diversi», in quanto in esso ogni partecipe realizza «un volere dal significato ben distinto da quello degli altri»[26]. Si noti poi che il dogma dell'unicità del titolo soggettivo viene decisamente respinto dall'orientamento che accoglie la teoria delle c.d. fattispecie plurisoggettive eventuali[27].

Superato dunque l'ostacolo del dogma dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti, la dottrina profila altre argomentazioni contrarie all'ammissibilità della figura in esame.

In primo luogo, si mette in evidenza che letteralmente l'art. 113 cod. pen. fa esplicito riferimento alla sola «cooperazione nel delitto colposo» e non alla «cooperazione colposa nel delitto» in genere (e quindi anche nel delitto doloso)[28]. Tuttavia, punto di incidenza del dettato legislativo è un «evento (…) cagionato dalla cooperazione di più persone» e «l'espressione "cooperazione di più persone" alla causazione dell'evento (…) è idonea ad esprimere tanto un'ipotesi di partecipazione dolosa, quanto un'ipotesi di partecipazione colposa», come si evince anche dall'art. 112 n. 2 cod. pen.[29]. L'art. 113 cod. pen. avrebbe quindi la funzione, *ex* art. 42 comma 2 cod. pen., di chiarire o coprire il titolo di responsabilità gravante su chi abbia agito con colpa in un fatto plurisoggettivo, rispettivamente, colposo o doloso[30]. È poi possibile rilevare che il suddetto titolo di responsabilità può dedursi anche dalla singola norma incriminatrice[31].

La previsione di talune fattispecie di agevolazione colposa a delitto doloso non può considerarsi espressione del principio *ubi lex voluit, dixit*[32], in quanto tali ipotesi

[24] SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 224 ss.
[25] *Ibidem.*
[26] A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 21.
[27] BOSCARELLI, *Contributo*, cit., pp. 21 ss.; PAGLIARO, *La responsabilità*, cit., pp. 24 ss.; ID., *Principi*, cit., pp. 532 s.; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 99 s.
[28] GALLO, *op. cit.*, p. 112; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 72; ALBEGGIANI, *I reati*, cit., p. 208. In giurisprudenza, esplicitamente: Cass., 11 ottobre 1996, n. 9542, in *De Jure* e Trib. Avellino, 23 maggio 2011, n. 31, cit., p. 221.
[29] SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, p. 237.
[30] SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 237 s.
[31] ALBEGGIANI, *I reati*, cit., p. 209, n 62; Cass., 9 ottobre 2002, n. 39680, in *De Jure.*
[32] In tal senso, invece, COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 83 s., n 56.

vengono configurate dal legislatore, quasi esclusivamente[33], qualora difetti la forma colposa di un reato doloso[34].

Inoltre, non sussiste, come ha posto in rilievo parte della dottrina[35], difficile conciliabilità tra colpa e "consapevolezza di cooperare con altri", in quanto tale consapevolezza non coincide con la rappresentazione e volizione della condotta del secondo agente e del risultato dannoso che conseguirà.

Quanto all'obiezione per cui, in base al principio di affidamento (o principio di autoresponsabilità), ciascun consociato può confidare che gli altri consociati non solo non agiranno colposamente, ma tanto meno dolosamente, la dottrina ha correttamente sottolineato che tale principio non è privo di eccezioni. In particolare, può accadere che il soggetto sia titolare di una posizione di garanzia, volta alla salvaguardia di un bene rispetto alle aggressioni dolose di terzi; un secondo limite può nascere in capo al titolare di una posizione di controllo di fonti di pericolo, quando, sulla base di particolari conoscenze o circostanze concrete, appaia elevata la probabilità che un terzo possa farne uso per commettere un illecito doloso[36].

Si può inoltre affermare che l'art. 116 cod. pen., interpretato alla luce dell'art. 27 Cost., configura un'ipotesi di concorso colposo in reato doloso[37].

D'altro canto, la giurisprudenza ha posto in rilievo che la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso può essere vista come una conseguenza logica dell'ammissibilità del concorso doloso nel reato colposo[38] e della partecipazione colposa indipendente al reato doloso[39].

Inoltre, la Corte di cassazione ha condivisibilmente evidenziato che non può essere mosso il rimprovero più grave (quello per dolo), se rispetto allo stesso fatto non si può muovere il rimprovero meno grave (quello per colpa) – concezione riassunta nella formula di Marinucci «non c'è dolo senza colpa». Alla luce di ciò, i giudici di legittimità hanno affermato correttamente che «se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell'ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili»[40].

---

[33] Fa eccezione l'art. 97 cod. pen. mil. g., in relazione all'art. 91, 2° cpv.

[34] SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 239 s.; G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 351.

[35] ALBEGGIANI, *I reati*, cit., pp. 213 s.

[36] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 560.

[37] In tale senso anche DE FRANCESCO, *Il concorso*, cit., p. 353 e A. PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1994), p. 19, in riferimento all'art. 29 del Progetto di Riforma del 25 ottobre 1991.

[38] Cass., 9 ottobre 2002, n. 39680, cit.

[39] Cass., 14 novembre 2007, n. 10795, in *De Jure.* Con riferimento a tale argomento Trib. Avellino, 23 maggio 2011, n. 31, cit., p. 221, mette in rilievo che tuttavia «la eterogeneità strutturale di dolo e colpa non può essere obliterata nell'ambito della tipicità soggettiva del concorso (o della cooperazione), in assenza di espresse previsioni legislative». Questo non toglie però che dolo e colpa siano in rapporto scalare e pertanto l'argomento, a parere di chi scrive, rimane valido.

[40] Cass., 14 novembre 2007, n. 10795, cit.

Si noti infine che in Germania i casi di concorso colposo nel reato doloso vengono invece qualificati come ipotesi di responsabilità individuale: l'agente in colpa risponde come autore (*Täter*, *Mittäter* o *Nebentäter*). Tuttavia, si deve necessariamente prendere in considerazione che nell'ordinamento tedesco non è presente una disposizione corrispondente all'art. 113 cod. pen.

Dunque ad ora la soluzione preferibile mi pare essere quella favorevole alla configurabilità.

Cosima Ilaria Buonocore

SULL'ARBITRATO QUALE FILTRO ALLA GIUSTIZIA TOGATA*

ABSTRACT	
Tra gli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione spicca l'arbitrato sia perché è tra quelli di più antica tradizione sia perché condivide con la giurisdizione il tratto caratteristico del giudicare e del decidere. Queste caratteristiche, stante la persistente e cronica irragionevole durata del processo civile, pongono l'arbitrato al centro di ripetuti interventi legislativi volti a incentivarne l'utilizzo.	Among the instruments of alternative dispute resolution stands out arbitration because it is among those with the oldest tradition and also because it shares with jurisdiction the characteristic feature of to judge and to decide. These features, together with the fact of not reasonable length of civil proceedings, put arbitration at the center of repeated legislative measures aimed at encouraging its use.
Risoluzione alternativa – lodo – controversie civili	**Alternative dispute resolution – arbitration award – civil litigation**

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dell'arbitrato – 2. Arbitrato irrituale e arbitrato rituale – 3. Pluralità di modelli di arbitrato – 4. L'arbitrato (rituale) come forma di giustizia alternativa

1. L'ordinamento giuridico italiano devolve l'esercizio della funzione giurisdizionale ai giudici dello Stato precostituiti per legge. Ma accanto al monopolio statale della giurisdizione viene offerto ai titolari di diritti soggettivi liberamente disponibili uno strumento, di indiscussa centralità, che seppur alternativo alla giustizia dello Stato, ne condivide il tratto caratteristico del giudicare e del decidere: l'arbitrato. Tale strumento conferisce alle parti la facoltà di scegliere di non fare ricorso al processo di cognizione, così sottraendo la decisione al giudice ordinario, e di affidarla ad un arbitro, un terzo di loro fiducia, fornito del potere di giudicare e di decidere con effetto vincolante tra le parti[1].

---

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

[1] Sull'arbitrato in generale v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], Napoli, Jovene, 1923, rist. inalt. del 1965, p. 105; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Napoli, Stab. Tipografico dei Classici italiani, 1875, p. 9 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*[5], I, Torino, F.lli Bocca, (1901), rist. 1931, p. 717 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, III[4], Milano, Vallardi, s.d. ma 1923, pp.

36 ss. e 176 ss.; F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, I, Firenze, F.lli Cammelli, 1886, p. 40 ss.; F. CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc*., 1962, p. 197 ss.; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*[5], I, Roma, Foro italiano, 1956, p. 60 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936, I, p. 557 ss.; ID., *Studi di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1925, I, p. 75 ss.; ID., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc*., 1924, I, p. 121 ss.; ID., *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm*., 1923, I, p. 56 ss.; ID., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm*., 1916, p. 374 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1944, II, p. 172 ss.; ID., *Il processo civile visto sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc*., 1931, p. 56 ss.; V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi*, in *Foro it*., 1940, I, c. 814 ss.; ID., *Commento al codice di procedura civile*[3], Napoli, Jovene, 1960-64, III, p. 526 ss.; ID., *L'indivisibilità del lodo arbitrale*, in *Foro it*., 1939, II, c. 249; T. ASCARELLI, *Arbitri e Arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1929, I, p. 308 ss.; E.T. LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1927, II, p. 89 ss.; E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*[2], Milano, Giuffrè, 1939, pp. 130 ss., e 189 ss.; P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm*., 1905, II, p. 45 ss.; A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm*., 1907, I, p. 429 ss.; A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm*., 1922, I, p. 496 ss.; C. FURNO, *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv dir proc*., 1951, p. 157 ss.; E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc*., 1929, p. 130 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, Giuffrè, 1971, p. 168 ss.; ID., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1931; T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it*., I, 2, Torino, 1958, p. 874 ss:, R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, Jovene, 1953; G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, Giuffrè, 1978; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1997;ID., *La distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb*., 1999, p. p. 256 ss.; ID., *Processo di arbitrato libero*, in *Riv. arb*., 1993, p. 51 ss.; ID., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc*., 1968, p. 459, ss.; G. MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, in *Giusto proc. civ*., 2014, p. 197 ss.; ID., *Il c.d. arbitrato* irrituale *previsto dall'art. 808* – ter *c.p.c.*, ivi, 2009, p. 967 ss., spec. p. 974 s.; ID., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim*., 2001, p. 43 ss.; ID., *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Studi in onore di Montesano*, I, Padova, Cedam, 1997, p. 641 ss.; ID., *Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrali rituali*, in *Riv. dir. proc*., 1985, p. 555 ss.; ID., *Ancora sull'efficacia del lodo rituale*, in *Riv. arb*., 1991, p. 727 ss.; AA. VV., *Disegno sistematico dell'arbitrato*[2], C. PUNZI (a cura di), Padova, Cedam, 2012; AA.VV., *Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2010; AA. VV., *Arbitrati speciali. Commentario* diretto da F. CARPI, Bologna, Zanichelli, 2008; AA. V.V., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, E. FAZZALARI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006; AA. V.V., *Il nuovo processo arbitrale*, C. CECCHELLA (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006; AA. V.V., *L'arbitrato. profili sostanziali*, (G. ALPA) a cura di, Torino, Utet, 1999; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, Jovene, 2005; M. BOVE, La *giustizia privata*[3], Padova, Cedam, 2015, p. 236 ss.; ID., *Sul c.d. arbitrato forense (art. 1 d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014)*, in *Nuove leggi civ*., 2015, p. 205 ss.; ID., *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ*., 2014, p. 961 ss.; ID., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, ivi, 2006, fasc. 2, p. 57 ss.; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, Utet, 2013; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e del lodo*, Padova, Cedam, 2006; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011; M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, Utet, 2002; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, Giuffrè, 2009; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2006; L. SALVANESCHI, *Commentario del codice di procedura civile. Art. 806-840. Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014; B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb*. 2997, p. 25 ss.; G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. arb*., 2007, p. 555 ss.; G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le sezioni unite tornano all'antico*, in *Correre giur*., 2014, p. 84 ss.; ID., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*[4], Torino, Giappichelli, 2013; ID., *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb*., 2005, p. 676.

Nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico, l'istituto dell'arbitrato ha dovuto misurarsi, a partire dal primo codice di procedura civile dell'Italia unita, con molteplici modifiche adottate per soddisfare esigenze emerse nella pratica e per scelte del riformatore, miranti a volte a ridurre altre ad ampliare la sfera applicativa dello strumento in esame. Si è così passati da un unico modello di arbitrato dettagliatamente disciplinato dal c.p.c., e quindi definito rituale, ad un altro modello, irrituale, nato come creazione giurisprudenziale (e solo di recente disciplinato all'interno del codice di rito), frutto sia della reazione al tentativo di statalizzare e di limitare la autonomia delle parti a causa dell'eccessiva processualizzazione dell'arbitrato rituale sia della necessità di maggiore riservatezza delle controversie tra le parti nonché del minore peso fiscale cui era assoggettato il procedimento di *exequatur* del lodo[2].

3. Accanto alla dicotomia arbitrato rituale - irrituale si incasellano altri modelli di arbitrato che nella storia del nostro istituto sono stati creati per far fronte a esigenze di celerità accompagnate da pressanti spinte specialistiche, il cui ambito di applicazione varia in ragione dell'oggetto delle controversie. Tra i più diffusi appare opportuno ricordare:

a) l'arbitrato per le controversie di lavoro, disciplinato all'interno del codice di rito dall'art. 5, 1° comma, l. n. 533/1973, dall'art. 7, 6° comma, l. n. 300/1970 in tema di impugnative di sanzioni disciplinari nell'impiego privato, dall'art. 6, 2° comma, l. n. 604/1966, in materia di licenziamenti individuali per le imprese minori *ex* art. 5, 1° e 6° comma, l. n. 108/1990[3];

b) l'arbitrato in materia societaria per la definizione delle controversie tra soci ovvero tra i soci e la società (c.d. commerciale), ad esclusione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, regolato dagli artt. 34-36 d.lgs. n. 5/2003 (sopravvissuti all'abrogazione del c.d. processo societario);

c) l'arbitrato per le controversie in materia di subfornitura nelle attività produttive disciplinato dall'art. 10, l. n.192/1998;

d) l'arbitrato per le controversie nei confronti delle pubbliche amministrazioni per le questioni attinenti a diritti soggettivi *ex* art. 12, d.lgs. n. 104/2010;

e) l'arbitrato per le controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici (artt. 241 e ss., c.c.p.);

f) l'arbitrato in materia di agricoltura ove sia parte l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (A.G.E.A.) ai sensi del d.m. delle politiche agricole alimentari e forestali del 20 dicembre 2006, che ha istituito la Camera nazionale arbitrale in agricoltura;

---

[2] Diverso dall'arbitrato irrituale è l'ipotesi, abbastanza diffusa, nella quale le parti conferiscano ad uno o più soggetti il mandato di determinare il contenuto di un accordo transattivo per la composizione di una controversia, mediante un regolamento da scrivere su fogli preventivamente sottoscritti in bianco dalle parti (c.d. biancosegno).

[3] Nell'ambito delle controversie di lavoro vige ancora un divieto di arbitrabilità: resta ancora esclusa infatti la facoltà di deferire ad arbitri le controversie in materia di previdenza e assistenza ai sensi dell'art. 147 disp. att., c.p.c.

g) l'arbitrato bancario e finanziario regolato dalle disposizioni della Banca d'Italia «*sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*», in attuazione dell'art. 128 *bis* t.u. bancario di cui al d.lgs. n. 385/ 1993[4];

h) l'arbitrato sportivo disciplinato dagli statuti e dai regolamenti federali per le controversie sui rapporti meramente patrimoniali ai sensi dell'all'art. 4 del codice della giustizia sportiva, nonché sui rapporti di lavoro tra lo sportivo professionista e la società destinataria delle prestazioni sportive *ex* art. 4, l. n. 91/1981 (in riferimento al contratto di lavoro subordinato sportivo)[5].

Infine appare utile menzionare il *class arbitration*, un rimedio alternativo all'autorità giudiziaria ormai radicato nell'esperienza americana, che offre una forma di tutela dei diritti soggettivi derivanti dai contratti dei consumatori, la cui portata applicativa in Italia incontra oggi alcuni non trascurabili ostacoli, primo fra tutti la notifica della domanda dell'attore di classe al p.m. onde consentirgli l'esercizio della facoltà di intervento limitatamente alla fase di ammissibilità (il 5° comma dell'art. 140 *bis*, d.lgs. n. 206/2005, meglio noto come codice dei consumatori, dispone che «la domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adìto, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità»)[6].

L'elemento di raccordo tra le diverse *species* appartenenti al *genus* dell'arbitrato, di diritto comune e di fonte speciale, risiede nella circostanza che, eccezion fatta per il caso di divieto espresso di arbitrabilità, il ricorso all'arbitrato risponde all'insopprimibile potere rimesso nella libera disponibilità delle parti di decidere di sottrarre la controversia su diritti disponibili al giudice statale in favore di un terzo di fiducia, innanzi al quale far decidere la causa attraverso un processo privato celebrato nel rispetto del contraddittorio. Le parti, quindi, possono deferire agli arbitri le controversie, già insorte oppure future, scegliendo di percorrere la via del modello

---

[4] Sull'ABF v. G. COSTANTINO, *L'arbitrato bancario finanziario. Premessa*, in *Foro it*., 2010, V. c. 278; nonché PETRELLA, *L'arbitrato bancario finanziario*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*[2], C. PUNZI (a cura di), III, Padova, Cedam, 2012, p. 287 e ss.

[5] Sull'arbitrato sportivo v. fra i tanti contributi, F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, in *Riv. dir. proc*., 1953, p. 20 ss.; ID., *Appunti sull'ordinamento giuridico sportivo*, ivi, 1964, p. 361ss.; F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, Giuffrè, 1975; C. FURNO, *Note critiche in tema di giuochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim.*, 1952, p. 619; G. VERDE, *Sul difficile rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in AA. VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 2009, p. 675 ss.; F. AULETTA, *Il tramonto dell'arbitrato nel nuovo orizzonte della giustizia sportiva*, in www.judicium.it (19 luglio 2014); C. CECCHELLA, *L'arbitrato del lavoro sportivo*, in *Riv. dir. proc*., 1998, p. 988 e ss.; G. VIDIRI, *Autonomia dell'ordinamento sportivo, vincolo di giustizia sportiva ed azionabilità dei diritti in via giudiziaria*, in *Corr. giur*., 2007, p. 1115 ss. V. inoltre F. ZERBONI, *L'arbitrato sportivo*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*[2], C. PUNZI (a cura di), III, Padova, Cedam, 2012, p. 313 ss., con ampi richiami di bibliografia.

[6] Sulla deferibilità ad arbitri dell'azione di classe v. l'interessante contributo di A. BRIGUGLIO, Class Arbitration *in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in *Riv. arb*., 2015, p. 219 ss., e la bibliografia in in nt 1.

arbitrale più consona al settore di riferimento. Il potere di deferire la lite alla giustizia arbitrale può inoltre essere esercitato nello Stato ove le parti vogliano far acquisire rilevanza giuridica e far produrre effetti al lodo. Anzi, la vocazione sovranazionale dell'arbitrato rende ancor più appetibile tale soluzione, alternativa alla giustizia statuale, soprattutto per gli operatori economici che sempre più spesso operano a livello internazionale.

Qualunque sia il modello prescelto dalle parti, l'arbitrato può essere *ad hoc* oppure amministrato, a seconda di ciò che le parti abbiano indicato nella convenzione di arbitrato: entrambi i modelli hanno la medesima fonte, vale a dire la volontà compromissoria delle parti, la medesima natura, cioè un procedimento finalizzato alla risoluzione delle controversie, e il medesimo risultato, ossia un lodo arbitrale, rituale o irrituale, di diritto o di equità, a seconda degli effetti che le parti intendono ottenere; ma nel caso di arbitrato *ad hoc* le parti indicano le regole del procedimento, in modo analitico ovvero fissando in linea generale gli elementi essenziali del procedimento, o ancora demandano agli arbitri nominati di provvedervi in loro vece, oppure rinviano ad un regolamento precostituito senza tuttavia devolvere l'amministrazione ad alcuna istituzione arbitrale. Con l'arbitrato amministrato, invece, noto anche come arbitrato «istituzionalizzato» oppure «preorganizzato», disciplinato dal novellato art. 832 c.p.c. (inserito nel capo VI rubricato "*dell'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*", nel quale invero non appare la locuzione «arbitrato amministrato» ma solo il verbo «amministrare» nell'ultimo comma del suddetto articolo), le parti attribuiscono la funzione di arbitro e la gestione e l'amministrazione del relativo procedimento ad appositi organismi, domestici o internazionali, che si avvalgono di strutture permanenti, e sono dotati di un proprio regolamento di arbitrato precostituito, integrativo o modificativo della disciplina dettata negli artt. 806 e ss. c.p.c.[7].

Occorre a tal proposito rilevare che nella materia che ci occupa opera un'ulteriore *summa divisio* tra arbitrato nazionale ed estero, il cui procedimento si conclude con un lodo qualificato come «straniero»[8]. Al fine di fornire alle parti appartenenti ad aree

[7] Nel senso che il regolamento arbitrale precostituito modifichi e/o integri e/o corregga alcune lacune presenti nella disciplina dell'arbitrato, v. LUISO, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb*., 2001, p. 605 e ss. ID., *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle camere di commercio*, in *Riv. arb*., 2007, p. 18 e ss.; G.F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in *Riv. dir. proc*., 2002, p. 1 e ss.; N. GALLETTO, *Il ruolo delle istituzioni arbitrali*, in AA.VV., *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, a cura di RUBINO SAMMARTANO, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 397.

[8] Il d.lgs. n 40/2006 ha modificato quasi integralmente il Capo VI, Titolo VIII del Libro IV del c.p.c., all'epoca rubricato «*dell'arbitrato internazionale*». Nell'ambito dell'arbitrato estero, occorre inoltre effettuare un'ulteriore classificazione, tra *a*) arbitrato internazionale, la cui fonte è rinvenibile oltre che naturalmente nella volontà espressa dalle parti nella convenzione di arbitrato, anche nelle convenzioni internazionali – tra cui la fondamentale Convenzione di New York, in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri adottata il 10 giugno 1958, e in vigore in Italia dal 1° maggio 1969 –, nei regolamenti arbitrali e nelle leggi contenute negli ordinamenti nazionali; e *b*) arbitrato internazionale commerciale, previsto dalla Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961 e in vigore in Italia dal 1° novembre 1970, che ha ad

geografiche e culturali differenti uno strumento da utilizzare in caso di arbitrarti *ad hoc*, l'ONU ha predisposto uno schema procedimentale uniforme, il regolamento UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) risalente al 28 aprile 1976[9]. Sono ormai sempre più presenti sul territorio nazionale enti e organismi precostituiti che amministrano gli arbitrati, come le Camere di commercio che istituiscono al loro interno Camere arbitrali[10]. A livello internazionale esistono enti e/o istituzioni che organizzano e gestiscono Camere arbitrali, e dettano propri regolamenti da far applicare ai soggetti che ad esse facciano ricorso[11].

Nell'ambito dell'arbitrato, sia esso rituale oppure irrituale[12], occorre inoltre considerare un'altra distinzione, relativa al criterio di giudizio applicabile per la risoluzione delle controversie che può essere, ai sensi dell'art. 822 c.p.c., di diritto ovvero di equità[13]: nel primo caso l'arbitro, nel giudicare e decidere, deve attenersi alle

---

oggetto controversie relative ad operazioni commerciali internazionali caratterizzate dalla circostanza che le parti siano residenti in Stati contraenti diversi.

[9] Tale regolamento, modificato nel 2010, è reperibile sul sito *www.uncitral.org*.

[10] A livello domestico meritano menzione le seguenti camere arbitrali amministrate: *a*) la camera arbitrale italiana (CAI), con sede centrale in Roma e altre distaccate in tutte le regioni italiane, oltre che all'estero, *b*) la Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano presso la Camera di Commercio di Milano (MAC), *c*) la Camera di arbitrato presso l'Associazione italiana per l'arbitrato (AIA), e infine *c*) la camera arbitrale della camera di commercio di Roma. In dottrina sulle camere arbitrali nazionali, v. G.F. RICCI, *Il nuovo regolamento della camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano*, in *Riv. arb*. 2003, p. 663; FERRANTE, *I regolamenti di arbitrato dell'Associazione italiana per l'arbitrato (A.I.A.)*, in AA.VV., *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), Torino, Utet, 2006, p. 108 ss.; B. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb*., 2000, p. 663; F.P. LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle camere di commercio*, in *Riv. arb*., 2007, p. 18 ss.

[11] Nel panorama internazionale possono essere menzionate le seguenti camere arbitrali: *a*) *London Court of International Arbitration* (LCIA), istituita nel 1892 e rappresenta uno dei più antichi istituti arbitrali esistenti; *b*) *international Chamber arbitrale de Paris* (CAP), istituita nel 1919 e rappresenta l'istituto maggiormente utilizzato a livello mondiale, *c*) *The American Arbitration Association* (AAA), *d*) *Dubai International Arbitration Centre* (DIAC), *e*) *German Institution of Arbitration* (DIS), *f*) *Netherlands Arbitration Institute* (N.A.I.), g) *Zurich Chamber of Commerce Arbitration Centre* (ZHK), *h*) *Stockholm Chamber of Commerce* (S.C.C.), i) China International Economic Trade and Arbitration Commission (CIETAC), *i*) *Geneva Chamber of Commerce & Industry* (CCIG), *l*) *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC); *m*) l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti) (ICSID) che ha sede in Washington e in Parigi e al quale aderiscono alcuni Stati. In dottrina, sulle camere arbitrali internazionali, v. AA.V.V., *Regolamento di arbitrato della camera di commercio internazionale. Commentario*, A. BRIGUGLIO e L. SALVANESCHI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2005; BERLINGUER, *L'arbitrato amministrato*, in A.a V.v., *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, a cura di M. RUBINO SAMMARTANO, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 414 e ss.; SALI, voce *Arbitrato amministrato*, in *Dig. disc. priv*., sez. civ., Torino, agg. 2007, p. 70 ss.

[12] Nel senso che l'arbitrato irrituale può condurre ad una pronuncia di diritto o di equità, v., da ultimo, Cass. 15 luglio 2014, n. 16164, in *Foro it*., Rep. 2014, voce *Arbitrato*, n. 109; v. inoltre Cass. 7 aprile 2015, n. 6909, in *Foro it*., 2015, Rep. 2015, voce *Arbitrato*, n. 35, secondo cui «all'arbitrato libero è applicabile l'articolo 822 c.p.c., in base al quale gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità» (in motivazione, par. 7.2).

[13] L'art. 822 c.p.c. dispone che «gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità».

norme di legge, sostanziali e processuali; nel secondo caso, invece, benché non esista una definizione legislativa della nozione di equità, tanto da indurre autorevole dottrina a paragonarla ad «un'araba fenice, il cui significato e la cui portata rappresentano per tutti un piccolo mistero»[14], la pronuncia secondo equità è legata alla soluzione del caso singolo, attraverso il ricorso ai criteri e ai principi di prudenza e di opportunità che appaiano più equi, sempre comunque nel rispetto delle norme comunitarie, costituzionali e dei principi fondamentali e generali dell'ordinamento; la pronuncia deve comunque essere corredata di motivazione dalla quale si evinca chiaramente il criterio che ha guidato gli arbitri nel loro giudizio[15].

Nello scenario giuridico esistono figure che, seppur affini all'arbitrato, da esso differiscono per taluni fondamentali elementi, a cominciare dalla struttura, che non è quella di un giudizio giacché il *quid proprium* dell'arbitrato è rappresentato proprio dal giudicare e dal decidere. L'arbitraggio, regolato dall'art. 1349 c.c., consiste nel conferimento ad un terzo (c.d. arbitratore) dell'incarico di determinare la prestazione dedotta in contratto o comunque l'integrazione di un elemento negoziale, il cui contenuto deve quindi ancora essere colmato, tramite un'attività alla quale resta evidentemente estranea la decisione perché la controversia non è ancora sorta (a differenza quindi dell'arbitrato poiché mira a risolvere una controversia già in atto, relativa ad un rapporto ormai perfetto)[16].

Con la transazione, invece, si tende alla ricerca e alla formulazione, con le reciproche concessioni delle parti, di una soluzione più o meno intermedia tra le loro antitetiche o opposte posizioni, «che non riguardano diritti, la cui effettiva esistenza è e rimane sconosciuta»[17] (l'art. 1965 c.c., comma 1° dispone che la transazione «è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche *concessioni*, pongono fine a una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro»)[18].

---

[14] Così efficacemente F. CIPRIANI, *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it*., 1985, c. 35.

[15] Tale pronuncia può essere censurabile per contrarietà all'ordine pubblico (art. 829, 3° comma, c.p.c.). Il giudizio di equità è escluso per le azioni di impugnativa di delibere assembleari ai sensi dell'art. 36, d. lgs. n. 5/2003, per le controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 12 c.p.a. Perplessità permangono per le controversie di lavoro in riferimento all'arbitrato rituale, giacché il riformatore, attraverso il collegato lavoro (l. n.183/2010), ha previsto espressamente nell'ambito dell'arbitrato irrituale il giudizio di equità (v. artt. 412, 2° comma, n. 2, e 412 quater,3° comma c.p.c.).

[16] S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Soc. ed. "Vita e pensiero", 1931, p. 140, secondo il quale l'arbitraggio è un patto col quale le parti rimettono ad un terzo la determinazione di un elemento di un contratto e si obbligano a considerarla quale propria determinazione.

[17] Così A. VALLEBONA, *L'arbitrato irrituale nel sistema del diritto del lavoro dopo la legge n. 183/2010*, in *Mass. giur. lav*., 2010, p. 852. Sulla transazione v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*[2], Napoli, Jovene, 1986, *passim*.

[18] L'istituto della transazione incontra sempre più larga diffusione, ora anche in riferimento ai fenomeni di inquinamento dell'ecosistema, sì che, con alcuni adattamenti, si pone in primo piano tra gli strumenti alternativi di attuazione di interventi di bonifica e di messa in sicurezza di uno o più siti di interesse nazionale, in ordine alla spettanza e alla quantificazione degli oneri di bonifica, degli oneri di ripristino, nonché del danno ambientale e degli altri eventuali danni di cui lo Stato o gli altri enti territoriali possano richiedere il risarcimento (d.l. 30 dicembre 2008, n. 208, convertito, con modificazioni, nella l. 27

La perizia contrattuale, largamente utilizzata dalla prassi – specialmente nei contratti di assicurazione come polizze danni e assicurazioni contro gli infortuni –, presuppone l'esistenza di una controversia già sorta, e consiste nella valutazione tecnica rimessa alla determinazione di un perito dotato di specifiche competenze il quale compie un accertamento specialistico che le parti si impegnano ad accettare come diretta espressione della congiunta volontà negoziale[19].

La mediazione, introdotta con d.lgs. n. 28/2010 consiste in una «attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (art. 1, 1° comma)[20]. Inoltre, anche a seguito di interventi normativi (l. n. 183/2010, c.d. collegato lavoro), vengono affiancate all'arbitrato altre figure di natura sostanziale: l'art. 412, 1° comma, per esempio oggi prevede che le parti possano affidare «alla commissione di conciliazione il *mandato* a risolvere in via arbitrale la controversia», e l'art. 412 *quater* fa riferimento all'arbitro quale «rappresentante» della parte.

2. Fatto questo rapido ma necessario inquadramento sistematico, appare evidente che negli ultimi decenni vi è stato il superamento della concezione statalista della giurisdizione e del diritto *tout court*, dettato non già dalla volontà di restituire dignità all'autonomia privata delle parti bensì dalla consapevolezza della sempre più crescente crisi della giustizia civile. L'ampia diffusione del nostro istituto, tale da generare una vera e propria proliferazione dei modelli di arbitrato, va di pari passo con la crisi della giustizia statale: autorevole dottrina infatti ebbe a dire che «il maggiore sviluppo dell'arbitrato coincide con la depressione di quello che può ben chiamarsi il servizio giudiziario statale»[21]. Eloquente conferma di tale assunto è offerta dalla recentissima riforma del processo civile attuata attraverso il d.l. n. 132/2014, convertito dalla legge n. 162/2014, con il quale il legislatore, col dichiarato intento di degiurisdizionalizzare e ridurre l'arretrato nel processo civile, ha introdotto un ulteriore modello speciale di arbitrato: benché la norma non chiarisca espressamente il modello ivi invocato, si intuisce che esso vada collocato nell'alveo dell'arbitrato rituale perché l'art. 1, comma 3, del decreto ora citato dispone che il lodo «ha gli stessi effetti della sentenza» –

---

febbraio 2009, n. 13, recante «*Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*», che ha dettato disposizioni specifiche per la stipula di "transazioni globali" in materia di danno ambientale).

[19] Sulla perizia contrattuale v., per tutti, M. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, Utet, 2001, *passim*; ID., *Sull'efficacia della convenzione per perizia contrattuale*, in *Riv. arb*., 2010, p. 688 ss.

[20] Sulla mediazione v. G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ*., 2011, pp. 333 ss.; G. REALI, *La mediazione obbligatoria riformata*, ivi, 2014, pp. 729 ss.; ID., *La mediazione obbligatoria e delegata: riflessi sul processo civile*, in *Annali fac. giur. Taranto*, 2011, pp. 531 ss.; e anche, *si vis*, C.I. BUONOCORE, *La Consulta e l'incostituzionalità dell'obbligo del previo tentativo di mediazione*, in *Lavoro giur*., 2013, pp. 483 ss.; ID., *La mediazione ex d.leg. n. 28/2010: una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa?*, ivi, 2012, pp. 125 ss.

[21] F. CARNELUTTI, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm*., 1923, I, p. 61.

locuzione che riecheggia il contenuto dell'art. 824 *bis* c.p.c., e, conseguentemente, esclude si possa richiedere un lodo negoziale ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c.[22]. Con tale nuovo modello di arbitrato, utilizzabile nelle cause già incardinate innanzi al tribunale o in grado d'appello, pendenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e che non vertano in materia di previdenza e assistenza sociale, nonché di lavoro (salvo che queste ultime trovino la propria fonte esclusiva nel contratto collettivo di lavoro e che lo stesso preveda e disciplini la soluzione arbitrale), le parti, finché la causa non sia stata assunta in decisione – in caso di rito ordinario – oppure fino all'invito alla discussione ai sensi dell'art. 420, 4° comma, c.p.c. – nel caso del processo del lavoro –, con istanza congiunta possono richiedere che la controversia transiti dalla sede giudiziale a quella arbitrale, senza soluzione di continuità, secondo le regole contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile, per quanto non espressamente disciplinato dallo stesso decreto di riforma[23].

Quale che sia il tipo di patto che le parti intendano stipulare, compromesso oppure clausola compromissoria, l'intensità dell'esaltazione dell'autonomia privata offerta/riconosciuta dall'ordinamento giuridico non varia a seconda della scelta del modello arbitrale (rituale o libero): le parti sono libere di optare per l'uno o per l'altro; la differenza, di non poco rilievo, risiede negli effetti che discendono dalla pronuncia del lodo, soprattutto con riferimento all'efficacia e alla modalità dell'impugnazione. Le due *species* di arbitrato, rituale ed irrituale, infatti, seppure oggi le riforme abbiano mostrato di voler ridurre il più possibile le distanze tra i due modelli – al punto da far sorgere dubbi ad autorevole dottrina sull'utilità della coesistenza delle due specie di arbitrato[24] – sono geneticamente diverse. In estrema sintesi, l'arbitrato irrituale,

---

[22] Tale nuovo intervento del riformatore rende plasticamente evidente la circostanza che ha dimenticato la propria volontà manifestata nel 2006, in cui aveva delegato il governo, in forza della l. 14 maggio 2005, n. 80, a «riformare in senso *razionalizzatore* la disciplina dell'arbitrato» (art. 1, 3° comma, lett. *b*), l. n. 80/2005).

[23] Sul nuovo modello di arbitrato v. M. BOVE, *Sul c.d. arbitrato forense (art. 1 d.l. n. 132/14, conv. in l. n. 162/14)*, in *Nuove leggi civ*., 2015, p. 205 ss.; A. BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb*., 2014, p. 633 ss.; V. VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?*, (1.10.2014); D. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, ivi (5.12.2014); L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (L. 162/2014)*, ivi (12.2.2015).

[24] Così, G. MONTELEONE, *Il c.d. arbitrato* irrituale *previsto dall'art. 808* – ter *c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 967 ss., spec. p. 974 s.; ID., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim*., 2001, p. 43 ss.; ID., *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Studi in onore di Montesano*, I, Padova, Cedam, 1997, p. 641 ss.; ID., *Diritto processuale civile*[6], Padova, Cedam, 2012, II, pp. 7 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*[2], I, cit., pp. 217 ss., spec. p. 238 s.; G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb*., 2005, p. 676. V., inoltre, le interessanti osservazioni di G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*[4], cit., p. 39, il quale ha affermato che «si sarebbe tentati di dire che il legislatore, disciplinando compiutamente l'arbitrato irrituale, ne ha dichiarato l'estinzione, così che oggi ci troviamo di fronte a due nuovi tipi di arbitrato: quello *giurisdizionalizzato* e quello

tipizzato solo di recente all'interno del codice di rito all'art. 808 *ter* c.p.c., – per tal via il riformatore ha cancellato in un sol colpo il tradizionale carattere connotativo del modello irrituale, legato alla scioltezza delle forme, regole e procedimento e distruggendo *ipso iure* ed *ipso facto* la proclamata irritualità[25] –, in espressa deroga alla disposizione dell'art. 824 *bis* non produce gli effetti della sentenza, e costituisce «determinazione contrattuale» al quale non si applicano le disposizioni del Titolo VIII «*dell'arbitrato*»[26]; al fine di inquadrare l'arbitrato come irrituale le parti devono stabilire nella convenzione di arbitrato in modo espresso e non equivoco che vogliono che la controversia sia decisa con un lodo contrattuale non omologabile. In caso di incertezza la clausola dovrà essere interpretata in favore del lodo rituale[27]. L'arbitrato rituale è disciplinato dagli artt. 806 e ss. c.p.c. e produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824 *bis*). La distinzione tra i due modelli di arbitrato è affiorata per ragioni di ordine pratico, come reazione alla pretesa di assorbire l'arbitrato nell'orbita della giurisdizione statale; si è così offerto il destro alla creazione dell'arbitrato non regolato (allora) dal codice di rito, perciò definito irrituale: un'invenzione degli operatori del diritto per motivi di ordine pragmatico, col tempo affinata dalla prassi. Tale scelta poteva essere dettata da ragioni di riservatezza dei propri affari, o anche per sfuggire alla pesante imposizione fiscale connessa alla trasformazione del lodo (rituale) in sentenza tramite il decreto di esecutorietà, o infine dalla specializzazione degli arbitri in particolari settori[28]. Più precisamente, le parti in lite esoneravano gli arbitri, attraverso il patto compromissorio, dall'osservanza delle norme dettate per l'istituto dal c.p.c., e in particolare dall'obbligo di depositare il lodo innanzi all'autorità giudiziaria, entro termini assai ristretti: l'art. 24 del c.p.c. del 1865 disponeva infatti che «la sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di cinque giorni, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura

procedimentalizzato (…), corrispondenti alle vecchie figure dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale».

[25] Tanto più ove si consideri che la decisione arbitrale, con efficacia di contratto (quindi di negozio giuridico sostanziale), possa essere impugnata per ben cinque vizi, tutti derivanti da violazione di regole processuali: cfr. G. MONTELEONE, *Il c.d. arbitrato* irrituale, in *Giusto proc. civ*., 2009, p. 968.

[26] Sul punto v. l'importante pronuncia offerta da Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, con nota critica di G. MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, in *Giusto proc. civ*., 2014, p. 197, con la quale le Sezioni unite hanno ribaltato l'orientamento, ormai consolidato, affermato da Cass. n. 527/2000, affermando la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e quella contrattuale dell'arbitrato irrituale.

[27] V., da ultimo, Cass. 7 aprile 2015, n. 6909, in *Foro it*., Rep. 2015, voce «*Arbitrato*», n. 35.

[28] F. CARNELUTTI, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm*., 1923, I, p. 56; ID., *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, I, p. 75 ss., il quale opportunamente affermava che «oppresso da una formalità che si trasformava in formalismo, sottoposto, a rigidi controlli ed a spese maggiori di quelle del processo ordinario, l'arbitrato rituale si trovava ad avere, per certi versi, più svantaggi dello strumento del processo ordinario, che le parti volevano evitare»; invece l'arbitrato libero consentiva che «si adegua il giudice alla lite», si può adeguare «il processo alla lite», e infine si può adeguare «la legge alla lite»: *ibidem*, p. 58. Sull'origine della creazione dell'arbitrato irrituale v. per tutti G. MONTELEONE, *Il c.d. arbitrato irrituale previsto dall'art. 808* ter *c.p.c*., in *Giusto proc. civ*., 2009, p. 969.

del mandamento in cui fu pronunziata: altrimenti è nulla. (…)/ La sentenza è resa esecutiva, e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve, pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito in cancelleria»[29].

Quindi, sotto il vigore del codice del 1865, varato all'indomani dell'Italia unita, per un verso il legislatore aveva inteso dare spazio all'arbitrato, riconoscendone spiccata rilevanza disciplinandolo all'interno del c.p.c., e in apertura dello stesso: era vivissimo in quel legislatore il fondamentale principio che in uno Stato di diritto, i diritti disponibili contesi tra i privati litiganti ben potevano ricevere tutela senza necessariamente ricorrere ad un giudizio *apud iudicem* ma convogliando le decisioni delle loro pretese innanzi a privati, scelti dai contendenti, avulsi alla giustizia statale, attraverso una manifestazione dell'autonomia privata[30]. Per altro verso, però, il legislatore aveva previsto in capo agli arbitri l'obbligo del deposito del lodo innanzi all'autorità giudiziaria entro il ristrettissimo termine di cinque giorni dalla pronuncia sotto pena di nullità del lodo, anche rilevabile d'ufficio, e del risarcimento dei danni patiti dalle parti a causa di tale omissione[31]. La finalità di tale sì rigorosa formalità tassativa era quella di omologare il verdetto dopo il controllo giudiziario della sua regolarità formale e di corredarlo in tal modo degli attributi di una sentenza, a cominciare dalla efficacia di titolo esecutivo. Proprio da questa cogente previsione normativa scaturì la pratica degli arbitrati liberi poiché i litiganti, pur manifestando la volontà di rinunciare alla giurisdizione ordinaria nonché di deferire la controversia ad arbitri, non volevano il suggello finale del deposito e dell'omologazione del lodo con tutte le conseguenze di legge. E' a tutti nota la storica sentenza della Cassazione di Torino con la quale i giudici, nell'ambito di una controversia sorta su rapporti di lavoro, affermarono la legittimità della risoluzione contrattuale risultante dal componimento amichevole delle liti per mezzo di soggetti terzi incaricati dalle parti di dirimere la controversia, sulla base dell'autonomia contrattuale riconosciuta loro dall'ordinamento[32].

---

[29] G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile*, I, cit., 1875, p. 111 s.

[30] Scettico sulla bontà dell'istituto dell'arbitrato in generale era Mortara che, come bene ha osservato la più attenta dottrina, «nel suo *Manuale* e nelle sue *Istituzioni* si occupò dell'arbitrato solo nelle pagine conclusive. E tanto meno è un caso se, nel 1923-24, quando, all'indomani dell'epurazione, preparò un progetto di riforma del c.p.c., non riservò alcuno spazio all'istituto»: così efficacemente F. CIPRIANI, *Le sentenze di Mortara sull'arbitrato*, in *Riv., arb*., 1992, p. 660.

[31] V. Cass. 7 maggio 1975, n. 1761, in *Riv leg. fisc*., 1975, p. 2245, in riferimento alla responsabilità solidale degli arbitri, quali mandatari delle parti, per il pagamento dell'imposta di registro.

[32]Cass. Torino 27 dicembre 1904, in *Foro it*., 1905, I, c. 366 ss., con nota di L. MORTARA; in *Riv. dir. comm*., 1905, II, p. 45 ss., con nota di G. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*. In riferimento a tale fondamentale pronuncia v. S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 2, il quale ebbe a dire che «rendendosi sempre più urgenti le necessità economiche che avevano determinato il superamento dell'arbitrato legale, la giurisprudenza, liberatasi dalle prime incertezze, ha saputo di quelle necessità essere la fedele interprete, e ha camminato, come è suo dovere e compito, in armonia costante con l'evoluzione della vita». Sulla portata della sentenza della Cassazione di Torino, v. però le riflessioni

L'arbitrato irrituale ha trovato così larga fortuna applicativa anche all'indomani dell'introduzione del nuovo codice (1940); e tale consenso (in favore del modello irrituale) si giustifica giacché col nuovo codice è stata confermata la rigida previsione contenuta nel vecchio c.p.c. relativa al deposito del lodo rituale nella cancelleria del pretore: tale adempimento doveva essere effettuato entro un ristretto termine perentorio dalla sua pronuncia al fine di ottenere, attraverso l'omologazione, «efficacia di sentenza» (art. 825). Ma l'arbitrato irrituale ha continuato a riscuotere interesse nella prassi anche a seguito delle prime riforme dell'istituto del 1983 (9 febbraio, l. n. 28) e del 1994 (5 gennaio, l. n. 25), le quali hanno attenuato il legame necessario tra il lodo rituale e l'attività successiva del giudice statuale: infatti, per quanto in questa sede interessa, al lodo rituale è stata attribuita «efficacia vincolante tra le parti» indipendentemente dal deposito del lodo e dal relativo procedimento di *exequatur*, resi facoltativi, oltre ad aver portato il termine per tale eventuale adempimento da cinque giorni ad un anno. Il decreto di esecutorietà si sarebbe reso indispensabile solamente qualora le parti avessero voluto eseguire (coattivamente) il lodo, visto che gli arbitri, in quanto privati, sono privi di poteri coercitivi.

4. Le vicende riformistiche e giurisprudenziali legate all'arbitrato si sono susseguite fino ai nostri giorni prevedendo, tra le altre novità, la tipizzazione dell'arbitrato irrituale all'interno del codice di rito (808 *ter*), l'arbitrabilità per le controversie di lavoro – con connessa apertura al giudizio di equità in determinati casi – nonché la dichiarata natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, che può trovare indiretta conferma nella soluzione che lo stesso legislatore del 2006 ha dato nell'art. 819 *ter* alla questione dei rapporti fra arbitri e autorità giudiziaria, e anche diretta nella misura in cui le Sezioni unite hanno recentemente affermato *expressis verbis* che l'arbitrato rituale ha natura giurisdizionale[33], oltre che nella previsione contenuta nell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, come modificato dal d.l. n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013, che afferma come condizione di procedibilità della domanda arbitrale il previo tentativo di mediazione, al pari della domanda giudiziale. E' agevole dunque concludere che con riferimento all'arbitrato (rituale) siamo ormai in presenza di una giustizia alternativa[34]: «l'arbitro, ancorché sia una qualsiasi persona privata, può, su investitura delle parti, fornire una soluzione di tipo giurisdizionale» perché «egli prima di comandare accerta un vissuto, ossia i fatti rilevanti concretamente accaduti in

di F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. comm.*, 1916, I, p. 374 ss., spec. p. 396, secondo il quale la pronuncia dei giudici di legittimità si riferivano ad una convenzione e non invece ad un «vero e proprio compromesso».

[33] Così Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, con nota critica di G. MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, cit., p. 197.

[34] M. BOVE, *La giustizia privata*[3], cit., *passim*.; ID., *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ*., 2014, p. 962; F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, ivi, 2011, p. 326 ss., spec. p. 332.

riferimento alla controversia, e quindi li riporta (sussunzione) ad una norma giuridica generale ed astratta (che si assume come) preesistente»[35].

Benché i principi ispiratori propri del giudizio statale non siano perfettamente sovrapponibili a quello arbitrale, la validità del lodo è subordinata, al pari della sentenza, al rispetto delle regole tipiche del processo pubblico – non a caso l'arbitrato è regolato analiticamente proprio all'interno del codice di procedura civile –, sicché tale strumento alternativo può offrire alle parti elementi particolarmente allettanti (tempi ristretti, particolare specializzazione tecnica degli arbitri). E' dunque auspicabile un intervento del riformatore volto a introdurre incentivi economico-fiscali che incoraggino le parti a fare ricorso all'istituto; che, altrimenti, l'arbitrato con fatica potrà svolgere con successo il ruolo di "filtro alla giustizia togata".

[35] M. BOVE, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 961.

Alessio Caracciolo

IL CONCEPITO: PROFILI DI RICOSTRUZIONE DELLE FORME DI TUTELA*

ABSTRACT	
Il Saggio approfondisce l'assetto giuridico della figura del concepito, incardinandosi nell'annoso dibattito in merito alla sua classificazione quale soggetto di diritto. In particolare, per mezzo di una ricostruzione sistematica dell'evoluzione giurisprudenziale, coadiuvata dall'analisi delle posizioni dottrinali spesso contrastanti che spaziano tra le teorie possibiliste riguardo il riconoscimento di una capacità giuridica anticipata e quelle favorevoli alla configurazione di una tutela prenatale, si giunge agevolmente alla conclusione secondo la quale il pensiero giuridico contemporaneo sia fondato sul principio morale, espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica in occasione della pubblicazione del parere *Identità e Statuto dell'Embrione Umano*, che l'Embrione è uno di noi.	The text deepens the juridical frame of the conceived one, inserting itself in the debate about its classification as subject of right. In particular, through a systematic rebuilding of the recent developments in case law, supported by the analysis of different doctrinal contrasting views, often starting from favorable theories to the recognition of anticipated legal personality, till theories which are inclined to the idea of prenatal protection, we easily come to the conclusion that the contemporary legal thinking is founded on the moral issue, expressed by the National Committee for the Bioethics, at the time of publication of the opinion titled *Identity and Statute of the human embryo* that the embryo is one of us.
Biodiritto – tutela prenatale – responsabilità civile	**Bioethics – prenatal guardianship – torts**

SOMMARIO: 1. Il nascituro nelle situazioni giuridiche soggettive previste dal Codice Civile –2. Capacità giuridica prenatale e *status* del concepito – 3. Responsabilità contrattuale – 4.Responsabilità medica e contratto con effetti protettivi per i terzi: il diritto a non nascere se non sano – 5. Risarcibilità del danno cagionato al concepito – 6. Bioetica e Diritto.

1. Nel corso degli anni si è assistito al riconoscimento giurisprudenziale di nuove situazioni giuridiche per le quali è possibile esperire un'azione risarcitoria. Tale evoluzione non è limitata ad un aspetto qualitativo e quantitativo delle casistiche previste o prevedibili, ma riguarda la sussumibilità di determinate fattispecie nell'alveo

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

della risarcibilità in relazione al profilo soggettivo: secondo autorevole dottrina[1] esistono dei casi nei quali è consentita la tutela di una persona "in potenza", sebbene priva di capacità giuridica[2]. Questo non implica necessariamente che si debba ritenere il concepito quale centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici, ma che, pur non volendo attribuire all'individuo in fase prenatale una peculiare "personalità", si debba considerare una fattispecie ontologicamente esistente protesa verso un prevedibile ed auspicabile sviluppo ulteriore[3], disciplinandola al fine di delineare un quadro di tutela.

Talune fattispecie giuridiche sono difatti regolamentate anche con riferimento al concepito[4]. Peculiare è la disciplina in materia successoria, ove è attribuita al nascituro la capacità di succedere per causa di morte, sia per legge che per testamento, così che, nel momento in cui il decesso del *de cuius* dovesse avvenire prima dell'evento nascita, l'eredità si devolverebbe comunque anche a favore del soggetto non ancora nato al momento dell'apertura della successione (art. 462 comma 1 c.c.). Anche in tema di donazioni, il legislatore ha previsto a favore del concepito la capacità di essere destinatario di atti di liberalità, per cui è possibile designare quale beneficiario della donazione un soggetto che si trova ancora nel ventre materno. Per un'analisi della normativa vigente, è doveroso completare il quadro innanzi descritto con la capacità di succedere per testamento e di ricevere per donazione riconosciuta a chi non sia stato ancora concepito ma sia figlio di una determinata persona vivente al momento della donazione (art. 784 comma 1 c.c.) o dell'apertura del testamento (art. 462 comma 3 c.c.).

2. La lettura combinata di tali norme ha determinato l'insorgenza di due orientamenti contrapposti[5]: il primo ha teorizzato l'attribuzione al concepito di una propria capacità giuridica, anticipata al momento del concepimento, denominata in

---

[1] P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, ESI, 1972, p. 137 ss.

[2] C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 293 ss.; G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 13 ss.; R. DE MATTEIS, *Danno esistenziale e procreazione*, in F. LONGO (a cura di) *Rapporti familiari e responsabilità civile, materiali raccolti*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 125 ss.; F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1003 ss.; F. PARENTE, *La soggettività del concepito nella tutela risarcitoria per danno prenatale: condotte endo ed eso familiari*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona Fisica*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, II, Napoli, ESI, 2012, p. 115 ss.

[3] P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 630 ss.; G. SEBASTIO, *Le pretese giuridiche del nascituro*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1998, p. 872 ss.; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 80 ss.

[4] F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 108.

[5] F. PARENTE, *Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 96 ss.

dottrina «capacità giuridica prenatale»[6]; 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[7].

A sostegno della configurazione di una capacità giuridica prenatale vi è il presupposto che l'embrione sia effettivamente "vita"[8] 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[9] 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[10]. 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 pre-natale, trattandosi in ogni caso di soggetto del diritto, e non di mero oggetto[11]. Di contro, il secondo comma dell'articolo 1 c.c. dispone che «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita»[12]. 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[13].

D'altro canto, l'orientamento della Corte costituzionale in merito è desumibile dalla sentenza n.27 del 18 febbraio 1975[14]. In tale pronuncia si afferma che i diritti dell'uomo spettano anche all'embrione, al contempo specificando che quest'ultimo deve ancora diventare persona, in ossequio alla lettera della disposizione codicistica[15]. Sebbene vi sia stata una progressiva spinta riformatrice nei confronti della disciplina in tema di acquisto della capacità giuridica, un profilo di criticità è rappresentato dalla sua stessa

---

[6] E. GIACOBBE, *op. ult. cit.*

[7] C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 457 ss.; P. STANZIONE, *Delle persone fisiche*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile* (artt. 1-142), Milano, Giuffrè, 2009, p. 859 ss.

[8] R. CAPPELLO, *Sui concetti di vita e di vitalità*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, Cedam, 1942, p. 224 ss.

[9] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e Statuto dell'Embrione Umano*, 26 giugno 1996, in *presidenza.governo.it/bioetica*.

[10] F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, pp. 109-110.

[11] 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*, Roma, Istituto di Bioetica dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1997, p. 1 ss.

[12] G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, ESI, 2006, p. 36 ss.

[13] F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 109.

[14] Corte cost. 18 febbraio 1975 n. 27 in *Giur. it.*, 1975, I, p. 1416.

[15] A. LOIODICE, *Il protagonista della vita nelle incertezze delle discipline giuridiche: profili costituzionali*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 117 ss.

concezione. Se «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» (art.2 Cost.), la capacità giuridica non è "attribuita", ma "riconosciuta". Inerisce cioè qualcosa che appartiene già all'essere umano, il quale ne ottiene il riconoscimento secondo le disposizioni di legge tempo per tempo vigenti. Questa lettura è in linea con la sentenza della Corte costituzionale n.48 del 2005[16], la quale enuncia che «per quanto concerne l'art.1 della legge[17], […] è sufficiente osservare che la norma presenta per tale ultimo aspetto un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge».

La disamina dovrebbe dunque essere trasposta, tenendo conto della specificità delle norme riguardanti il concepito, sulla sua soggettività [18], in linea con quell'orientamento espresso dalla Corte di cassazione secondo il quale i diritti del nascituro devono essere considerati nei limiti delle previsioni normative che li contemplano[19]. Prendendo in considerazione tale caso, inerente la responsabilità in ambito di ricovero ospedaliero, la Corte di cassazione, con una lettura combinata degli artt. 32 Cost., 1 – 1411 – 1175 – 1337 – 1375 c.c., ha stabilito che il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, poiché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia nazionale che internazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori. Questo potrebbe portare a trarre la conclusione secondo la quale, per la giurisprudenza, il concepito è un "soggetto di diritto" poiché è una "persona" o, per lo meno, lo sarà al momento della nascita. Bisogna però sottolineare che parte della dottrina, 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 .Questa impostazione ripropone un interrogativo pressante e lungamente discusso, ovvero se il concepito sia soggetto di diritto oppure oggetto di tutela, e soprattutto se sia o meno "persona"[20]. Da un punto di vista giurisprudenziale questa diatriba non è priva di conseguenze, poiché l'orientamento delle Corti negli ultimi decenni è stato mutevole, soprattutto in tema di tutela risarcitoria derivante da responsabilità medica.

---

[16] Corte cost. 28 gennaio 2005, in *Dir. e gius*., 2005, p. 7.
[17] La sentenza tratta della legge n. 40 del 2004.
[18] F.D. BUSINELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. uman. e dir. intern.*, II, 2007, p. 245 ss.
[19] Cass. Civ. 11 maggio 2009 n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, *Persona Fisica*, 2009, p. 1258 ss.
[20] F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 109 ss.; C.M. MAZZONI, *Persona fisica, in* M. BESSONE, *op. cit.*

Lo status di "concepito" è 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[21]. Uno degli elementi affinché a tale aspettativa, nel nascituro, subentri il diritto vero e proprio è l'acquisizione della capacità giuridica[22] e, dunque, l'evento della nascita. Tale impostazione è stata accolta dalla giurisprudenza[23] e da una parte della dottrina[24]. 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[25]. Su tale fondamento sono state consentite tutele risarcitorie in riferimento a lesioni subite a causa di atti illeciti di varia natura verificatisi in periodo prenatale[26].

3. A norma dell'art. 1218 c.c., il debitore inadempiente è tenuto al risarcimento del danno qualora non riesca a provare che il ritardo nella prestazione o il suo mancato espletamento sia stato determinato da un impedimento derivante da causa a lui non imputabile. L'inadempimento comporta l'addebito del risarcimento in capo a chi non ha onorato gli impegni contrattualmente assunti, salvo il verificarsi di cause estranee alla volontà del debitore stesso, che estinguono l'obbligazione (si tratta della impossibilità sopravvenuta, oggettiva ed inevitabile, cioè dovuta a caso fortuito od a cause di forza maggiore). In questi casi si parla di responsabilità contrattuale, derivante non solo dall'inadempimento del contratto ma, più in generale, dell'obbligazione[27], che può essere originata da una molteplicità di fonti. È opinione prevalente che l'art. 1218 c.c. non detti il criterio per individuare le cause di esonero dalla responsabilità contrattuale, ma costituisca una mera norma di rinvio ad una pluralità di criteri, di volta in volta applicabili alle diverse ipotesi. Secondo questa tesi, il regime della responsabilità varierebbe in base all'obbligazione presa in considerazione[28]. Uno dei criteri maggiormente indicativi è quello del comportamento tenuto dal debitore

---

[21] R. NICOLÒ, *Aspettativa*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 1 ss.; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico, cit.;* F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, ESI, 2011, pp. 122-123*;* F. PARENTE, *La condizione giuridica dei nascituri concepiti e non concepiti tra tutela della soggettività e tutela reale*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, pp. 108-109.
[22] C. PERLINGIERI, *Art. 1 (Capacità giuridica)*, in G. PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, terza ed., Napoli, ESI, 2010, p. 254.
[23] Tribunale di Verona, 4 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 357.
[24] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991, p. 289.
[25] A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 241 ss.
[26] S. PASSAFIUME, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia, cit.*
[27] D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, quinta ed., Torino, Utet, 1958, p. 1 ss.
[28] M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, I, in W. BIGIAVI (diretto da), *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1992, p. 219 ss.

nell'adempimento (o nell'inadempimento). Tanto il debitore quanto il creditore, nel rispetto dei principi cristallizzati negli artt. 1175– 1176 c.c., devono comportarsi seguendo le regole di correttezza, lealtà, coerenza e rispetto dei doveri assunti che, pur non avendo una puntuale definizione codicistica, sono da sempre associati ai concetti di "buona fede" e "diligenza"[29]. La mancata diligenza integra la "colpa", che può essere grave (*culpa lata*), lieve (*culpa levis*) e lievissima (*culpa levissima*). Per rispondere dell'inadempimento contrattuale è sufficiente la *culpa levis*[30], a meno che non siano previste particolari prescrizioni dovute all'attività professionale svolta. Una di queste circostanze è proprio l'attività medica[31]. Trattandosi di esercizio di una professione intellettuale, bisogna prendere in considerazione la lettera dell'art.2236 c.c., il quale dispone che «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave». I casi giurisprudenziali che riguardano la responsabilità contrattuale nei confronti del nascituro sono per lo più correlati all'esercizio della professione medica.

4. Il medico che accetta l'incarico di prendere in cura un paziente pone in essere un contratto di prestazione d'opera intellettuale, regolato dagli artt. 2230 e ss. del codice civile. L'obbligazione principale alla quale deve adempiere è quella del professionista, che è tenuto a fornire in modo completo la propria opera ponendovi l'impegno, la capacità e la correttezza occorrenti al raggiungimento dello scopo prefisso[32]. Trattandosi di tipica obbligazione di mezzi, la responsabilità conseguente all'inadempimento non deriva dal mancato raggiungimento del risultato atteso dal malato, né il medico risponde dell'insuccesso delle tecniche applicate, qualora egli abbia usato tutti i mezzi e le conoscenze a propria disposizione[33]. Il medico non risponde neppure della mancata guarigione o dell'esito infausto derivante dall'aleatorietà dei mezzi diagnostici e terapeutici o da fattori accidentali e imponderabili che abbiano influito sul decorso del processo morboso, non dipendenti dal comportamento del curante e da lui non controllabili[34].

Le considerazioni sul rapporto tra la responsabilità medica e la figura del concepito sono state per lungo tempo controverse, poiché accogliere una posizione creditoria in favore del nascituro significherebbe configurare come creditore di una prestazione

---

[29] D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 87 ss.
[30] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 1 ss.
[31] D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *www.altalex.com*, 2011
[32] R. BALDUZZI, *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 18 ss.
[33] M. LIGUORI, G. CANNAVÒ, M. ORRICO, *La responsabilità medica. Dalla teoria alla pratica processuale*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore, 2011, p. 16.
[34] F. PARENTE, *La responsabilità medica verso il soggetto malformato per comportamento negligente durante la gestazione o il parto. La mediazione finalizzata alla conciliazione in àmbito medico*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 135.

obbligatoria un soggetto che non è ancora nato[35]. La figura utilizzata dalla giurisprudenza è quella del contratto con effetti protettivi per i terzi, un istituto di creazione giurisprudenziale tedesca (*Vertrag mit Schutzwikung fűr Dritte*). Costituisce pietra miliare, in proposito, la sentenza della Corte di cassazione del 22 novembre 1993 n.11503[36]. Secondo tale pronuncia, con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante, l'ente si impegna non solo a garantire le cure e le attività necessarie al parto, ma anche ad effettuare con la dovuta diligenza le prestazioni necessarie al feto ed al neonato evitando, nei limiti consentiti dalla scienza, che si verifichi qualsivoglia possibile danno.

Ne consegue che il soggetto, dopo l'acquisto della capacità giuridica conseguentemente alla nascita, può far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie di cui è destinatario ed alle quali il contraente è tenuto in base al contratto stipulato con il genitore[37]. Qualora le lesioni subite dal nascituro siano imputabili al personale ospedaliero, l'ente dovrà rispondere a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del soggetto leso[38].

In proposito, la Suprema Corte ha sottolineato come la limitazione della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave, stabilita dall'art.2236 c.c., configurabile nel caso di mancata applicazione delle conoscenze fondamentali attinenti alla professione, è applicabile solo per la colpa da imperizia nei casi di prestazioni caratterizzate da particolare difficoltà, mentre non possono venir meno in nessun caso la diligenza e la prudenza del professionista. Tale configurazione non è rimasta isolata, anzi non sono mancate pronunce ad essa allineate. Il contratto tra partoriente ed ente ospedaliero è qualificato ancora una volta dalla Corte di cassazione come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nella sentenza n.9911[39] del 7 ottobre 1998. Si afferma che, nonostante le prestazioni debbano essere assolte in parte anteriormente alla nascita, l'obbligazione accessoria di protezione tende alla tutela del nato[40].

Di notevole interesse appare una pronuncia della Corte di cassazione riguardante un caso di errata somministrazione dell'anestesia praticata dall'equipe medica alla partoriente durante un parto cesareo, che aveva causato delle irreversibili lesioni cerebrali alla madre, ridotta a vita vegetativa. Il marito della donna agiva chiedendo il risarcimento dei danni morali e patrimoniali cagionati a lui ed alla figlia. La Corte, pur

---

[35] A. LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 105 ss.
[36] A. PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano, Nota a margine della sen. Cass. Civ., III sez., 22 novembre 1993, n. 11503*, in *Giur. it.*, 1995, 1, I, p. 321.
[37] E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in N. LIPARI (a cura di) *I maestri italiani del diritto civile. Rosario Nicolò*, Napoli, ESI, 2011, p. 1 ss.
[38] A. PINORI, *In tema di prestazioni accessorie di sicurezza ed organizzazione*, Cass. civ. sez III, 14 luglio 2004 n. 13066 in *Giust. civ., Mass.*, 2004, pp. 7-8; M. SELLA, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 176 e 440.
[39] Cass. civ. sez III, 7 ottobre 1998 n. 9911 in *Foro it*., 1998, I, c. 3520.
[40] Nello stesso senso, Tribunale di Terni 15 dicembre 1995 in *Rass. giur. Umbra*, 1996, p. 33.

riconoscendo al contratto concluso dalla madre partoriente gli effetti protettivi a favore del terzo, negò il risarcimento al nascituro non rilevando nella fattispecie la violazione di un obbligo contrattuale, bensì extracontrattuale[41]. Tornando a pronunciarsi sul tema, la Corte di cassazione, con la sentenza n.6735 del 10 maggio 2002[42], ha esteso la protezione della tipologia contrattuale considerata anche al padre del nascituro, ritenuto destinatario della prestazione professionale del ginecologo al pari della gestante. La stessa *ratio* è rilevabile nella sentenza del Tribunale di Venezia del 10 settembre 2002[43] e nella sentenza della Corte di cassazione n.20320 del 20 ottobre 2005[44], in cui si afferma che la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del personale sanitario, può essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro. Il principio si giustifica con la considerazione per cui, trattandosi di un contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre (che, per effetto dell'attività professionale ostetrico-ginecologica, diventa o meno padre), il danno provocato da inadempimento costituisce una conseguenza anche nei suoi confronti, ed è pertanto risarcibile ai sensi dell'art.1223 c.c.

L'estensione degli effetti protettivi a favore del terzo non è priva di limitazioni[45]. Con la sentenza n.14488 del 29 luglio 2004[46], infatti, la Corte di cassazione ha escluso l'ingiustizia del danno connesso alla violazione del «diritto a non nascere se non sano»[47]. Il caso riguardava la richiesta di risarcimento in favore di una neonata affetta da *talassemia maior*. Nello specifico, il medico non aveva prescritto i dovuti accertamenti nell'erroneo presupposto che la tara talassemica del padre non fosse così alta da incidere sulla salute della nascitura. La Corte ritenne che la scienza medica non offrisse alcun rimedio per eliminare o attenuare nel nascituro la insorgente patologia, così non era imputabile al medico alcuna responsabilità nei confronti della bambina, atteso che la patologia era ereditaria e non causata da errore medico. Il comportamento del medico, peraltro, era censurabile sotto altro profilo, avendo egli privato i genitori della facoltà di scelta circa la possibilità di proseguire o meno la gravidanza. Da tale scelta, ove operata, sarebbe potuta conseguire l'inesistenza del soggetto ricorrente[48]. La valutazione della sussistenza o meno del danno è effettuata sulla base del pregiudizio subito in rapporto alla situazione vantaggiosa che si sarebbe determinata con l'adempimento, ma in questo caso l'adempimento avrebbe portato ad una non vita, unica alternativa alla nascita “da non sano”. Viene riconfermato ancora una volta il diritto a

[41] Cass. civ. 2 ottobre 2001 n. 12198 in *Danno e resp.*, 2002, 2, p. 202.
[42] Cass. civ. 10 maggio 2002 n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss.
[43] Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2597.
[44] Cass. civ., 20 ottobre 2005 n. 20320 in *Danno e resp.*, 2006, n. 5, p. 513.
[45] M. PARADISO, La responsabilità medica: dal testo al contratto, in *Riv. Dir. civ.*, 2001, I, 3, p. 325 ss.
[46] Cass. civ., 29 luglio 2004 n. 14488 in *Fam. dir.*, 2004, p. 559 ss.
[47] F. PARENTE, *Il danno da gravidanza indesiderata di un figlio sano*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 120 ss.
[48] F. PARENTE, *La responsabilità dei genitori per malformazioni genetiche o infettive: l'eterogeneità dei comportamenti*, *ivi*, p. 122 ss.

nascere sano, in virtù degli artt. 2 e 32 Cost. nonché dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, mentre viene esclusa l'esistenza di un diritto a non nascere se non sano[49], la garanzia cioè di non essere lasciato nascere in presenza di gravi anomalie genetiche[50]. La tutela del concepito deve intendersi in senso positivo[51], a favore del suo diritto di nascere e di nascere sano, poiché tutte le norme che lo riguardano direttamente ed indirettamente prevedono la costituzione dei presupposti per la miglior nascita possibile. Diversamente, si inquadrerebbe nel nostro ordinamento la possibilità di una selezione eugenetica, eludendo la previsione normativa della legge 194/1978. Se fosse questo l'assetto prescelto, il figlio non potrebbe invocare una tutela contro l'atto creativo della generazione, poiché se ciò fosse concesso si configurerebbe un diritto di eutanasia prenatale, cui dovrebbe corrispondere, in capo alla madre, l'obbligo di interruzione della gravidanza[52]. La paradossalità di tale impostazione si può evincere anche da una considerazione prettamente semantica: il termine eutanasia deriva dal greco *eu* (bene) e *thanatos* (morte). Questa costruzione viene utilizzata per descrivere una "buona morte", finalizzata ad evitare una grave sofferenza così da alleviare definitivamente il dolore in una circostanza nella quale il malato preferisce addirittura la cessazione della vita alla sua prosecuzione. Si è in presenza cioè di un atto cosciente e volontario da parte di un soggetto che dispone "di se" per il futuro, e non di una valutazione a posteriori di ciò che avrebbe desiderato che fosse compiuto "su di se" in una fase della vita nella quale non aveva capacità di discernimento. La collocazione temporale nella fase prenatale di questa fattispecie porta così ad una esclusione logica della stessa dal campo dell'eutanasia, quand'anche fosse condivisa l'ammissibilità di quest'ultima a livello giuridico o morale.

5. Secondo la previsione dell'art.2043 del Codice Civile, «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». A prescindere dall'esistenza di un precedente rapporto obbligatorio tra le parti interessate, quindi, il soggetto che subisce un danno in conseguenza della condotta tenuta da un altro consociato, può agire in giudizio per ottenere il risarcimento, qualora sussistano determinati presupposti.

Per fatto si intende un comportamento dell'uomo, che può essere di natura commissiva (e consiste dunque in un *facere*) oppure omissiva (un *non facere*)[53]. In tale ultimo caso, non tutte le condotte omissive si possono considerare idonee a costituire il presupposto per l'integrazione della fattispecie, bensì soltanto quelle poste in essere

---

[49]F. PARENTE, *ivi*, p. 125; Cass. civ. sez III 11 maggio 2009 n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm., Parte prima, Persona Fisica*, 2009, p. 1258ss.

[50] A. M. PRINCIGALLI, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 679 ss.

[51] M. PARADISO, *op. cit.*

[52]F. PARENTE, *Il danno da gravidanza indesiderata di un figlio sano*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 119-121.

[53] G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1996, p. 429 ss.

in violazione di un obbligo giuridico posto dall'ordinamento in capo a quel soggetto che avrebbe dovuto agire, ma non lo ha fatto. Un valido esempio a sostegno di questa tesi è costituito dalla responsabilità del datore di lavoro che non abbia osservato le disposizioni in tema di sicurezza e prevenzione, qualora si verifichi un infortunio. La categoria si amplia prendendo in considerazione il "fatto materiale", ossia un avvenimento che, pur essendo indipendente dalla volontà del soggetto cui viene addebitato, è a costui imputato per la violazione di un obbligo che avrebbe dovuto onorare (si pensi ad esempio a danni causati da vizi di costruzione o di manutenzione, imputabili al costruttore o al proprietario dell'immobile).

Se non vi è danno, non può esservi responsabilità civile, neppure in presenza di un illecito. Al riguardo, bisogna specificare che per danno vanno intesi quei pregiudizi concretamente sofferti dalla vittima in conseguenza del verificarsi dell'evento, dunque qualsiasi alterazione negativa della situazione del soggetto rispetto a quella che si sarebbe verificata senza il fatto illecito. Si fanno attualmente rientrare nella nozione di danno sia le tipologie patrimoniali che quelle non patrimoniali, ove nella prima categoria si includono danno emergente, lucro cessante e c. d. danno da perdita di chance, mentre nella seconda rientrano danno morale, biologico, esistenziale.

Affinché un danno sia definibile "ingiusto", esso deve essere cagionato *non iure*, cioè non nell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento al danneggiante. Il danno cagionato *iure* non è invece risarcibile: basti pensare al pregiudizio sofferto da un soggetto condannato in via definitiva che veda la sua sentenza oggetto di un servizio giornalistico. Per lungo tempo si è considerata risarcibile solo la lesione di diritti assoluti, che impongono a tutti i consociati un generale obbligo di astenersi dal turbarne l'esercizio[54]. Successivamente si è ampliato il margine di tutela in modo graduale, includendo dapprima i diritti della persona, poi tutti i diritti reali, i diritti di credito (a lungo esclusi poiché tutelati solo nei confronti del debitore) per arrivare alla risarcibilità di situazioni di fatto, interessi legittimi ed interessi giuridicamente tutelati. Quest'ultima categoria ricomprende quegli interessi che, seppur non protetti come diritti soggettivi, risultano comunque tutelati dall'ordinamento giuridico[55]. A tal proposito risultano molto interessanti le vicende giuridiche seguite alla tragedia di Superga del 1949[56], nella quale perse la vita l'intera squadra del Grande Torino, come anche il caso Meroni[57].

Elemento fondamentale, che deve necessariamente concorrere affinché sia possibile parlare di responsabilità extracontrattuale è il nesso di causalità[58] tra fatto ed evento lesivo: per attribuire ad un soggetto l'obbligo di risarcire un determinato danno, è necessario verificare che è stata proprio quella determinata condotta a causare l'evento

[54] G. VISINTINI, *op. cit.*
[55] Cass. sez. un. 15 gennaio 2009 n. 794, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4, p. 793.
[56] Cass. civ. sez. III, 4 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1087 ss.
[57] Cass. civ., 26 gennaio 1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, n.39, c. 342.
[58] G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 553 ss.

che, a sua volta, ha cagionato il danno. Dal punto di vista naturalistico, possono definirsi cause di un determinato evento tutte le condotte senza il cui concorso l'evento stesso non si sarebbe prodotto, ma quel che può rilevare ai fini della determinazione della responsabilità è una causa giuridicamente rilevante. Il rischio dell'applicazione della teoria della "causalità materiale", che considera l'evento come *condictio sine qua non* del verificarsi del danno, è che si possa incorrere in una *probatio diabolica* per la quale il percorso a ritroso diventi inarrestabile[59]. Per questa ragione è preferibile il criterio della «causalità adeguata»[60], secondo il quale una determinata condotta è causa di un evento sulla base di un giudizio *ex ante* di prevedibilità ed evitabilità. In altre parole, se quella condotta, sulla base delle comuni regole d'esperienza, è normalmente adeguata a cagionare l'evento dannoso, allora si potrà considerare sussistente il nesso di causalità. Per evitare di risalire a ritroso *ad infinitum*, se si è in presenza di una "causa prossima" che risulta di per sé sufficiente a giustificare il verificarsi dell'evento, allora si considera interrotto il nesso causale con le c.d. "cause remote", le concause che hanno creato i presupposti per il verificarsi delle successive. Questo principio è sempre valido, purché il soggetto al quale è ascrivibile la "causa remota" non sia stato in condizione di prevedere o evitare la "causa prossima": in caso contrario, infatti, anch'egli risponderà dell'evento dannoso.

La prima sentenza italiana riguardante la responsabilità extracontrattuale nei confronti del nascituro risale al 31 luglio 1950 e fu emessa dal Tribunale di Piacenza[61]. In tale circostanza fu ritenuto responsabile un genitore per aver trasmesso al figlio una grave malattia ereditaria della cui esistenza era consapevole. Le reazioni alla sentenza furono molteplici, per lo più contrarie e, tra le motivazioni addotte, si sottolinea quella di Carnelutti per il quale, essendo l'atto causante la responsabilità generativo della vita del danneggiato, non poteva esservi danno[62] perché, in sua mancanza, egli non sarebbe esistito[63]. Seguendo tale orientamento, diverse pronunce successive[64] risolsero negativamente altri casi in materia, ma la vera linea direttrice è stata per anni la sentenza n.3467 della III sezione civile della Corte di cassazione emessa il 28 dicembre 1973[65]. La Suprema Corte, in tale circostanza, esaminò in termini generali la risarcibilità di tutti i danni cagionati al concepito per responsabilità aquiliana, escludendo ogni equiparazione al nato, sulla base di diverse considerazioni. La prima di queste riguarda

---

[59] A riguardo, è esempio di scuola considerare che, risalendo a ritroso nelle possibili concause, si potrebbe concludere che l'evento causato dal soggetto sia in realtà imputabile ai genitori per il solo fatto di aver messo alla luce il danneggiante, benché ciò sia un assurdo giuridico.

[60] Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 576, 579, 582, 583, 584 in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, XIX ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 857.

[61] Trib. Piacenza 31 luglio 1950 in *Foro it.*, 1951, I, c. 987.

[62] P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 614.

[63] F. PARENTE, *La responsabilità dei genitori per malformazioni genetiche o infettive: l'eterogeneità dei comportamenti*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op cit.*, p. 124.

[64] Corte d'appello di Roma 14 giugno 1956, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1957, II, p. 134; Tribunale di Lecce, 2 febbraio 1960, in *Arch. resp. civ.*, 1960, p. 300.

[65] Cass. 28 dicembre 1973 n. 3467 in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 1930.

una interpretazione restrittiva dell'articolo 1 comma 2 c.c., che subordina all'evento della nascita i diritti che la legge riconosce a favore del concepito; in secondo luogo, si noti che l'impostazione tradizionale della responsabilità aquiliana si basa sulla concezione formalistica del fatto illecito, per cui è risarcibile il danno ingiusto che leda un diritto soggettivo assoluto ed esistente in concreto, situazione non corrispondente quindi a quella del nascituro.

Tale concezione restrittiva è mutata nel corso degli anni successivi. La Cassazione[66] ha ritenuto di non condividere l'asserzione secondo la quale, ai fini del risarcimento del danno extracontrattuale, sia necessaria la permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato, necessario solo in relazione all'evento. In altre parole, una impostazione più corretta dell'attribuzione della responsabilità si struttura su una molteplicità di elementi: il nesso di causalità[67] tra il fatto (azione od omissione) doloso o colposo ed il danno cagionato, l'imputabilità dell'evento al soggetto danneggiante, l'effettività e l'ingiustizia del danno subito dal soggetto danneggiato. Verrebbe così meno il requisito della intersubiettività[68], facendo ruotare la tutela sulla sufficienza del nesso eziologico, inteso come rapporto consequenziale tra fatto ed evento. Il nascituro concepito all'epoca del fatto illecito sarebbe quindi, una volta nato, titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni provocatigli da tale evento[69].

Una conferma giurisprudenziale di siffatta impostazione si evidenzia nella sentenza n.11625 della Corte di cassazione[70], che costituisce una svolta drastica nella concezione tradizionale della risarcibilità del danno. Con questa pronuncia la Corte Suprema ha confermato la sentenza appellata, legittimando la costituzione di parte civile del minore e riconoscendo a questi il risarcimento del danno biologico, morale e patrimoniale cagionatogli dalla morte del padre, avvenuta a causa di un incidente stradale in un momento successivo al concepimento ma precedente alla nascita. Questo orientamento è stato confermato anche di recente con sentenza n. 9700 del 3 maggio 2011 resa dalla Corte di cassazione[71]. Tali decisioni si fondano sulla progressiva espansione della configurazione della responsabilità extracontrattuale, non più limitata alla categoria dei diritti soggettivi in senso stretto (da taluni[72] addirittura ulteriormente circoscritti a quelli di natura patrimoniale).

Al concepito viene oggi riconosciuto generalmente il diritto al risarcimento del danno biologico, del danno patrimoniale per la lesione della capacità lavorativa e del

---

[66] Cass. 22 novembre 1993 n. 11503 in *Foro It.*, 1994, I, c. 2479; D. CARUSI, nota a Cass. 22 novembre 1993 n. 11503, *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 550.
[67] F. PARENTE, *La responsabilità da malpractice medica nei confronti dei genitori e l'azione diretta del figlio*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona Fisica, op. cit.*, p. 129.
[68] G. SEBASTIO, *op. cit.*
[69] G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 425 ss.
[70] Cass. civ. 21 giugno 2000 n. 11625 in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 771.
[71] Cass. civ. 3 maggio 2011 n. 9700 in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 92.
[72] G. VISINTINI, *op.ult.cit.*

danno morale[73]. Se la portata dell'evoluzione giurisprudenziale è tale da ricomprendere nel novero dei danni risarcibili una serie di fattispecie avulse dalla categoria dei diritti soggettivi[74], si rende necessaria una trattazione almeno esemplificativa di quelle che sono le pronunce più rilevanti in tema. Nel 1957 la Corte dei conti[75] riconobbe la pensione di guerra ad un bambino che, al momento della morte del padre, non era ancora nato. Con la sentenza n.184 del 4 luglio 1986 la Corte costituzionale[76] ha stabilito per la prima volta che il danno biologico è correlato alla lesione della salute cagionata dall'evento dannoso, mentre il danno morale subiettivo ed il danno materiale appartengono al danno-conseguenza in senso stretto. Con una lettura novativa del regime della responsabilità civile, tale sentenza ha tracciato un sistema tripartito: il danno biologico come lesione dell'interesse alla tutela dell'integrità psico–fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico–legale, inteso come danno–evento, risarcibile *ex sé* in base al disposto dell'art.2043c.c.; il danno patrimoniale consequenziale quale lesione della salute o dell'integrità della persona nella sua fisicità, rapportato alla sussistenza di un pregiudizio economico; il danno non patrimoniale, come turbamento transeunte dello stato d'animo della vittima, nella fisionomia di danno morale subiettivo, da risarcire nei casi espressamente previsti dalla legge[77].

La radicale differenziazione tra danno biologico e danno patrimoniale ha un rilievo notevole, poiché la Cassazione si è attestata su una impostazione che vede il danno biologico come eccedente l'ambito somato-psichico individuale, riguardando il danno alla salute come categoria generale della sfera non patrimoniale. La depatrimonializzazione della responsabilità[78] porta a collocare, accanto alle entità economiche, i diritti fondamentali dell'uomo tutelati dalla Costituzione[79]: il diritto alla salute rientra così nella condizione unitaria della persona, e si considera leso anche in presenza di un fatto concretamente non rilevante ma astrattamente idoneo a ledere il bene tutelato. Si parla così di danno esistenziale, delineato in due modelli: danno esistenziale conseguente ad un peggioramento della qualità della vita per lesione dei diritti fondamentali della persona[80] (che si affianca al danno biologico, ma ad esso non si surroga[81]); danno esistenziale includente il danno biologico, che prescinde dalla lesione di un diritto fondamentale della persona e si estende a tutti i settori della

---

[73] F. PARENTE, *La responsabilità da malpractice medica nei confronti dei genitori e l'azione diretta del figlio*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 128.
[74] C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 457 ss.
[75] Corte dei conti 19 febbraio 1957, in *Giur. it.*, 1957, p. 203.
[76] Corte cost. 4 luglio 1986 n.184 in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 392.
[77] F. PARENTE, *Il danno alla persona tra unitarietà delle assiologie e depatrimonializzazione della responsabilità*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 504-505.
[78] P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art.2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 521.
[79] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ESI, 2006, p. 759 e 762.
[80] P. PERLINGIERI, *ibidem.*
[81] G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 2006, p. 199.

responsabilità civile[82]. Quest'ultima categoria di danno aveva dato luogo a duplicazioni risarcitorie ingiustificate[83] e tanto ha portato le sezioni unite della Corte di cassazione[84] a pronunciarsi in merito fissando un principio base: il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva. E', pertanto, scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il c.d. "danno morale soggettivo", inteso quale sofferenza psichica transeunte, dagli altri danni non patrimoniali: la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante. Da questo principio è stato tratto un corollario: non è ammissibile, nel nostro ordinamento, la risarcibilità a se stante di un danno definito "esistenziale", inteso quale la perdita del fare, aredditiuale, della persona. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile ex art. 2059 c.c., e che non può essere liquidato separatamente solo in quanto diversamente denominato.

6. «L'embrione è uno di noi». In questa frase del Comitato Nazionale per la Bioetica si racchiude il senso di quel che può essere il pensiero giuridico dei giorni nostri. L'ampia proliferazione di norme nazionali e convenzioni internazionali che hanno accolto l'estensione di molte forme di tutela anche al nascituro dimostra come la cultura giuridica contemporanea si sia sviluppata ed evoluta nel tempo con riferimento alla considerazione del concepito come persona.

La ragione logica di tale mutamento si fonda sull'applicazione del principio di precauzione[85], poiché l'identità individuale potrebbe sussistere anche in mancanza dei mezzi adeguati per la sua verifica. La conclusione, pertanto, varia in base al modo di sentire in coscienza come si debba intendere l'embrione sin dal momento della fecondazione[86]. Se lo si vuole riconoscere come un altro individuo umano, non si riterrà sufficiente la mancanza di un criterio dirimente e scientificamente certo per il riconoscimento di uno stato acclarato[87]. Diversamente, si accoglierà la mancanza di tale dato scientifico come un sostegno al proprio convincimento interno già consolidato.

In tal modo, è evidente come la questione ontologica sulla natura dell'embrione,

---

[82] F. PARENTE, *ivi*, p. 506.

[83] P. PERLINGIERI, *Introduzione al Seminario dal titolo "La concezione del danno non patrimoniale alla luce dei più recenti indirizzi giurisprudenziali", svolto a Firenze il 9 dicembre 2008.*

[84] Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n.26972, in *Danno resp.*, 2009, p. 19 ss.

[85] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, cit.*

[86] A. BALDASSARRE, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in G. BISCONTINI, L. RUGGIERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, ESI, 2002, p. 35 ss.

[87] CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Donum Vitae, il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987, in *Lista completa dei documenti, www.vatican.va*

pur essendo rilevante da un punto di vista etico, non possa essere risolta in modo assoluto allo stato attuale delle conoscenze umane[88]. Oggi, tuttavia, è sempre più diffusa la convinzione che l'embrione sia una persona sin dalla fecondazione[89], ed a tale convincimento sociale non si può non dar atto nel momento in cui si prendono in considerazione i rapporti che possono intercorrere tra la morale ed il diritto. Non è necessario, in fondo, argomentare un tale convincimento, perché si basa sul dovere del rispetto e della tutela della natura umana, il quale si traduce nel favorire il pieno conseguimento ed esercizio delle capacità e delle funzioni di cui l'individuo è dotato. Un essere umano può non aver raggiunto la possibilità di esercitare alcune funzioni a causa dell'età, ed in tal senso ci sarebbe ben poca differenza tra un bambino nato da pochi giorni ed un feto concepito da pochi mesi, o ancora può non essere concretamente in grado di svolgere alcune attività tipiche della persona. A tal proposito, vengono facilmente in mente casi di interdizione o inabilitazione, od ancora tali facoltà, sebbene possedute in una qualunque fase della vita, possono essere perdute, per cause patologiche o per il semplice progredire dell'età.

Tutte queste circostanze, però, non possono influire sulla considerazione che si deve avere della dignità umana: pertanto, nonostante non sia scientificamente fondato trattare l'embrione come se fosse cosciente, libero, autodeterminato o capace di comunicare, sussiste il dovere di tutelarne l'esistenza e l'integrità[90] nel rispetto della sua natura[91]. Dal momento che ciascuno di noi è stato un embrione, passando per tutte le fasi dello sviluppo sino a formarsi come essere umano, è naturale sentire l'embrione come un proprio simile, per di più totalmente indifeso. Proprio come tale, esso suscita un atteggiamento di rispetto ed un dovere di cura, a prescindere dalla possibile applicazione di categorie giuridiche, filosofiche o scientifiche spesso controverse, contrastanti o incomplete.

Se l'unica conclusione possibile, da un punto di vista prettamente morale, è che l'embrione umano altro non sia che un piccolo essere umano che ha iniziato il suo cammino nel mondo, da un punto di vista giuridico il legislatore nazionale e straniero sembra aver avviato un percorso volto alla configurazione di un quadro normativo idoneo alla tutela del procreato, come dimostra la recente attenzione alla tematica della possibilità di prevedere l'adozione di embrioni rimasti inutilizzati a seguito del ricorso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita.

---

[88] G. FORNERO, *Bioetica cattolica e Bioetica laica*, Milano, Mondadori, 2005, p. 1 ss.
[89] F. PARENTE, *Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, p. 100 ss.
[90] S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, ESI, 2007, p. 20.
[91] GIOVANNI PAOLO II, *Enciclica "Evangelium Vitae*, 25 marzo 1995, n.61, Città del Vaticano, 1995, in *Lista completa dei documenti, www.vatican.va*

Anna Civita

ADOLESCENTI E INTERNET*

ABSTRACT	
L'adolescenza è una fase di passaggio, caratterizzata da emozioni contrastanti, in cui l'adolescente è alla ricerca di un proprio sé, ma al tempo stesso cerca di omologarsi alla società in cui vive. Per farsi accettare e per essere sempre in contatto con la famiglia e i coetanei, l'adolescente si avvale dei mezzi elettronici, con cui è facile potersi collegare alla Rete. Per questa ragione, gli adolescenti sono i più esposti al fenomeno del cyberbullismo, perché oggi la tecnologia permette ai bulli di infiltrarsi nelle case delle vittime, di materializzarsi in ogni momento della loro vita, perseguitandole con messaggi, immagini, video offensivi inviati con videotelefonini, o pubblicati su qualche sito con l'ausilio di Internet. Internet, inoltre, rappresenta un luogo di rifugio per coloro che non riescono a gestire le relazioni sociali o per coloro che fuggono dalla realtà, incorrendo nel nuovo malessere della dipendenza da Internet.	Adolescence is a period of transition, characterized by conflicting emotions, where the teenager is looking for its own self, but at the same time trying to homologate the society in which he lives. To be accepted and to be always in touch with family and peers, the teenager uses of electronic means, with which it is easy to be able to connect to the Internet. For this reason, adolescents are most vulnerable to the phenomenon of cyberbullying, because today technology allows bullies to infiltrate the homes of the victims, to materialize in every moment of their life, persecuting them with messages, images, videos offensive sent with camera phones, or posted on some sites with the help of the Internet. Internet also represents a place of refuge for those who are unable to manage social relationships or for those fleeing from reality, incurring in new malaise of Internet addiction.
Adolescenza - socializzazione - cyberbullismo - dipendenza	**Adolescence – socialization – cyberbullying - addiction**

SOMMARIO: 1. Chi sono gli adolescenti? – 2. La socializzazione reale e virtuale. – 3. Il cyber bullismo. – 4. La dipendenza da Internet.

1. Il tema dell'adolescenza è una scoperta dell'età moderna, in quanto fino al Settecento essa non era distinta dall'infanzia e la stessa infanzia era qualcosa di cui non si aveva una precisa consapevolezza; si trattava di un periodo di transizione che passava presto e di cui presto si perdeva il ricordo.

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

L'adolescenza si caratterizza come una fase di crescita, un'età di passaggio, quindi dell'incompiutezza e della condizione di transito, poiché l'adolescente non è più un bambino, ma non è neanche un adulto, è un soggetto alla ricerca di un approdo sociale riconoscibile e riconosciuto.

Inoltre l'adolescenza può essere considerata come "età lirica" caratterizzata dall'attenzione al sé, dal tentativo di dare senso alla propria soggettività contraddistinta da mente e corpo, da razionalità ed emozioni, da sogni e paure, da appartenenza e diversità.

A tal proposito, è possibile individuare diversi tipi di adolescenze:

1) Adolescenza adeguata: è quel processo di crescita che pone il ragazzo dinanzi a delle difficoltà e lo spinge a chiedere aiuto in maniera spontanea;

2) Adolescenza prolungata: in questo caso si assiste ad un arresto dell'adolescenza; si tratta di giovani che cercano di evitare scelte definitive e il diventare adulto significa rinunciare a poter divenire qualsiasi cosa;

3) Adolescenza sacrificata: sono adolescenti che per diversi motivi non possono disporre del tempo necessario alla formazione della loro personalità, perché ad esempio entrano precocemente nel mondo del lavoro o si ritrovano ad assumere precocemente ruoli genitoriali;

4) Adolescenza antisociale: vi fanno parte quegli adolescenti che tendono ad autoidealizzarsi e provano spesso piacere ad infliggere pene e dolori agli altri.

Durante il periodo adolescenziale si manifestano numerosi cambiamenti sia livello fisico che psicologico, poiché la vita di un individuo non è altro che un lento processo di continua e progressiva crescita del Sé, legato allo sviluppo delle personalità e delle identità di ogni essere umano. Infatti lo stesso Erikson sottolinea che il senso d'identità/del proprio Sé nasce dall'interazione costante tra il sentirsi veramente se stessi e la capacità di diventare ciò che gli altri si aspettano[1].

Tutto ciò che nell'infanzia era dato per scontato, dagli affetti alle certezze della propria esistenza, con l'adolescenza viene invece costellato da dubbi e perplessità, per cui l'interrogativo ricorrente durante la crescita dell'individuo resta sempre lo stesso: "Chi sono io?". Il corpo cambia in modo repentino, gli stimoli sessuali iniziano a farsi sentire, producendo curiosità e piacere, ma anche paure ed ansie, le emozioni si susseguono in un vortice tumultuoso in cui all'interno si contrappongono diversi stati d'animo.

Il desiderio di crescere ed emanciparsi spinge da una parte, ma dall'altra fa così paura da bloccare totalmente l'individuo. I genitori, dapprima visti onnipotenti, ora vengono tenuti a distanza e sottovalutati. La razionalità quasi sempre scompare ed è facile che si cerchi di apparire diversi da quello che realmente si è, solo per celare i sensi di inadeguatezza e di timidezza.

[1] A.M. VOLPICELLA, *L'adolescenza. Rischi e opportunità*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2008, p. 49.

In tutta questa confusione sembra veramente difficile rispondere alla domanda "chi sono io?", in quanto l'adolescente non lo sa più. Tutto nella sua vita sta cambiando, al punto da avere la sensazione di non possedere più un'identità, di averla smarrita e di doversela ricostruire.

Regoliosi[2] riscontra che negli anni sia incrementata la tendenza tra i ragazzi di voler anticipare l'età adolescenziale e, quindi, di essere sempre più precoci nel giungere all'età della pubertà. In tal senso, emerge come la condizione psicosociale di adolescente sia prolungata anche in età più avanzata. Oggi, infatti, la giovinezza si presenta come un prolungamento dell'età adolescenziale che va oltre i trent'anni, tanto che alcuni sociologi definiscono "adultescenza" questa nuova fase della vita caratterizzata da non-autonomia e dalla dipendenza dai genitori.

Particolarmente importante ed interessante risulta il periodo adolescenziale, che è generalmente descritto come un periodo di crisi, di ribellione e di cambiamenti ed è perciò un periodo della vita che spesso suscita ansia e apprensione negli adulti a causa delle numerose problematiche che lo contraddistinguono. Se da un lato possiamo trovare moltissime descrizioni di quelli che sono gli effetti e le conseguenze dell'adolescenza, non è altrettanto semplice, però, trovare una definizione di cosa sia l'adolescenza. Spesso essa è descritta in negativo, come ciò che non è, per cui l'adolescenza non è più fanciullezza, ma non è ancora adultità, dal momento che l'adolescente non è più un bambino, ma non è neanche un adulto; si può dire che essa sia «l'età dell'ancora e del non più, l'età del già e del non ancora»[3].

Il termine adolescenza deriva dal latino "adolescentia", con cui nell'antica Roma si indicava il periodo compreso tra i 17 e i 30 anni. L'etimologia è quella del verbo adolesco che significa crescere. La psicologia ha preso in prestito questo termine, ma il modo in cui viene usato e le modalità con cui i diversi periodi di vita vengono caratterizzati hanno subìto e subiscono continue modifiche[4].

Bonino[5] definisce l'adolescenza e la pre-adolescenza sostenendo che

> L'adolescenza è quella fase dello sviluppo umano, che generalmente occupa gran parte della seconda decade della vita, nel corso della quale l'individuo acquisisce sia le caratteristiche fisiche e bio-fisiologiche che lo fanno sentire adulto, sia le competenze cognitive e sociali appropriate per inserirsi a pieno titolo nel mondo adulto. [...] È ormai usuale dividere il periodo adolescenziale in due distinte fasi: quella della pre-adolescenza, che va all'incirca dai 12 ai 15 anni, e quella della vera e propria adolescenza, il cui limite temporale superiore può variare moltissimo sia in rapporto ai diversi individui sia anche in rapporto ai tratti considerati tipicamente adolescenziali (ad esempio la ricerca dell'autonomia psicologica, la perdurante

[2] L. REGOLIOSI, *La prevenzione del disagio giovanile*, Roma, Carocci Faber, 2010, p. 20 e ss.
[3] A. MUSCHITIELLO, *Ragazzi contro o contro i ragazzi? Dal bullismo alla criminalità*, Bari, Edizioni Giuseppe Laterza, 2008, p. 24 e ss.
[4] E. CONFALONIERI, I. GRAZZANI GAVAZZI, *Adolescenza e compiti di sviluppo*, Milano, Edizioni Unicopli, 2005, p. 17.
[5] S. BONINO, *Dizionario di psicologia dello sviluppo*, Torino, Einaudi, 1994, p. 9.

dipendenza economica, la presenza di una ricca gamma di interessi per i vari aspetti della vita e le varie forme di attività, la ricerca di una idea di sé sufficientemente stabile).

Momento iniziale dell'adolescenza, e sua conseguenza più evidente, è l'avvio dei cambiamenti di tipo fisico-corporeo tipici della pubertà. Tali cambiamenti sono talmente evidenti ed importanti nel processo di ristrutturazione del sé avviato nell'adolescenza, che alcuni autori fanno coincidere l'inizio dell'adolescenza proprio con l'inizio di questi cambiamenti.

Il processo di crescita fisica non segue nell'uomo un andamento costante; esso avviene in maniera molto veloce durante l'infanzia e subisce un arresto durante la preadolescenza, per tornare a presentarsi in maniera piuttosto brusca negli anni dell'adolescenza.

Se dunque la preadolescenza si caratterizza come un periodo in cui lo sviluppo corporeo sembra essersi fermato, durante i primi anni dell'adolescenza si verifica uno "scatto di crescita" costituito da cambiamenti corporei profondi e abbastanza repentini, che si avvia per le ragazze tra i 10 e i 13 anni per concludersi intorno ai 17 anni, mentre nei ragazzi si avvia con qualche anno di ritardo rispetto alle ragazze, ma avviene molto più velocemente, tanto da terminare prima rispetto a quello delle ragazze[6].

La rappresentazione del corpo durante il periodo adolescenziale è accompagnata da conflitti che si risolvono in una continua accettazione e rifiuto dello stesso. Il corpo diventa amato e odiato allo stesso tempo, diviene il mezzo attraverso il quale l'adolescente forma la propria identità. Tale trasformazione incomincia ad essere ritualizzata, infatti gli adolescenti attuali appaiono impegnati nella manipolazione del corpo forse più di quelli di generazioni precedenti e cercano anche di esprimere un qualche messaggio attraverso lo stesso, verso l'esterno, rappresentando molte volte uno schermo della propria individualità.

Insieme allo sviluppo fisico e corporeo si avvia, in questa età, anche la maturazione sessuale, che si figura principalmente con lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari e questo particolare aspetto dello sviluppo adolescenziale è quello maggiormente legato all'acquisizione dell'identità di genere, in quanto le differenze tra i due sessi iniziano ad essere più marcate[7].

Un altro grande cambiamento che coinvolge l'adolescente avviene a livello cognitivo, con lo sviluppo di nuove e più mature forme di pensiero, successivo a quello corporeo, per cui la mancata sincronia tra sviluppo corporeo e mentale costituisce un forte disagio nell'individuo.

Da un punto di vista intellettuale, in questi anni il soggetto impara a padroneggiare il pensiero ipotetico – deduttivo e inizia a sviluppare un linguaggio ed un atteggiamento più consoni rispetto a quelli dell'età infantile, così da riuscire a rapportarsi

[6] CONFALONIERI, GRAZZANI GAVAZZI, *op. cit.*, p. 45.
[7] A. PALMONARI, *Psicologia dell'adolescenza*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 91.

maggiormente con l'adulto. L'adolescenza è, in tal senso, rivolta verso la ricerca di nuove esperienze sociali, ideologiche, culturali, finalizzate soprattutto alla costruzione di una personale identità.

Negli anni di crescita e di ricerca del proprio "Io", l'adolescente deve misurarsi con fatti, esigenze, impegni del tutto nuovi, il cui scopo principale è l'inserimento nella società.

Tra i principali compiti connessi con l'età adolescenziale si individuano:

- la partecipazione ai gruppi;
- lo sviluppo di autonomia ed indipendenza;
- l'accettazione delle proprie pulsioni;
- il saper instaurare e mantenere rapporti con i coetanei di stesso sesso e anche diverso;
- lo stabilire un'interazione adeguata con scuola, mondo del lavoro e contesto sociopolitico;
- il sapersi adattare ai rapidi cambiamenti fisici.

Anche lo sviluppo cognitivo, come quello fisico–corporeo, risente di alcune differenze individuali, dipendenti da variabili di tipo socio–demografico, come l'estrazione sociale, il grado di scolarizzazione e il tipo di indirizzo scolastico scelto, tanto che ragazzi provenienti da realtà sociali e familiari più stimolanti presentano generalmente capacità mentali superiori rispetto ai coetanei provenienti da realtà economicamente e culturalmente svantaggiate[8].

L'adolescenza è probabilmente il periodo della vita in cui le emozioni si manifestano e vengono vissute con maggiore intensità; infatti è il periodo delle grandi amicizie e dei primi amori, ma anche di forti scontri con il mondo degli adulti.

Famiglia, scuola e società, devono perseguire obiettivi specifici volti alla responsabilizzazione delle generazioni future, con funzioni ben precise che esigono:

- Un'educazione alla volontà: imparare ad essere padroni delle proprie azioni, saper gestire la propria libertà, saper perseguire il proprio autonomo fine;
- Un'educazione alla capacità di ascolto: ascoltare non solo l'interlocutore con cui si comunica, ma anche se stessi, le proprie esigenze, le proprie capacità e volontà;
- Un'educazione al pensiero critico: saper controllare il proprio pensiero sottoponendolo a verifica prima di esporlo agli altri, saper mutare parere senza sentirsi sconfitti quando ci si accorge di non aver ragione, saper riconoscere negli altri delle veridicità non inquadrabili nelle proprie idee mentali;
- Un'educazione alla libertà: comprendere quanto sia importante la propria libertà, ma anche quella degli altri e, al contempo, che sia una conquista difficile, mai definitiva, perché in ogni situazione della vita ci sarà sempre qualcuno pronto e sovrastare la libertà altrui;

[8] REGOLIOSI, *op. cit.*, p. 20 e ss.

- Un'educazione alla legalità: comprendere che senza norme condivise nessuna vita di gruppo sia possibile[9].

> Gli adolescenti sono considerati dei "ragazzi difficili", vulnerabili, insicuri, che hanno bisogno di essere presi per mano dai genitori, dagli insegnanti e dagli educatori che operano in tutti i contesti educativi. È quindi di fondamentale importanza
>
> Comprendere il mondo del minore e collocarsi in una logica di ristrutturazione, ma tramite un percorso che porti l'educatore a immedesimarsi nel ruolo di attore sociale o a-sociale o ancora anti-sociale, giocato dal ragazzo[10]

Occorre che ci sia una ri-educazione che favorisca negli adolescenti la costruzione di un'adeguata identità personale e sociale e la conquista di una reale autonomia. Obiettivi che consentiranno loro di essere realmente protagonisti della propria storia individuale e di quella collettiva.

2. Nella fase dell'adolescenza di fondamentale importanza risulta il processo di socializzazione, attraverso il quale si acquisiscono valori, norme, atteggiamenti e comportamenti generalmente condivisi all'interno della società o di uno specifico gruppo d'appartenenza.

La socializzazione permette la regolamentazione del comportamento di un membro della società, rappresentando anche un prerequisito indispensabile per la formazione dell'individualità e dell'autoconsapevolezza della personalità umana, che dipende sia dal patrimonio genetico sia dall'interazione dell'individuo con le condizioni di vita sociali.

Importante è la distinzione tra livello formale e informale di socializzazione all'interno dei processi educativi: per livello formale si intende sottolineare l'intenzionalità e la progettualità del processo educativo, riscontrabile per esempio nella famiglia e nella scuola; il livello informale descrive, invece, tutte quelle relazioni sociali che producono un effetto socializzante senza che questo sia intenzionalmente previsto o atteso in modo esplicito da parte di chi partecipa a quella determinata situazione, per esempio l'aggregazione giovanile in gruppi spontanei.

Il passaggio da una socializzazione informale ad una più formale si verifica, come evidenziato da Durkheim e Weber, quando

> Il patrimonio culturale da trasmettere diventa vasto e complesso e la divisione del lavoro all'interno della società richiede individui addestrati sempre meglio per svolgere determinati ruoli lavorativi per i quali è necessaria una preparazione specifica[11].

[9] VOLPICELLA, *op. cit.*, p. 140 e ss.
[10] L. ROSSI, *Adolescenti criminali: dalla valutazione alla cura*, Roma, Carocci, 2004, p. 33 e ss.
[11] E. BESOZZI, *Società, cultura, educazione*, Roma, Carocci, 2007, p. 112.

Per Cesareo

> La socializzazione comprende tutto quanto attivamente o passivamente concorre all'inserimento di un individuo nei gruppi sociali e, in particolare dal punto di vista sociologico, ogni elemento della complessa relazione esistente fra la struttura sociale e la formazione della personalità[12].

Importante classificazione avviene distinguendo la socializzazione tra primaria e secondaria. La prima, avviene nei primi anni di vita del bambino ed è rivolta alla formazione delle competenze sociali di base, quali l'acquisizione del linguaggio, la capacità di relazione, gli scambi affettivi; la seconda inizia invece quando il bambino, crescendo, entra nella scuola e mira alla formazione delle competenze specifiche, necessarie per lo svolgimento dei vari ruoli sociali, evolvendo il bambino verso forme più mature di sviluppo. Quest'ultima avviene, in particolare, coinvolgendo i propri fratelli e coetanei interni ed esterni alla famiglia[13].

Nel corso della socializzazione primaria, caratterizzata da un rapporto molto intenso tra madre e figlio, l'obiettivo principale è quello di motivare il bambino ad affidarsi agli altri. L'attaccamento alla madre, o ad una figura parentale fondamentale per il bambino, è considerato la base per uno sviluppo sociale e cognitivo adeguato. I bambini hanno una predisposizione innata a stabilire relazioni sociali con le figure di attaccamento e le successive relazioni saranno basate sul tipo di legame precedentemente instaurato.

La qualità delle relazioni infantili con il rispettivo attaccamento ad una figura specifica influenzano specialmente i successivi rapporti con i coetanei. Per esempio, un bambino al quale sono stati soddisfatti tutti i bisogni emotivi da parte di una figura responsabile e disponibile avrà sviluppato un'adeguata autostima attraverso la quale l'approccio con i coetanei sarà più positivo[14].

Per poter instaurare relazioni significative con i coetanei, l'individuo deve cooperare con essi in un rapporto di parità e questa è di per sé un'importante conquista sul piano delle abilità sociali.

Nel processo di socializzazione, grazie alla continua interazione con genitori, parenti, insegnanti e coetanei, l'individuo apprende e interiorizza le norme della società di cui fa parte, trasformandole in norme morali che guideranno la sua condotta e che lo faranno sentire in colpa o a disagio, nel caso in cui le volesse violare.

Si evince un assunto ambivalente alla base del processo: da un lato infatti esso fa riferimento all'acquisizione nel corso dell'infanzia e dell'adolescenza di modelli comportamentali rappresentati dalla generazione dei genitori; dall'altra presuppone lo

[12] Ivi, p. 115.
[13] A. BAGNASCO, M. BARBAGLI, A. CAVALLI, *Elementi di sociologia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 107.
[14] F. MARINI, C. MAMELI, *Il bullismo nelle scuole*, Roma, Carocci, 2000, p. 11 e ss.

sviluppo dell'individuo come attore indipendente e socialmente competente di un complesso di relazioni sociali[15].

Questo è un processo che si realizza nel corso dell'intera esistenza dell'individuo, specialmente nella società contemporanea ove è frequentemente richiesto l'adattamento a nuove situazioni e l'apprendimento di ruoli e valori sempre diversi.

L'interazione sociale che avviene attraverso la socializzazione, specie tra gruppi di coetanei, è governata da fattori ed affinità circa l'età, il sesso, il ceto, il livello di cultura e il carattere di coloro i quali ne fanno parte.

La socializzazione si modifica nel tempo e con essa anche le relazioni assumono nuove dimensioni. Ciascun rapporto ha la sua storia, un suo svolgimento, sia per i motivi che lo creano e consolidano, sia per gli aspetti che lo rendono "unico" rispetto agli altri, in momenti più o meno positivi che siano[16].

Si evince una mutazione del processo a seconda della fascia di età presa in considerazione. I bambini interagiscono con altri bambini già in età molto precoce, quando ci si accorge della presenza di coetanei e si mostra loro il proprio interesse, attraverso gesti e comportamenti consoni al primo anno di vita. L'evoluzione dell'interazione bambino – bambino diventa più significativo e si arricchisce tra i due e tre anni, momento in cui si assimilano norme e comportamenti del "vivere in gruppo", quale, per esempio, il saper attendere il proprio turno.

In questo periodo i bambini mostrano particolari comportamenti prosociali, quali la capacità di condivisione, la cooperazione, la richiesta di reciproco aiuto e la generosità.

Solamente in una fase più matura, verrà fuori l'egocentrismo e l'attaccamento agli oggetti piuttosto che alle persone, da parte del soggetto[17].

Ciò che il bambino apprenderà in tenera età, sarà poi il frutto delle relazioni che riuscirà ad instaurare in età adolescenziale, periodo nel quale si cerca sempre di prevaricare il prossimo, di mostrarsi non sempre per quello che effettivamente si è, di "farsi notare" nel bene o nel male. Scompare il "fine divertentistico" delle relazioni infantili, lasciando spazio ad un "fine esibizionistico", caratterizzante l'adolescente.

La relazione sociale fondamentale per l'individuo e che avviene tramite la socializzazione stessa, è la relazione amicale, la quale offre all'individuo particolari conoscenze ed esperienze di intimità e fiducia al di fuori della cerchia familiare, con una persona liberamente scelta[18].

Non si può ignorare che nella società attuale è sempre maggiore l'avanzamento tecnologico specie nelle nuove generazioni. Ne è frutto l'importanza acquisita dalla comunicazione di massa nel processo di socializzazione dei "nuovi giovani".

I mass media costituiscono un elemento centrale nell'aggregazione e negli scambi.

[15] BAGNASCO, BARBAGLI, CAVALLI, *op. cit.*, p. 108.
[16] N. GALLI, *L'amicizia, dono per tutte le età*, Milano, Vita e Pensiero, 2004, p. 65 e ss.
[17] MARINI, MAMELI, *op. cit.*, p. 24 e ss.
[18] Ivi, p. 26 e ss.

Il loro ruolo e il loro tipo di influenza sono da considerare in relazione ai contesti socio - culturali di riferimento.

La socializzazione svolta dai mass media produce principalmente due tipi di effetti:

- Educativo ed informativo, attraverso libri, trasmissioni e siti internet con strategie intenzionali volte all'istruzione e alla formazione del giovane.
- Distruttivo ed illusorio, a causa di programmi televisivi e di "modelli ideali" che creano nell'individuo in crescita un senso di inadeguatezza e disagio.

In particolare i mass media fungono da agenzia di socializzazione, in quanto forniscono informazioni ed intrattenimento attraverso cui gli individui accrescono la propria consapevolezza della realtà sociale ed allargano la sfera delle proprie conoscenze, che possono utilizzare negli scambi sociali[19].

Dunque, durante il periodo adolescenziale ha inizio la formazione del proprio Sé, della propria identità, che è alla base dell'autostima e della fiducia in se stessi. In adolescenza i ragazzi possono, per tale ragione, non riuscire a trovare le giuste parole con le quali poter esprimere le emozioni che li pervadono e le tensioni legate alle trasformazioni corporee, mentali e cognitive. Pertanto, in questo difficile periodo, nel mentre si cerca di dare un senso soggettivo alle diverse trasformazioni in corso, un ruolo di rilevante importanza assume il gruppo dei pari. Se durante la prima infanzia l'universo del bambino è rappresentato dalla madre o da chi in generale si prende cura di lui, nella preadolescenza, invece, l'appartenenza al gruppo dei pari diventa un bisogno, poiché il gruppo rappresenta il luogo di confronto, di scontro, di discussione, di valutazione delle proprie capacità. Il gruppo dei coetanei ha la funzione di facilitare il distacco dall'infanzia e dai legami familiari. Il modo di relazionarsi con il gruppo cambia nel tempo e idealmente è possibile suddividere l'adolescenza in due fasi: prima adolescenza e tarda adolescenza.

Durante la prima adolescenza (10-12 anni) si ha la formazione di gruppi dello stesso sesso. In questa fase l'altro rappresenta lo specchio di sé, quindi il/la ragazzo/a si identifica nel gruppo e questo rappresenta la proiezione di quello che si sente di essere.

Durante la tarda adolescenza, invece, si assiste alla formazione del gruppo misto per cui all'interno del gruppo dei pari ogni membro esprime la propria tendenza.

L'adolescente sperimenta nel gruppo il sentimento di essere nello stesso tempo uno, nessuno, centomila: uno come il ricordo del passato, nessuno come esperienza interna attuale, centomila come i frammenti del suo Io momentaneamente in crisi[20].

I gruppi adolescenziali sono democratici e paritetici; inoltre fare gli stessi gesti, usare lo stesso linguaggio, vestirsi nello stesso modo, comporta l'annullamento delle differenze e tali gesti conducono l'adolescente ad imboccare la strada verso la crescita psicologica.

[19] BESOZZI, *op. cit*., p. 318 e ss.
[20] F. DE LUMÈ, *Adolescenza e adolescenti*, Lecce, Manni, 2000, p. 63.

Nel gruppo dei pari è importante valorizzare le diversità di ogni componente, poiché questo si presenta essere come portatore di idee, stili di vita differenti che contribuiscono ad accrescere le risorse all'interno dello stesso gruppo, consentendo all'adolescente di mantenere vivo il desiderio di apprendere, di mettere in discussione le proprie idee e di acquisirne di nuove. Quindi il gruppo dei pari offre accoglienza, protezione e riconoscimento per la nuova identità che si sviluppa nei/nelle ragazzi/e. In questo modo si sentono liberi di sperimentare nuove regole, nuovi modi di stare in relazione e realizzare nuove dimensioni, quali l'autonomia, la creatività, l'affermazione personale, la sessualità.

Vivendo in una società che potremmo definire tecnologica, una società del web, una società della Rete, l'utilizzo del pc e dei social network rappresenta una realtà che accomuna i gruppi adolescenziali e coloro che si differenziano nell'uso di queste tecnologie tendono ad essere estraniati ed emarginati dai propri coetanei.

Tuttavia la Rete, come ogni altro strumento della nostra realtà culturale, non si può dire se sia negativo o positivo in sé, poiché questo dipende dall'utilizzo che se ne fa.

La popolarità dei siti di social network, ad esempio Facebook, Twitter, Instagram e così via, cresce e diminuisce molto velocemente, perché è fortemente connessa al modo in cui questi siti supportano la socialità tra gruppi di amici. Gli adolescenti, infatti, si uniscono ad una specifica rete sociale per mantenere i contatti con i loro amici e, non appena il gruppo di amici si sposta verso un nuovo e diverso luogo di socializzazione, quello precedente viene dissertato. La rete fornisce agli adolescenti la possibilità di un contatto facile con i coetanei con cui condividere esperienze, impressioni, pensieri, sensazioni, ottenendo un lenimento per le angosce identitarie[21].

Sull'utilizzo dei social network nell'ambito adolescenziale sono stati condotti dei primi lavori che hanno permesso di individuarne diverse categorie di utilizzatori. Dai risultati emersi ritroviamo:

a) Gli specialisti: ossia ragazzi che spendono molto tempo nell'uso dei computer per attività specifiche, quali ad esempio l'ascolto della musica o la lettura di articoli;

b) Gli appassionati dell'intrattenimento sullo schermo: ossia ragazzi che passano la maggior parte del tempo utilizzando media che forniscono forme di intrattenimento, quali la televisione o i videogiochi;

c) I tradizionalisti: ossia fruitori dei media tradizionali;

d) Gli scarsi utilizzatori: ossia coloro che nel complesso usano poco tutti i media disponibili.

Questi dati, combinati con i modelli di mascolinità e femminilità, danno vita a nuove e diverse modalità d'uso delle tecnologie adottate dagli adolescenti:

a) I *tecno boys* o ragazzi tecno: sono coloro che hanno una buona conoscenza del computer, il che ha un ruolo importante nella loro vita, poiché influenza le attività periferiche del mondo libero e le amicizie;

[21] G. MURA, D. DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, Milano, Guerini e Associati, 2012, p. 31.

b) I *lads*: sono ragazzi che usano i computer solo per attività considerate maschili, come giochi, attività inerenti lo sport, immagini femminili;

c) Le *computer competent girls*: ossia ragazze che possono essere considerate il corrispettivo femminile dei ragazzi tecno;

d) Le *ludettes*: sono quelle ragazze che si considerano negate per l'utilizzo dei social network e della tecnologia in generale[22].

Attraverso i mezzi di socializzazione, l'individuo ha, come sostengono Erikson e Fromm, la «possibilità di entrare in accordo con la realtà e, nello stesso tempo, di trasformarla»[23].

Le reti sociali online sono diventate un veicolo significativo delle interazioni le cui modalità possono influire sul processo di trasformazione del sé e qui viene in aiuto l'interazionismo simbolico, secondo cui l'identità si forma attraverso i processi di comunicazione e interazione, sulla base del modello "stimolo-interpretazione-risposta". Dunque l'identità appare in continua trasformazione nel corso del tempo e il cyberspazio costituisce il luogo in cui si possono sperimentare i molteplici aspetti del proprio io. La dimensione virtuale assume un valore significativo per poter creare nuove esperienze e relazioni, nonché ponti con personalità diverse e i differenti aspetti della propria personalità[24].

I social network costituiscono un nuovo strumento di socializzazione che si pone a cavallo tra le dimensioni offline e online della vita quotidiana e contraddistinguono la volontà degli utenti della Rete di essere sempre in contatto con familiari e amici. In tal senso, dunque, i social network hanno la peculiarità di favorire la costruzione, il mantenimento ed il rafforzamento del proprio capitale sociale a seconda delle necessità lavorative, amicali, sentimentali, ludiche. Attraverso i social network è quindi possibile osservare i comportamenti degli individui e quindi le modalità di aggregazione e di confronto con gli altri, gli stati d'animo del soggetto nel momento in cui si collega, le sue opinioni su eventi politici o culturali e gli interessi personali[25].

La Rete, tuttavia, pur essendo uno degli strumenti che può favorire il passaggio adolescenziale, non è esente da rischi, soprattutto per coloro che sono più fragili. Inoltre, la tecnologia consente all'adolescente di soddisfare tre fantasie principali:

1) Poter scegliere in ogni momento dove dirigere la sua attenzione;
2) Essere ascoltato;
3) Non essere mai solo.

Così facendo però i ragazzi diventano sempre più spaventati e incapaci di gestire la loro intimità. I social network, così come le chat e molti dei nuovi prodotti "social",

[22] Ivi, p. 17 e ss.
[23] REGOLIOSI, *op. cit.*, p. 28.
[24] A. BUCCIERI, *Comunicare nel virtuale: itinerari di socializzazione all'interno dei social networks*, in R. RAUTY (a cura di), *Il sapere dei giovani*, Roma, Aracne, 2011, p. 283 e ss.
[25] D. DE NOTARIS, *Dal file-sharing al life-sharing. I social networks come strumenti di memoria*, in RAUTY, *op. cit.*, p. 285 e ss.

sono disegnati per fornire l'illusione della compagnia eludendo le complessità dei rapporti di amicizia reali. In più, non bisogna sottovalutare che nella fase di sviluppo dell'autonomia vi è una maggiore difficoltà a sviluppare il senso di responsabilità e di indipendenza derivante dalla sensazione di essere parte di un network sempre presente.

Ne deriva la necessità di insegnare ai ragazzi il corretto utilizzo di Internet, ormai costantemente presente nella vita di tutti. Per il suo corretto utilizzo occorre:

a) Precisare le regole riguardanti password, account e blog personali;

b) Specificare la differenza tra vita reale e virtuale;

c) Individuare situazioni di pericolo e quelle che possono portare disagio o sofferenza[26].

La socializzazione è dunque un processo di interazione dal quale non si può prescindere, che inizia durante l'infanzia e procede nel corso della vita, in cui gli adulti continuano ad imparare ad adempiere alle loro funzioni nell'ambito della loro società[27].

3. Attualmente si sente spesso parlare di disagio giovanile, fenomeno, questo, il più delle volte associato a importanti casi di cronaca che vedono come protagonisti i giovani adolescenti. Il termine "disagio" indica generalmente uno stato di malessere, di turbamento e sembrerebbe essere generato dal desiderio di un qualcosa che i ragazzi sentono loro negato[28].

Una forma di espressione del disagio giovanile, che trova attuazione in tempi recenti, è il cyberbullismo o bullismo elettronico, attraverso un uso improprio della Rete. Esso si concretizza quando le nuove tecnologie vengono usate non più come strumento in grado di facilitare la vita quotidiana o come modalità alternativa di comunicazione, ma come strumento atto a infastidire o ferire altri utenti, per lo più i pari. Il cyberbullying consiste nell'uso dei nuovi mezzi di comunicazione elettronica, da parte di un singolo o di un gruppo, per attuare, in modo ripetuto e intenzionale, comportamenti ostili, che mirano a colpire e ferire qualcuno[29].

Non vi è una definizione condivisa del termine per la giovane età del fenomeno e per la diversità dei significati attribuiti al termine quando lo si traduce nelle varie lingue. Le varie definizioni però hanno in comune l'indicazione dell'uso degli strumenti elettronici adoperati per attuare la molestia, quali il computer o il telefono cellulare, in quanto strumenti di comunicazione maggiormente utilizzati dagli adolescenti. Secondo alcuni studiosi si può differenziare il bullismo elettronico in occasionale o grave, a seconda delle reiterazioni degli episodi nel tempo. Tuttavia, si è di fronte alla difficoltà di stabilire il numero di episodi necessari perché si configuri il

[26] MURA, DIAMANTINI, *op. cit.*, p. 17 e ss.
[27] G. RITZER, *Introduzione alla sociologia*, Novara, De Agostini Scuola, 2014, p. 132.
[28] P. GUIDICINI, G. PIERETTI, *I nuovi modi del disagio giovanile. Ricerche mirate sul disagio «Sommerso» dei giovani ad Udine*, Milano, FrancoAngeli, 2011, p. 3 e ss.
[29] M.A. ZANETTI, R. RENATI, C. BERRONE, *Il fenomeno del bullismo: tra prevenzione ed educazione*, Roma, Magi Edizioni Scientifiche, 2009, p. 88.

bullismo elettronico occasionale o grave. In tempi recenti degli studiosi spagnoli hanno suggerito di considerare come bullismo elettronico grave quello in cui gli episodi si manifestano almeno con una frequenza settimanale negli ultimi due mesi[30].

Gli elementi caratteristici che caratterizzano il cyberbullismo sono:

- intenzionalità: il comportamento deve essere volontario e non accidentale;
- ripetizione: il comportamento del bullo viene ripetuto nel tempo e non è un episodio isolato;
- danno: la vittima deve percepire il danno inflitto;
- strumento elettronico: vi è l'uso del computer e dei telefoni cellulari[31].

Nancy Willard, nel suo articolo "Educator's Guide to Cyberbullying", suddivide il bullismo elettronico in forme differenti, quali:

- offendere (*flaming*): inviare messaggi elettronici con linguaggio offensivo o volgare contro qualcuno;
- molestare (*harassment*): inviare ripetutamente messaggi offensivi e insultanti per ferire qualcuno;
- denigrare (*denigration*): diffamare con pettegolezzi qualcuno on-line, per danneggiare la sua immagine o reputazione o rompere legami di amicizia;
- sostituirsi ad un'altra persona (*impersonation*): assumere l'identità di un'altra persona per spedire messaggi o pubblicare testi dal sito della persona assunta, al fine di compromettere la reputazione della vittima o delle sue amicizie;
- diffondere informazioni riservate (*exposure*): pubblicare informazioni o immagini private e/o imbarazzanti su qualcuno;
- ingannare (*trickery*): indurre con l'inganno qualcuno a rivelare segreti o informazioni imbarazzanti, per diffonderle online;
- escludere (*exclusion*): escludere intenzionalmente qualcuno da un gruppo online per ferirla;
- perseguitare (*cyberstalking*): molestare e denigrare ripetutamente e con minacce che mirano a incutere paura[32].

Dagli studi condotti in merito, risulta che internet sia lo strumento preferito rispetto al cellulare per molestare la vittima, ma altri studiosi sostengono il contrario, in quanto il cellulare è sempre a portata di mano, anche lì dove non è consentito, ovvero a scuola, e questo consente di poter molestare in qualunque momento. Con internet e il cellulare la comunicazione tra gli adolescenti ha subito una notevole evoluzione, velocizzandone i tempi e semplificandola per quei soggetti con difficoltà nelle relazioni faccia a faccia.

[30] A. GUARINI, *Diffusione e caratteristiche del bullismo elettronico: ricerche internazionali e nazionali a confronto*, in M.L. GENTA, A. BRIGHI, A. GUARINI (a cura di), *Bullismo elettronico. Fattori di rischio connessi alle nuove tecnologie*, Roma, Carocci, 2009, p. 40.
[31] J.W. PATCHIN, S. HINDUJA, *Bullies move beyond the schoolyard: A prelimi-nary look at cyberbullying*, in «Youth Violence and Jovenile Justice», 4, 2(2006), pp.148-169.
[32] A. CIVITA, *Cyberbullyng: un nuovo tipo di devianza*, Milano, Franco Angeli, 2011.

Al contempo, la comunicazione si è trasformata qualora invada la sfera privata del soggetto per ferirla in modo pesante[33].

Lo sviluppo tecnologico ha potenziato notevolmente gli strumenti a disposizione se pensiamo all'inserimento della fotocamera digitale nei cellulari, oppure la possibilità di modificare le fotografie o i filmati e di inviarne i contenuti attraverso SMS, MMS, e-mail, mantenendo l'anonimato e provocando disagio nelle vittime[34]. Da qui emerge che una caratteristica peculiare del fenomeno sia proprio l'anonimato, che lo strumento utilizzato garantisce al prevaricatore il quale non si sente inibito nella sua azione, perché schermato dallo strumento tecnologico. Al contempo la difficoltà per la vittima sta proprio nel non conoscere l'identità di colui che la prevarica, per cui non ha la possibilità di difendersi adeguatamente. Tuttavia, va precisato che l'anonimato può essere annullato in quanto ogni comunicazione lascia traccia e solo la Polizia di Stato è in grado di risalire al mittente. Altra peculiarità del fenomeno è il poter scindere il contenuto della comunicazione dall'aspetto fisico, proprio della comunicazione online. Un altro elemento è l'indebolimento delle remore etiche, a causa della mancanza di contatto oculare o del tono della voce, che facilitano il molestatore a recare danno, poiché internet consente di dire o fare cose che nella realtà non si direbbero o farebbero mai, ma anche di non percepire le reazioni della vittima. Ultimo fattore è l'assenza di limiti spazio-temporali, derivanti dalla mancanza della compresenza fisica degli attori, per cui la prevaricazione può avvenire in qualunque momento e in qualunque luogo, ogni qualvolta il soggetto si colleghi con il computer o con il cellulare[35].

Il motivo che spinge un soggetto a diventare cyber bullo è il desiderio di intimidire e, al tempo stesso, di dominare, per cui quando entra nel web può assumere una web-identità, cioè una maschera che gli fornisce l'illusione di non poter essere rintracciato, oppure può voler molestare mostrando la propria identità perché l'obiettivo essenziale del cyber bullo è di avere la massima visibilità che solitamente gli viene negata in ambito familiare o amicale. La comunicazione virtuale fa sì che tra cyber bullo e cyber vittima si crei una certa distanza sociale che rende quest'ultima invisibile, priva di emozioni e sentimenti e impedisce di cogliere appieno la sua sofferenza e frustrazione. Come afferma la Willard[36], l'invisibilità e la distanza sociale sono evidenziati dalla frase «You can't see me, I can't see you», per cui tutto è concesso nel mondo della Rete, in quanto i due soggetti non possono vedersi, poiché entrambi assumono un'identità invisibile.

Altra figura fondamentale del cyberbullismo, oltre al cyber bullo e alla cyber vittima, è rappresentata dagli spettatori, la cui presenza è essenziale per l'attuazione

[33] GUARINI, op. cit., p. 44 e ss.
[34] L. PETRONE, M. TROIANO, *Dalla violenza virtuale alle nuove forme di bulli-smo. Strategie di prevenzione per genitori, insegnanti e operatori*, Roma, Ma.Gi., 2008, p. 83 e ss.
[35] K.Y.A. MCKENNA, J.A. BARGH, *Plan 9 from Cyberspace: the Implication of the Internet for the Personality and Social Psychology*, in «Personality and Social Psychology Review», 4 (2000), p. 30 e ss.
[36] N.E. WILLARD, *Cyberbullying and Cyberthreats, Research Press*, 2007, in www.cyberbully.org.

della molestia in quanto amplifica la gravità della sofferenza e serve a dare maggiore spettacolarità all'azione. La paura di divenire vittime impedisce agli spettatori di denunciare o affrontare i cyber bulli, in alcuni casi ammirati per il coraggio che i cyber bulli mostrano in Rete e per l'insofferenza verso i soggetti deboli[37].

Sarebbe auspicabile indurre gli spettatori a rompere il clima di omertà che li caratterizza, isolando il cyber bullo e non rimanendo indifferenti di fronte alle prevaricazioni. Spesso il "non fare nulla" è più sbagliato, perché implicitamente dà approvazione a quanto fatto. Il comportamento degli spettatori può influire sulla "condanna" o sull'"assoluzione" della vittima[38].

Le nuove tecnologie consentono al cyber bullo di perseguitare la sua vittima oltre qualunque confine, colpendolo anche all'interno delle mura domestiche che con il bullismo tradizionale fornivano un riparo sicuro. Ogni qualvolta la cyber vittima si collega allo strumento utilizzato dal cyber bullo, corre il rischio di essere ferita.

Recentemente il bullismo elettronico assume una veste più crudele grazie alle violenze a sfondo sessuale, *sexual harassment*, i cui effetti si ripercuotono a livello psicopatologico, con tentativi di suicidi da parte delle ragazze, a causa dell'umiliazione e del disagio che viene loro inferto[39].

Il bullismo elettronico può essere agito all'interno delle proprie case o nelle scuole, per cui un controllo rigoroso dovrebbe essere attuato dagli adulti per monitorare la cronologia dei siti visionati e quindi per poter scoprire e recuperare le eventuali aggressioni elettroniche attuate nei confronti delle vittime. A tal proposito i genitori dovrebbero prestare attenzione ai segnali lanciati dai propri figli, quali campanelli di allarme per comprendere le loro problematicità, favorendo un dialogo sulla sicurezza e sulla responsabilità delle azioni[40]. Gli insegnanti, dal canto loro, dovrebbero affiancare alle lezioni ministeriali delle lezioni di vita in cui si affronta il problema dei rischi di un uso scorretto di Internet e del cellulare, sia per il cyber bullo che per la cyber vittima. Va ricordato che nelle scuole le prevaricazioni online vengono agite anche con il cellulare, un piccolo marchingegno facilmente eludibile agli occhi dei docenti con il quale vengono ripresi compagni in situazioni umilianti per poi diffonderle online.

Oggigiorno, sia i genitori che i docenti sono spesso in difficoltà, a causa della non padronanza degli strumenti tecnologici rispetto agli adolescenti, considerati i nativi digitali perché nati e cresciuti nell'era di Internet, e non riescono a comprendere la portata e la gravità di questo fenomeno.

[37] M.G. LAZZARIN, *Attenti al lupo! Aggressività e bullismo tra i giovani*, Roma, Armando, 2008, p. 26 e ss.

[38] L. BERDONDINI, E. BUCCOLIERO, *Casi di bullismo elettronico: un'analisi narrativa delle storie raccontate dai ragazzi*, in M.L. GENTA, A. BRIGHI, A. GUARINI (a cura di), *Bullismo elettronico. Fattori di rischio connessi alle nuove tecnologie*, Roma, Carocci, 2009, p. 102.

[39] G. GINI, *Il bullismo. Le regole della prepotenza tra caratteristiche individuali e potere nel gruppo*, Roma, Carlo Amore, 2005.

[40] K.L. MASON, *Cyberbullying: a preliminary assessment for school personnel*, in «Psychology in the Schools», 45(2008), pp. 323-348; ZANETTI, RENATI, BERRONE, op. cit., 94 e s.

Il cyberbullismo è dunque un fenomeno in grande espansione che mette in evidenza quanto sia il cyber bullo che la cyber vittima, con i loro rispettivi comportamenti, in realtà esprimono una situazione di disagio, che si manifesta con un bisogno di attenzioni da parte del mondo degli adulti, incapaci di comunicare e, soprattutto, di ascoltare quello che i giovani hanno da dire[41]. Il bullismo elettronico rappresenta una forma evoluta del bullismo tradizionale, che ha origine offline e prosegue online con gli stessi protagonisti[42]. Tuttavia, sostengono Ybarra e Mitchell[43], può accadere che le vittime del bullismo tradizionale diventino cyber bulli, per manifestare e traslare la propria rabbia e sofferenza su altri soggetti, grazie alla maschera che il mondo virtuale offre loro. Il bullismo elettronico non è affatto uno scherzo divertente per chi lo subisce, ma è un fenomeno molto crudele per cui diventa importante conoscerlo, per comprenderne la notevole diffusione che sta avendo, a causa della facilità con cui può essere attuato.

4. Il cyberspazio, o spazio virtuale, non ha confini fisici e consente di mettere in comunicazione più computer attraverso una rete elettronica, quale è Internet, in grado di fornire molteplici servizi e attività. Gli utenti che abitano il cyberspazio possono sperimentare la realtà virtuale riproducendo situazioni reali[44].

La tecnologia, se usata bene, può portare ad un buon risultato per l'uomo, come sostiene Gehlen, in quanto l'uomo senza la tecnologia non può vivere. Tuttavia, occorre una disciplina etica per impedire gli eccessi[45].

Le ragioni per cui un adolescente può sviluppare un rapporto di dipendenza nei confronti della rete sono diverse, tra cui:

a) La ricerca della propria esistenza nell'essere visti dagli altri: occorre quindi essere in rete per sentire di esserci, di esistere;

b) Evitare relazioni in carne ed ossa: nei rapporti virtuali il contatto diventa bidimensionale e superficiale;

c) La comunicazione diventa più rapida: sms, chat, twit, permettono di rimanere in continuo contatto con gli amici virtuali;

d) La rete sollecita l'onnipotenza: si sviluppa l'idea di trovare tutto sempre disponibile nell'attimo e nel momento stesso in cui lo si desidera.

[41] CIVITA, *op. cit*.

[42] J. RASKAUSKAS, A.D. STOLTZ, *Involvement in traditional and electronic bullying among adolescents*, in «Developmental Psychology», 43(2007), pp. 564-575.

[43] M.L YBARRA, K.J. MITCHELL, *Online aggressor/targets, aggressors and tar-get: a comparison of associated youth characteristics*, in «Journal of Child Psychology and Psychiatry», 45, 7(2004), pp. 1308-1316.

[44] R. CAVALLARO, *Famiglia, comunità, rete*, in M.I. MACIOTI (a cura di*), Introduzione alla sociologia*, Milano, McGraw-Hill, 2005.

[45] D. MASSARO, A. GROTTI, *Il Filo di Sofia: etica, comunicazione e strategie conoscitive nell'epoca di Internet*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

Tuttavia, rispetto ad altre dipendenze, quella della rete sembra socialmente più accettata, perché ritenuta meno dannosa e, per questo motivo, le conseguenze di questa dipendenza sono individuate con un ritardo maggiore[46].

Internet, e quindi il suo mondo virtuale, rappresenta un mondo affascinante, capace di catturare l'attenzione per un tempo molto prolungato, con il rischio di perdersi nei meandri delle infinite finestre che si possono aprire. Questo perdersi, però, può suscitare una passione spropositata per Internet, tanto da comportare una dipendenza patologica[47]. A tal proposito si parla di Internet Addiction Disorder, per indicare un tipo di dipendenza da comportamento, che consiste in un uso eccessivo di Internet e delle nuove tecnologie[48].

Diversi studiosi hanno affrontato questa problematica, rifacendosi anche al DSM IV, in riferimento alla dipendenza da gioco d'azzardo patologico, tra cui Goldberg, Griffiths, Young, che l'ha identificata col termine Problematic Internet Use, Davis, mentre in Italia Cantelmi e Talli sono stati i primi studiosi ad occuparsene.

La Young[49] ha elaborato il modello ACE (Accessibilità, Controllo, Eccitazione) per spiegare i tre fattori che possono facilitare e predisporre una dipendenza dalla Rete. In particolare:

Accessibilità: qualsiasi attività in Rete è facilmente accessibile in quanto non è vincolata a luoghi fisici definiti, ma è possibile usufruirne a distanza, con gratificazione immediata del bisogno.

Controllo: vi è una maggiore semplicità nel gestire e controllare le attività svolte in Rete rispetto a quelle che si possono svolgere nella vita reale.

Eccitazione: la Rete offre molti stimoli che eccitano e spronano l'individuo, perché è un mezzo che consente di sviluppare tantissime attività e di vivere esperienze diverse, non sempre possibili nella vita reale, come per esempio il poter creare tante diverse identità.

Comunque, perché si arrivi a considerare un soggetto dipendente da Internet, Cantelmi, Del Miglio, Talli, D'Andrea[50] individuano due fasi, di cui la prima è la fase Tossicofilica, in cui vi è sia un crescente aumento delle ore di collegamento e della frequenza di chat, sia una perdita di ore di sonno, nonché una maggiore attenzione nei riguardi delle e-mail e dei siti preferiti; la seconda fase è la Tossicomanica, in cui vi è un collegamento prolungato tanto da penalizzare seriamente la vita relazionale e professionale.

[46] MURA, DIAMANTINI, *op. cit.*, 17 e ss.
[47] U. MARIANI, R. SCHIRALLI, *Nuovi adolescenti, nuovi disagi. Dai social network ai videogames, allo shopping compulsivo: quando l'abitudine diventa dipendenza*, Milano, Mondadori, 2011, p. 134.
[48] C. GUERRESCHI, *New Addictions. Le nuove dipendenze*, Cinisello Balsamo (Mi), Edizioni San Paolo, 2005.
[49] K.S. YOUNG, *Internet Addiction: The emergence of a new clinical disorder*, in «CyberPsychology & Behavior», 1, 3(1996), pp. 237-244.
[50] T. CANTELMI, C. DEL MIGLIO, M. TALLI, A. D'ANDREA (a cura di), *La mente in Internet. Psicopatologie delle condotte on-line*, Padova, Piccin, 2000.

Le varie forme di dipendenza da Internet che sono state individuate sono le seguenti[51]:

Cyber-sex addiction: è la ricerca di materiale pornografico in rete o di relazioni erotiche come modalità di gratificazione sessuale. Coloro che soffrono di questa forma di dipendenza svolgono in Rete diverse attività inerenti al sesso, poiché provocano eccitazione e dunque il soggetto non riesce a controllarne né il tempo di utilizzo né le sue conseguenze.

Cyber-relational addiction: è la ricerca di relazioni online che penalizzano i rapporti con la famiglia e con gli amici reali. Il soggetto dipendente è esageratamente coinvolto dalle relazioni di natura amicale o affettiva, che nascono e si sviluppano in Rete, attraverso scambi di e-mail, chat, social networks come Facebook e Twitter.

Net-compulsion: è un tipo di comportamento compulsivo che racchiude il gioco d'azzardo patologico, il commercio online e lo shopping online compulsivo. Tramite la Rete si può accedere a casinò virtuali, a giochi interattivi, a siti Internet dedicati all'acquisto di oggetti e per effettuare transazioni online. Dunque, il soggetto è dipendente da tutte quelle attività svolte in Rete che possono procurargli un'elevata perdita di denaro e conseguente crisi finanziaria, come il gioco d'azzardo online (poker online, casinò online, siti per scommesse) oppure lo shopping e il commercio online (negozi online, eBay).

Information overload: è la ricerca compulsiva di informazioni transitando da un sito all'altro, penalizzando il lavoro e la famiglia. Il soggetto utilizza la Rete per reperire un numero sempre più elevato di elementi, che organizza in modo preciso e angoscioso. Tuttavia, la quantità eccessiva di dati non presenta alcuna finalità particolare, perché il soggetto passa continuamente e ossessivamente da un sito ad un altro, per trovare dati e informazioni nuove da conservare.

Computer addiction: è la ricerca di videogame virtuali o di giochi di ruolo che coinvolgono l'utente per molte ore, con un'identità fittizia. Il soggetto è eccessivamente catturato dai giochi virtuali, tanto da svilupparne una vera e propria forma di dipendenza, ma soprattutto mostra di essere attratta dalla grafica, dalle ambientazioni particolari, dai personaggi fantastici. Ciò che lo affascina maggiormente è la possibilità di assumere le vesti del personaggio o dell'avatar sempre sognato e di possedere le caratteristiche sempre desiderate.

Cellular and SMS Addiction: è l'uso eccessivo del cellulare e dell'invio di SMS (*Short Message Service*), ovvero brevi messaggi di testo, da un cellulare ad un altro, ad un costo inferiore rispetto ad una lunga telefonata e con la possibilità di rendere la comunicazione asincrona, poiché il messaggio può essere letto in un momento successivo alla sua ricezione.

[51] K.S. YOUNG, *Presi nella rete. Intossicazione e dipendenza da Internet*, Bologna, Calderini, 2000; CANTELMI, DEL MIGLIO, TALLI, D'ANDREA, op. cit.; D. LA BARBERA, *Le dipendenze tecnologiche*, in V. CARETTI, D. LA BARBERA (a cura di), *Le dipendenze patologiche*, Milano, Cortina Editore, 2005.

Una connessione prolungata può causare un distacco dall'esperienza quotidiana, le cui ripercussioni negative si ripercuotono sulle competenze sociali. Gli adolescenti che maggiormente ne risentono sono quelli timidi, che si immergono nella realtà virtuale in quanto, oltre a favorire l'isolamento, contribuisce ad accrescere la dissociazione e il distacco dalla realtà. Gli effetti che si manifestano da un punto di vista della salute sono gli occhi cerchiati, lo sguardo poco espressivo e il pallore in viso, nonché la perdita dell'appetito, l'irritabilità e l'alterazione delle ore di sonno. Da un punto di vista sociale, il rischio è rappresentato dalla possibilità di rimanere incastrati in alcuni ruoli o di confondere e sovrapporre l'identità virtuale con quella reale, al punto da non sapere più bene chi essi siano[52]. Allora è importante educare i giovani in modo tale che Internet sia una risorsa in grado di ampliare la rete relazionale e amicale, la conoscenza del sapere e di realtà geografiche o mentali diverse, ma che rimanga uno strumento di svago, di divertimento e di crescita culturale e personale[53].

[52] F. TONIONI, *Quando Internet diventa una droga. Ciò che i genitori devono sapere*, Torino, Einaudi, 2011, p. 62 e p. 68.
[53] A. CIVITA, *Un malessere sociale: la dipendenza da Internet*, Milano, FrancoAngeli, 2014, p. 62.

Flora Colavito

PERSONA ED ETICA DELLA CURA*

ABSTRACT	
La società contemporanea appare sempre più orientata verso la costruzione di un sistema formativo ispirato a scelte improntate non più al solo e semplice aiutare, ma anche al considerare la cura della persona in una prospettiva complessa e integrale di miglioramento della qualità nei contesti di vita. Tuttavia, nella cultura attuale, fortemente individualistica, il modo di considerare la tecnica e anche l'economia incide profondamente sull'identità individuale e interpersonale, impoverendo i nostri sistemi sociali e minando alla base i valori della libertà e della dignità umana. Occorre perciò ripensare la persona come fine, in quanto costitutivamente in relazione con altri e, quindi, produttrice di beni relazionali, che possono divenire fonte per promuovere uno sviluppo integrale.	Contemporary society is increasingly oriented towards the construction of a training system inspired decisions that aim not only to the most simple helping, but also to consider the care of the person in a complex and integral perspective of improving the quality of life in the various contexts. However, in the current culture, strongly individualistic, how to consider the technical and also the economy deeply affects individual and interpersonal identity, impoverishing our social systems and undermining the basic values of freedom and human dignity. It is therefore necessary to rethink the person as an end, as constitutively in relation with others and, therefore, as the producer of relational goods, which can become a source for promoting integral development.
Etica relazionale - Identità della persona - Cura dell'altro	**Relational ethics - Identity of the person - Caring for others**

SOMMARIO: 1. La persona in prospettiva relazionale. – 2. Identità personale tra etica e norma. – 3. Cura dell'altro: fondamenti etico-antropologici.

1. La società contemporanea appare sempre più orientata verso la costruzione di un sistema formativo ispirato a scelte improntate non più al solo e semplice aiutare, ma anche al considerare la cura della persona in una prospettiva complessa e integrale. Tale prospettiva permette di ripensare la persona nei suoi bisogni più intimi, quali l'autosoddisfazione, il sentirsi accolta e rispettata per le proprie potenzialità, e quindi riconosciuta nel proprio valore attraverso lo sviluppo delle capacitazioni a vivere una vita degna (*capabilities*)[1].

---

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

Realizzare un sistema di cura che porti al benessere personale e globale sembra rispondere alle prospettive attuali auspicate dalle organizzazioni internazionali in merito: si pensi alla WHO-OMS (*World Health Organization*) che con il Programma *Health 2020* intende ispirare le politiche europee sul *welfare*[2] mettendo al centro la persona e i suoi bisogni. La novità di tale prospettiva è nel suo essere indiretta, e cioè nel sostenere che l'accrescimento del benessere della persona è inscindibile dalla sua crescita come processo di sviluppo (*empowerment*) delle abilità relazionali e delle abilità di vita in generale, entro una rete ampia d'interconnessioni di contesti vitali (personali, interpersonali, sociali, istituzionali).

La crescita, allora, non è intesa come sommatoria delle risorse in termini economici, bensì diviene sinonimo di valorizzazione delle stesse come sviluppo del benessere interpersonale e sociale[3]. In altri termini, si tratta di sollevare il problema dell'economia reale che non può prescindere dalla prospettiva di discorso dell'economia civile, che assicuri alla società la possibilità di vivere i beni relazionali, cioè quei beni che connotano in modo peculiare l'identità unica e irripetibile di ciascuno. Il nostro benessere dipende, dunque, oggi più che mai, dalla fruizione di beni relazionali, che conferiscono dignità alla persona e danno senso alla vita.

A tale complessità, tuttavia, le istituzioni politiche e, di conseguenza, quelle formative in materia d'istruzione, ricerca, salute non sempre rispondono adeguatamente, ponendo in essere azioni imposte per le quali le risorse appaiono finalizzate vistosamente alla crescita economica intesa come aumento del PIL, e lo sviluppo delle abilità tecniche è indirizzato quasi esclusivamente al raggiungimento di tale scopo, senza l'effettivo coinvolgimento della persona e della possibilità di sviluppare tutte le potenzialità della stessa nella pienezza delle sue espressioni.

La *magna quaestio* è se il soddisfacimento dei bisogni della persona sia esclusivamente legato alla sua produttività economica e al consumo dei beni, oppure, assieme a questi, non esista una domanda, ben più basilare, che attiene all'antropologia dell'intero, e quindi a un approccio integrato tra sviluppo economico e sviluppo sociale. Occorre ritornare all'uomo reale e riscoprire il valore della persona e delle sua struttura relazionale, aprendo il dialogo con gli aspetti della nostra corporeità, il "corpo vivente" (*Leibhaft*) che gioca un ruolo centrale nei processi di formazione del sé e dell'io, e

---

[1] Sull'analisi delle *capabilities*, cfr. A.K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, tr. it. di G. Rigamonti, Milano, Mondadori, 2001, in particolare pp. 116-149.

[2] Per un approfondimento sulla tematica del *welfare* sociale, cfr. M. SIGNORE, *Prolegomeni ad una nuova/antica idea di Welfare*, Lecce, Pensa Multimedia, 2011, pp. 91-105.

[3] Cfr., a tal proposito, la recente enciclica *Laudato si'. Sulla cura della casa comune* di Jorge Bergoglio, che esprime una prospettiva di pensiero critico nella quale la concezione del benessere e della salute risulta dall'equilibrio dinamico che si gioca nell'interconnessione dei contesti di qualità di vita e ambientali, in una dimensione complessa di "ecologica culturale" e di "ecologia della vita quotidiana". Ecologia, si legge, è anche «cura delle ricchezze culturali dell'umanità», nel suo «senso vivo, dinamico e partecipativo» (PAPA FRANCESCO, *Laudato si'. Sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2015, n. 143).

quindi della costruzione della coscienza intersoggettiva (*Bildbewusstsein*), interpersonale e sociale[4].

Se la persona, come afferma Ricœur è «il supporto di un'attitudine, di una prospettiva, di un'aspirazione: un concetto nuovo e diverso rispetto a termini come coscienza, soggetto, individuo o io»[5], considerarsi come persone significa riconoscerne la struttura narrativa e dinamica, il suo carattere essenzialmente pratico e l'imprescindibilità della relazione interumana nei vari contesti di vita. Tali aspetti, per poter divenire se stessi, hanno bisogno di essere promossi e coltivati da una vera e propria azione di cura, all'interno di istituzioni e sistemi sociali che perseguano la giustizia. Si tratta di dare voce all'impegno dell'uomo responsabile, poiché se «l'esistenza è desiderio e sforzo»[6], promuovere l'attitudine allo sviluppo personale significa impegnarsi affinché la stessa diventi ciò che può e che vuole divenire[7].

2. Nella cultura attuale, fortemente individualistica, il modo di considerare la tecnica e anche l'economia – e le relative scelte politiche – incide profondamente sull'identità individuale e interpersonale nel sociale. Il sapere tecnico diviene il fine, non il tramite che media, appunto, la relazione di cura e i processi formativi. I professionisti dell'aiuto, come ad esempio gli insegnanti, vedono "evaporare" il proprio ruolo «complici le picconate sistematiche dei governi che intervengono sull'istruzione con avvilenti tagli di *budget* travestiti da riforme epocali»[8].

L'economia, che nel suo significato etimologico è la "gestione della casa, dei beni familiari", (*οἶκος* = casa, beni di famiglia, *νόμος* = norma o legge, cioè organizzazione) complice la tecnica, viene sostituita dalla finanza, dove il mezzo (denaro-PIL) coincide

---

[4] Per un approfondimento di tali aspetti, cfr. E. STEIN (1932-1933), *Der Aufbau der menschlichen Person*, in L. GELBER, M. LINSSEN (a cura di), *Edith Steins Werke*, vol. XIV, Freiburg i.Br., Verlag Herder, 1994; tr. it. di M. D'Ambra, *La struttura della persona umana*, Roma, Città Nuova Editrice, 2000.

[5] P. RICŒUR, *La persona*, tr. it. di I. Bertoletti, Brescia, Morcelliana, 1998, p. 22.

[6] P. RICŒUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, tr. it. di R. Balzarotti, F. Botturi, G. Colombo, Milano, Jaca Book, 1977, p. 34.

[7] Ricœur parla di varie forme d'interazione per le quali necessariamente deve passare l'essere umano al fine di costituirsi come persona: «uomo parlante, uomo agente, uomo narratore e, infine, uomo responsabile» (RICŒUR, *La persona*, cit., p. 39).

[8] A. BAJANI, *La scuola non serve a niente*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 42. Pensiamo anche all'imposizione dei nuovi decreti sulla cosiddetta "buona scuola": forse che vi è un solo punto che riguardi la politica dei contesti di apprendimento, dell'attenzione al ruolo dell'insegnante come colui che favorisce lo sviluppo delle potenzialità (attitudini a divenire) di ciascun allievo, in una parola alla politica scolastica come crescita dei beni di relazione, di sviluppo e d'aiuto? Si ha il ragionevole dubbio che tale curvatura normativa abbia come conseguenza diretta quella di aumentare i poteri forti e di accrescere il potere dei pochi, a scapito dei diritti del lavoratore, e che serva esclusivamente come mezzo a creare contesti competitivi. La filosofia che lo regge sembra essere quella che investe tutti i processi lavorativi attuali, e cioè l'indifferenza nei confronti della vita delle persone. Sull'analisi dell'attuale conflitto tra diritto, politica e vita, cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Milano, Mondadori, 2015.

con il fine. L'economia astratta, allora, prende il posto dell'economia reale, procurando non certo una sana gestione del benessere e la cura delle persone[9].

Il giurista G. Zagrebelsky scrive che oggi, a differenza delle epoche passate, il denaro viene accettato come idea di bene astratto (dalla vita reale), in sé e per sé, destinato a essere produttivo di altro denaro, divenendo bene autoreferenziale, mezzo e fine nello stesso tempo. Utilizza la metafora dell'uroboro (dal greco *ourobòros*, dove *ourà* sta per "coda" e *boròs* sta per "mordace"), immagine mitologica del serpente che mangia la sua coda e ciò che essa contiene, nutrendosi di se stesso[10].

"Crescere", nella visione distorta economica attuale, significa assecondare un processo autoreferenziale (l'uroboro che stringe sempre più fortemente le sue spire sulla società) che impoverisce la persona delle sue risorse, economiche e vitali, asservendola ai propri scopi di potere[11]. La persona viene così percepita in un'ottica di pura funzionalità e quindi viene defraudata delle sue potenzialità anche, e soprattutto, spirituali.

Tutto questo ha l'effetto di tagliare fuori la crescita effettiva della persona e il suo sviluppo, riducendola a una visione di oggettivazione, impoverendola delle sue risorse, ridotte a semplici mezzi da finalizzare esclusivamente all'autoriproduzione del sistema.

L'uomo considerato come persona – sostiene Immanuel Kant nella *Critica della Ragion Pratica* e nella *Fondazione della metafisica dei costumi* – è al di sopra di ogni prezzo[12], ossia non può essere considerato esclusivamente come un mezzo, né per fini altrui né per fini propri.

La massima morale di uno dei tre imperativi categorici kantiani, che indicano come la volontà debba atteggiarsi attraverso l'agire (la *praxis*), esprime uno dei fondamenti del bene morale: agisci in modo da trattare l'uomo così in te come negli altri sempre anche come fine, non mai solo come mezzo[13].

---

[9] Cfr. M. SIGNORE, *Economia del bisogno ed etica del desiderio*, Lecce, Pensa Multimedia, 2009; L. BRUNI, S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2004.

[10] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

[11] Nel romanzo fantastico dello scrittore tedesco Michael Ende, intitolato *Momo*, è significativa l'immagine della società dei "signori grigi", agenti burocrati della "cassa di risparmio del tempo", che tentano di convincere un sempre maggior numero di persone sull'utilità di risparmiarlo, con la restituzione degli interessi dopo il sessantaduesimo anno. Ma è una menzogna. Il tempo risparmiato serve soltanto a nutrire in modo parassitario i signori grigi, a scapito dell'esistenza degli altri uomini. Nel racconto, è la giovane Momo che svela il colossale inganno e impedisce al tempo di fermarsi attraverso la ricchezza delle relazioni interpersonali che riesce a intessere nel villaggio (cfr. M. ENDE, *Momo*, tr. it. di D. Angeleri, Milano, Longanesi 1984).

[12] Cfr. I. KANT (1785), *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it. di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 101-103. Scrive Kant: «Nel regno dei fini tutto ha un "prezzo" o una "dignità". Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcos'altro come "equivalente". Ciò che invece non ha prezzo, e dunque non ammette alcun equivalente, ha una dignità» (*Ibidem*).

[13] Cfr. I. KANT (1788), *Critica della ragion pratica*, tr. it. di P. Chiodi, in I. KANT, *Scritti morali*, Torino, Utet, 1970. Le altre due massime morali di cui parla Kant sono: la prima, "agisci in modo che tu possa volere che la massima delle tue azioni divenga universale"; la terza, "agisci in modo che la tua volontà possa istituire una legislazione universale".

Allora, la persona non è e non può essere considerata un semplice oggetto. È coscienza, volontà, libertà, ragione, che si afferma come mondo spirituale e relazionale; è inafferrabile, sfugge a ogni tipo di definizione, possiede un proprio valore tale che non può essere usata come mezzo per un determinato scopo.

Sembrano illuminanti le parole di E. Husserl a tal proposito:

> Da un punto di vista pratico-morale, io tratto un uomo come una mera cosa quando non lo prendo come una persona morale, come membro della collettività morale tra le persone, di quella collettività in cui si costituisce il mondo morale. Così io tratto un uomo non come soggetto giuridico, quando non lo considero membro della comunità giuridica di cui entrambi facciamo parte, bensì come una mera cosa, priva di diritti come un semplice oggetto. Da un punto di vista teoretico, tratto un uomo come una cosa quando non lo ordino dentro la collettività delle persone, in relazione con la quale noi siamo soggetti di un mondo circostante comune, quando lo consideriamo un mero annesso di oggetti naturali presi come pure cose e quindi lo trattiamo come un che di cosale[14].

La costitutività dell'esperienza di relazione è, peraltro, analizzata a fondo dal pensiero fenomenologico. Come scrive Husserl nelle annotazioni *Sull'origine della geometria*, «gli uomini in quanto uomini, gli altri, il mondo – il mondo di cui gli uomini parlano, di cui parliamo e possiamo parlare noi – e, d'altra parte, la lingua, sono in un intreccio che non può essere disfatto, un intreccio che è sempre nella certezza della sua inscindibile unità relazionale, anche se di solito soltanto implicitamente, nella dimensione dell'orizzonte»[15]. La dimensione dell'orizzonte indica l'apertura al mondo, che il mondo è e rimane orizzonte, nel senso che la persona è costitutivamente sia persona umana, legata inscindibilmente al mondo culturale e umano sia soggetto personale dei suoi atti. Questo intreccio è inscindibile, non può essere disfatto.

Certamente, la finitezza e l'incompletezza della persona umana necessitano di costruire un ordine oggettivo, culturale e simbolico per compensare il bisogno di possedere quelle strutture stabili che biologicamente le mancano. Ma questo ordine oggettivo è costruito socialmente, e rispecchia il bisogno di autoporsi dei vincoli normativi che possano meglio connotare l'unicità e l'irripetibilità dell'identità personale.

L'identità personale è, infatti, centrale per la comprensione dei processi d'interiorizzazione che contribuiscono alla trasmissione di un patrimonio culturale significativo per le future generazioni. Tuttavia, la stabilità di questo patrimonio culturale non è mai definitivo, e poiché affonda le radici in un processo dinamico nel

---

[14] E. HUSSERL (1924), *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica. Ricerche fenomenologiche sopra la costituzione*, vol. II, Libro II, tr. it. di E. Filippini, Torino, Einaudi, 2002, p. 195.

[15] E. HUSSERL, *Beilage III*, in *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie*, L'Aja, Martinus Nijhoff, 1959; *Appendice III*, in *La Crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, tr. it. di E. Filippini, Milano, Il Saggiatore, 2002, p. 386.

sociale, è intrinsecamente precario e sottoposto al mutamento. Sembra dunque evidente che se le istituzioni spezzano il legame vivente con il mondo sociale e intersoggettivo, la persona rimane priva di quella rete di coesione che può permettere lo sviluppo integrale della propria identità.

Vi dovrebbe essere alla base la consapevolezza di un sapere di fondo, che non si gioca esclusivamente a livello concettuale, ma che attiene alle formazioni spirituali della cultura e della vita comunitaria, aprendo così a un orizzonte di senso e di arricchimento dell'esperienza esistenziale, nella direzione del suo sviluppo umano.

Come nota E. Stein in *La struttura della persona umana*,

> la vita dell'essere umano è una "vita comunitaria" ed è uno "sviluppo nel quale ci si condiziona reciprocamente". Vivere in comunità con gli esseri umani significa, in buona misura, vederli agire e agire con loro; vivere nelle azioni dell'essere umano, vederle nascere e finire, essere formati da esse e, attraverso esse, aiutare altri a formarsi: la vita umana è una "vita culturale". Il mondo dell'essere umano è un mondo spirituale pluriforme fatto di persone individuali e di comunità, di forme sociali e opere spirituali. Egli sta in esso, vive in esso, guarda dentro esso, in esso gli vengono incontro l'esistenza e l'umanità[16].

L'ordine dei significati spirituali e culturali non è di origine concettuale, ma è innervato nella vita esperienziale e percettiva, assumendo, così, un punto di vista dal lato della propria corporeità, che rende umana la persona nella pienezza delle sue espressioni, radicate nella vita di relazione.

Appare evidente, allora, che un discorso etico della cura non può prescindere dalla centralità della relazione intersoggettiva, in quanto costitutiva dell'essere persona e della sua libertà, in vista della sua progressiva autonomia.

La dimensione relazionale della vita comunitaria, anche se è inevitabilmente condizionata dall'influsso di sentimenti estranei e dalle tendenze oggettive delle forme culturali che costituiscono il suolo comune (*Boden*) della nostra cultura (gli usi, le abitudini, la tradizione, il gruppo sociale, ecc.), costituisce la base dello sviluppo personale e sociale ed è, al tempo stesso, frutto di una libera scelta che si compie attraverso l'autonomia della ragione. Si può aderire passivamente, oppure prendere attivamente posizione, decidersi liberamente, partendo da se stessi[17].

3. Per promuovere scelte secondo un modello di sviluppo umano occorre, allora, relazionarsi all'alterità, creare connessioni tali da accrescere la capacità di preoccuparsi per la vita degli altri, «di raffigurarsi – come sostiene M.C. Nussbaum – la varietà dei problemi della vita umana come essa si svolge: di pensare l'infanzia, l'adolescenza, i

[16] STEIN (1932-1933), *Der Aufbau der menschlichen Person*, *op. cit.*, p. 69.
[17] Cfr. HUSSERL, *Idee II*, cit., p. 269. Husserl scrive che l'autonomia della ragione, la libertà del soggetto personale consiste anche in questo, «che non mi lascio "trascinare" da altre inclinazioni, da istinti, bensì agisco liberamente, e ciò nella modalità della ragione» (*Ibidem*).

rapporti familiari, la malattia, la morte e molto altro tenendo in considerazione un ampio spettro di storie personali, e non solo un insieme statistico»[18].

Emerge e si delinea, pertanto, un quadro complesso e molteplice di relazionalità che richiede con forza la promozione di uno sviluppo integrale dell'umano, come vero e proprio valore da proteggere e curare.

La relazione d'aiuto, infatti, quale forma intenzionale e continua di azione e sviluppo che s'instaura all'interno della relazione interpersonale e sociale, implica la cura, la partecipazione, il rispetto e le responsabilità reciproci, l'attenzione all'altro quale punto nodale di una rete più ampia che non può non incidere sugli aspetti di costruzione dell'identità personale, apportando motivazioni che colleghino identità personale e realtà interpersonale e sociale, costruendo così nuovi ponti di comunicazione interumana. La sete di valori che è nell'uomo è tale da non poter trovare soddisfazione nell'esistenza immediata e autoreferenziale, che non è né infinita né assoluta, ma nell'apertura etica all'alterità che è costitutiva dell'essere persona e proviene dal suo centro vivente.

L'uomo è per sua natura dialogico, e solo in relazione a un "tu" si può manifestare il vero atteggiamento personale: ognuno appare ciò che realmente è, e mostrando il proprio volto s'impegna, rischia, si apre all'altro e agli altri, in un incontro che può consolidarsi in destino[19].

In questa concezione, che riconsidera la persona come parte di una rete di relazioni dinamiche, pensiamo alla cura dell'altro entro un processo di formazione integrale della persona, nel senso di "dare forma alla vita":

a) io con me stesso (personale);

b) io con l'altro (interpersonale e sociale);

c) io con le istituzioni (istituzionale)[20].

Questa visione relazionale di base permette di ripensare le professioni di cura e d'aiuto come parte di un equilibrio dinamico centrato su contesti d'appartenenza e di relazioni complesse.

Occorre, oggi più che mai, operare un cambiamento culturale che riparta dal sociale: da una cultura individualistica, sempre più improntata ad un "noi" che è il prodotto massificante di un'omologazione (l'unità fraintesa come univocità, rendere uguale la differenza) ad una cultura della relazione, che è una cultura della differenza e dello sviluppo delle differenze.

---

[18] M.C. NUSSBAUM, *Not for profit. Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton, Princeton University Press, 2010; tr. it. di R. Falcioni, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 42-43.

[19] Per un approfondimento del tema, cfr. L. IRIGARAY, *Io Tu Noi. Per una cultura della differenza*, tr. it. di M.A. Schepisi, Torino, Bollati Boringhieri, 1992; cfr. anche E. LÉVINAS, *Tra noi. Saggi sul pensare l'altro*, tr. it. di E. Baccarini, Milano, Jaca Book, 1998.

[20] Cfr. P. RICŒUR, *Sé come un altro*, tr. it. di D. Iannotta, Milano, Jaca Book, 2011; L. ALICI, *L'altro nell'io. In dialogo con Agostino*, Roma, Città Nuova, 1999.

Gli uomini e le donne di oggi che non vogliano soccombere al potere di un individualismo esasperato, di un economicismo autoreferenziale e al potere spersonalizzante del vuoto etico che massifica, possono affrontare il cammino di realizzazione di sé soltanto se legano, ancora una volta, il potere alla costituzione morale, se lo vivono come servizio al bene dell'uomo e non come dominio mediato dal mercato. L'uomo diventa tale solo quando prende possesso di sé, realizza che egli è un essere irripetibile, un dono per gli altri, si rende consapevole della propria libertà e della sua intima dignità.

Ivan D'Addario

LA COSTITUZIONE NAPOLETANA DEL 1848 DI FRANCESCO PAOLO BOZZELLI. UN LIBERALE ALLA CORTE DEI BORBONE*

ABSTRACT	
L'articolo descrive le caratteristiche della Costituzione Napoletana del 1848 redatta dal liberale Bozzelli. Partendo dall' analisi della situazione nel regno di Napoli prima e durante i moti rivoluzionari del '48 vengono illustrati i principi e gli istituti di questa carta costituzionale fortemente influenzata dal pensiero del suo autore. La Costituzione si inserisce nel quadro delle carte ottriate ispirata alla Carta dei diritti francese del 1830. Le norme relative alle libertà individuali e dalla tripartizione dei poteri risentono infatti fortemente del modello d'oltralpe dal quale tuttavia differiscono per quanto attiene la libertà religiosa. La parentesi costituzionale trova il suo epilogo nella tragica giornata del 15 maggio 1848 allorquando la monarchia borbonica, a seguito di una nuova insurrezione capeggiata dai liberali in disaccordo sulla formula del giuramento della Costituzione, decide di revocare la stessa dando origine ad una frattura insanabile con il popolo napoletano, creando così le premesse per la soluzione unitaria.	The article describes the features of the 1848 Neapolitan Constitution, drafted by the liberal Bozzelli. Starting with an analysis about the situation in the Kingdom of Naples, before and during the Revolution of '48, illustrates the principles and institutions of this constitution strongly influenced by the thought of its author. The Constitution is part of the octroyed papers and represents a revival of the 1830 French Bill of Rights. The rules about individual freedoms and the tripartite division of powers, indeed, strongly influenced the pattern across the Alps, from which it differs, however, with regard to religious freedom. The constitutional parenthesis finds its epilogue in the tragic day of 15th May 1848, when the Bourbon monarchy, following a new insurrection led by liberals, disagreeing on the formula of the oath of the Constitution, decided to revoke the same, producing an irreparable rift with the Neapolitan people, thus creating the basis for a unified solution.
Costituzionalismo – Bozzelli – 1848	**Constitutionalism – Bozzelli – 1848**

SOMMARIO: 1. Il Regno delle Due Sicilie dalla rivoluzione alla Costituzione. – 2. Da Parigi a Napoli. L'influenza francese sulla Costituzione Napoletana del 1848. – 3. La divisione di poteri. – 4. La fine del sogno costituzionale. Il tragico 15 maggio 1848.

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

L'anno 1847 lasciava trista eredità di perturbamenti e lacrime.
Lutti mancati non eran in mezzo a cose grate e confortevoli;
ora le tristi andranno a soverchiare.
Il ben che in diciassette anni erasi fatto dovea sparire.

Pietro Calà Ulloa

1. Tra le costituzioni del 1848, quella napoletana ha il merito di essere stata la prima e di aver costituito un modello per le carte concesse negli altri stati italiani preunitari in seguito ai moti di quell'anno[1]. Dopo i moti rivoluzionari del 1820-21, tornavano sulla scena politica italiana le cosiddette costituzioni ottriate, vale a dire costituzioni «concesse dal sovrano o, quanto meno date col suo consenso o da lui accettate per il precipitare degli eventi»[2]. Scrive Luigi Lacchè: «L'octroiè lo strumento per affermare il protagonismo costituzionale dei sovrani restaurati o minacciati nella loro autorità politica. Attraverso questo strumento il monarca cerca di riportare nel suo raggio d'azione un elemento fondamentale di quella teologia politica, ostile e pericolosa, sorta contro la monarchia, sintetizzata dall'idea della costituzione-atto. Cerca così di sterilizzare il più terribile dei poteri, il potere costituente del popolo»[3]. Queste costituzioni furono in realtà promulgate per timore di nuove rivoluzioni, e non tanto per convinta volontà di instaurare un regime rappresentativo. Il principio che guidò tutti i sovrani del '48 fu quello di «concedere il minimo indispensabile per non essere detronizzati, ma nulla più»[4].

Il 1848 segnò l'inizio di diversi sommovimenti in tutta Europa provocati da cause diverse: da un lato borghesi e radicali non accettavano l'anacronistico ordine politico e istituzionale voluto dal Congresso di Vienna, dall'altro i cambiamenti nella vita quotidiana causati dalla prima rivoluzione industriale in Inghilterra, la diffusione dei primi giornali e la grande crisi economica del 1846-47, provocarono nel popolo forti tensioni spingendolo all'azione. I focolai di queste insurrezioni furono Vienna, Parigi, Berlino e gli stati preunitari italiani del Lombardo -Veneto, del Granducato di Toscana, dello Stato Pontificio e del Regno delle Due Sicilie[5].

---

[1] Si vedano i contributi di N. CORTESE, *Costituenti e costituzioni italiane del 1848-49* , Napoli 1951; P. CASANA, *Le Costituzioni italiane coeve allo Statuto* in AA. VV., *A 150 anni dallo Statuto. Statuto albertino e costituzionalismo italiano.* Atti del convegno, Torino 2000, p. 4; L. LACCHÈ, *Le carte ottriate. La teoria dell'octroi e le esperienze costituzionali nell'Europa postrivoluzionaria* in «Giornale di storia costituzionale», (II semestre 2009), p. 229; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 -1994*, Roma - Bari 2002.

[2] C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 -1994*, Roma- Bari 2002, p. 29.

[3] LACCHÈ, op. cit., 231. Cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie*, Munchen 1934, 31;P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, Bologna 2003, p. 37.

[4] P. CASANA, *Le Costituzioni italiane coeve allo Statuto* in *A 150 anni dallo Statuto. Statuto Albertino e costituzionalismo italiano.* Atti del convegno, Torino 2000, p. 4.

[5] Sui moti del 1848 cfr. G. CANDELORO, *Storia dell'Italia Moderna, III, La Rivoluzione nazionale 1846-1849*, Milano 1979; G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO, *Il Mondo contemporaneo dal 1848 a oggi*,

Nella penisola italiana in particolare, il dibattito costituzionale durante il 1848 fu molto acceso fino a scatenare rivolte popolari che mirarono ad ottenere la concessione di carte dei diritti[6], prima fra tutte quella di Palermo del 12 gennaio di quello stesso anno che rivendicò l'autonomia dell'isola ed il ripristino della costituzione siciliana del 1812[7]. Il moto secessionista siciliano innescò nel Regno una serie di agitazioni sociali a catena sino a toccare il Cilento e la capitale del Regno, Napoli[8]. Furono tali sommosse a spingere Ferdinando II di Borbone[9] a concedere al popolo in rivolta la costituzione napoletana del 29 gennaio 1848, che avrebbe dovuto costituire un vero e proprio atto di pacificazione con il popolo[10]. Pietro Calà Ulloa a tal proposito scriveva:

> Annunciavasi governo parlamentare, i ministri, fra dieci dì, rediger doveano lo Statuto. Letto l'editto sorse tripudio, come sempre e dovunque sconfinato. Innumerevoli voci e plausi al re e al Papa. Moltitudine immensa precipitavasi a Toledo, la percorrea, la ripercorrea. Poscia coll'ingombro de' cocchi, il popolo su' lati, balconi e terrazzi stivati di spettatori. Tutti segnati con nastri tricolori, tutte le classi confuse. (…) La plebe per la sol curiosità si affollava. Il re uscì dalla reggia co' suoi fratelli e gran seguito. Cavalcava sorridente, ed il tripudio allora fu delirio. (…) La calca impediva al re di muover passo, grida e plauso l'assordavano. Nella sera furon luminarie, fiaccole su' cocchi, strepiti di gioja ne' teatri. A notte inoltrata riposò, ma per stanchezza la città[11].

Roma – Bari, Laterza, 2011; P. VIOLA, *Storia moderna e contemporanea*. Vol. III: *L'ottocento*, Torino 2000.

[6] Così L. LACCHÈ, *Le carte ottriate. La teoria dell'octroie le esperienze costituzionali nell'Europa postrivoluzionaria* in Giornale di storia costituzionale n. 18 / II semestre 2009, p. 229

[7] G.S. PENE VIDARI, *Lineamenti di storia giuridica*, a cura di V. Gigliotti, Torino 2013, p. 295.

[8] Cfr. G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna, III, La rivoluzione nazionale 1846-1849*, Milano 1979, 69; L. PARENTE, *Francesco Paolo Bozzelli e il dibattito sulla costituzione napoletana del 1848* in *Rassegna storica del Risorgimento,* Anno LXXXVII- fascicolo III- Luglio-Settembre, Roma 2000, p. 360.

[9] Cfr. R. MOSCATI, *Ferdinando II di Borbone,* Napoli 1947; M. HERMAN**,** *Napoli al tempo di re Bomba*, Napoli 1995; A. SCIROCCO, *Ferdinando II diBorbone*, in Dizionario biografico degli italiani. XLVI, Roma 1996; A. SPAGNOLETTI, *Storia del Regno delle Due Sicilie*, Bologna 1997; A. PAGANO, *Due Sicilie 1830-1880*, Lecce 2002; F. MASTROBERTI, *Tra scienza e arbitrio, il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005.

[10] Tale atto di pacificazione va individuato nella disposizione contenuta nell'art. 31 della costituzione: «Il passato rimane coperto d'un velo impenetrabile, ogni condanna sinora profferita per politiche imputazioni è cancellata, ed ogni procedimento per avvenimenti successi sinora viene vietato». Il testo originale della carta del 1848 è conservato presso l'Archivio di Stato di Napoli in *Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, *semestre I*, Napoli 1848. Cfr. P.A. ABATEMARCO, *Comento ai principali articoli della Costituzione del 1848*, Napoli 1849, p. 25.

[11] P. CALÀ ULLOA, *Il Regno di Ferdinando II*, a cura di G. DE TIBERIS, Napoli 1967, p. 134 e ss.

La costituzione fu emanata sotto la presidenza del Consiglio dei ministri di Nicola Maresca Donnorso, Duca di Serracapriola[12] e fu elaborata in pochissimi giorni, ed in maniera del tutto autonoma, da Francesco Paolo Bozzelli (1786-1864)[13], ministro dell'interno del nuovo gabinetto costituzionale nominato con decreto del 30 gennaio 1848[14].

Bozzelli fu un moderato e liberale, avverso a programmi e soluzioni democratico-radicali, che vedeva piuttosto in un regime monarchico - costituzionale, sorretto da uomini devoti alla libertà, il più idoneo sbocco alla delicata situazione politica del Regno delle Due Sicilie. Egli trasfuse nel testo della carta napoletana le sue idee di matrice liberale maturate nel corso di un lungo esilio trascorso in Francia dopo i moti rivoluzionari del 1820-21. In tale periodo, durato oltre 15 anni, l'avvocato pugliese espose in numerosi saggi in lingua francese le sue concezioni politiche, come ad esempio nell'opera l' *Esquisse politique sur l'action des forces sociales dans les differentes espèces de gouvernement*[15], dove teorizzò la forma di governo monarchico -costituzionale quale l'unica capace di garantire stabilità e ordine nel quadro d'una realistica valutazione delle forze operanti nella società[16]. In esso il Bozzelli polemizzò con le "astrattezze giacobine" e in generale con quelle che definì utopie democratiche, negando che in qualche momento storico o in qualche determinato paese fosse stata realizzata la democrazia. Lo scritto ebbe favorevoli accoglienze e positive recensioni come quella del *Journal des Savans*. L'opera comparve anonima nel 1826 a Bruxelles pubblicata all'insaputa dello stesso Bozzelli per mano di un suo amico che ne aveva ricevuto il manoscritto.

Al rientro in Italia nel 1837 la sua cultura giuridica e la sua integrità morale maturata negli anni dell'esilio garantirono a Bozzelli un grande prestigio all'interno del partito liberale delle Due Sicilie. La popolarità del Bozzelli divenne ancora

---

[12] Su Nicola Maresca Donnorso di Serracapriola (San Pietroburgo, 13 agosto 1790 – Portici, 17 novembre 1870). cfr. M. MERIGGI, voce *«Maresca Nicola»* in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXX, Roma 1971 e la bibliografia ivi citata.

[13] Su Francesco Paolo Bozzelli (Manfredonia, 22 maggio 1786 – Napoli, 2 febbraio 1864) cfr. G. OLDRINI, *La cultura filosofica napoletana dell'ottocento*, Bari 1973 e la bibliografia ivi citata; L. PARENTE, *Francesco Paolo Bozzelli e il dibattito sulla costituzione italiana del 1848*, «Rassegna storica del Risorgimento», LXXXVII, luglio-settembre 2000, fasc. III. Estr. Istituto per la storia del risorgimento italiano, Roma 2000.

[14] Decreto n. 3 del 30 gennaio 1848 in *Collezione di leggi e de' decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, I, Napoli 1848, p. 37. Il decreto reca il numero 3 in quanto fa parte della «Nuova serie di leggi e decreti sotto il Regno Costituzionale di Ferdinando II. Secondo la ricostruzione operata dal Candeloro, il Bozzelli elaborò «un testo fondato sulla Costituzione francese del '30. Nel lavoro di preparazione egli evitò di consigliarsi con altri liberali e subì l'influenza del re». Nella sua redazione del testo costituzionale il Bozzelli non prese infatti in considerazione le indicazioni e gli spunti provenienti dai liberali Poerio, D'Ayala e Troya. Cfr. G. CANDELORO, *op. cit.*, p. 128.

[15] F.P. BOZZELLI, l'*Esquisse politique sur l'action des forces socials dans les differentes espèces de gouvernement,* Bruxelles 1827.

[16] G. D'AGOSTINO, *Francesco Paolo Bozzelli*, in Dizionario Biografico degli Italiani, Roma 1971, vol. 13.

maggiore dopo un nuovo periodo di prigionia subito nel 1844 assieme a Carlo Poerio e Mariano d'Ayala. Per queste ragioni, dopo l'inizio dell'insurrezione siciliana del 12 gennaio 1848 e nell'obiettivo di pacificare le istanze dei liberali, la scelta di affidare la predisposizione di un testo costituzionale in tempi brevissimi cadde su Francesco Paolo Bozzelli. Il Bozzelli pose immediatamente mano all'idea di ripristinare la Costituzione napoletana del 1820, presto rivelatasi di difficile attuazione. Infatti, la difficoltà di adeguare quel testo alle mutate condizioni politiche e sociali del Regno convinsero Bozzelli che sarebbe stato più opportuno predisporre una carta costituzionale completamente nuova con un Parlamento, a differenza di quella del '20, di tipo bicamerale. In una petizione al sovrano, infatti, i costituzionalisti napoletani chiedevano: «d'accordo con la Maestà Vostra, quelle modifiche che sono richieste dalla civiltà dei tempi e dalle mature condizioni politiche dei due popoli; fra le quali modifiche quella principalissima, anzi indispensabile, della ripartizione della legislatura in due camere[17]».

2. Gli anni trascorsi in Francia spinsero Bozzelli verso il modello costituzionale varato da Luigi Filippo d'Orleans nel 1830[18], che si basava su un sistema rappresentativo e censitario ove venivano garantite l'uguaglianza di fronte alla legge, la libertà individuale, la libertà individuale religiosa e di opinione e l'inviolabilità della proprietà[19].

In particolare, la costituzione duo siciliana risultò composta di 89 articoli che ricalcavano di fatto sia la Costituzione francese del 1830 (eccetto nei punti relativi alle autonomie locali) che la Costituzione belga del 1831: essa veniva suddivisa in disposizioni generali (artt. 1-31); Camere Legislative (artt. 32-42); Camera de' Pari (artt. 43-48); Camera de' Deputati (artt. 49-63); Del Re (artt. 63-70); De Ministri (artt. 71-80); Dell'Ordine Giudiziario (artt. 81-86) e disposizioni transitorie (artt. 87-88).

Lo statuto napoletano si apriva con un preambolo - presente in tutte le costituzioni ottriate del '48 (la Costituzione dello Stato Pontificio, la Costituzione del Granducato di Toscana e lo Statuto Albertino) -, che precedeva gli articoli veri e propri. Il preambolo offriva spunti per interpretare l'essenza del testo costituzionale dal punto di vista del sovrano illustrando le caratteristiche generali della concessione dei diritti

[17] S. GAETANI, *Un carteggio inedito di F.P. Bozzelli*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, gennaio-marzo, Roma 1922, p. 8.

[18] Sulla costituzione francese del 1830 cfr. P. ROSAN -VALLON, *La monarchie impossibile: les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris 1994; P. PASQUINO, *La teoria costituzionale della «monarchia di luglio»* in *«materiali per una storia della cultura giuridica»*, fondati da G. Tarello XVIII, Milano 1988 .

[19] Sui moti del 1830-1831 e sulla costituzione francese del 1830 cfr. J. TULARD, *Les Révolutions de 1789 à 1851*, tomo IV dell'«Histoire de France» a cura di J. Favier, Paris 1985; E. DE WARESQUIEL - B. YVERT, *Histoire* de *la Restauration (1814-1830)*, Paris 2002; G. ANTONETTI, *Louis-Philippe*, Paris, 2002.

con un tono piuttosto paternalistico[20]. Il preambolo infatti sottolineava il carattere spontaneo e benevolo della concessione della carta costituzionale da parte del sovrano, definendola piena libera e spontanea[21].

La Costituzione dichiarava inoltre il Regno delle Due Sicilie come una «temperata monarchia ereditaria costituzionale sotto forme rappresentative»[22], dove il termine temperata – secondo Carlo Ghisalberti - stava a significare non democratica. Infatti tale costituzione era «un octroi derivante dalla volontà di un sovrano che benignamente e graziosamente la concede ai sudditi, autolimitando con questa concessione i propri poteri e le proprie prerogative, non può essere considerata democratica»[23]. Nella carta duo siciliana la monarchia non veniva più considerata assoluta, ma temperata da una costituzione basata su forme rappresentative[24].

Sotto il profilo della possibilità di revisione della costituzione, la carta taceva, al pari di quella francese. La mancanza di indicazioni in ordine alla possibilità di modificare la costituzione avrebbe aperto la soluzione della possibile modifica da parte del parlamento nelle sue ordinarie forme d'esercizio del potere legislativo[25]. Vi era in realtà una norma che prevedeva la possibilità di modificare la costituzione soltanto con riferimento alla Sicilia. Infatti si legge all'art. 87:

> Talune parti di questa costituzione potranno essere modificate pe' Nostri Domini di là del Faro, secondo i bisogni e le condizioni particolari di quelle popolazioni[26].

In tal modo, affermando che la costituzione concessa poteva essere modificata solo per i territori relativi alla Sicilia, ormai di fatto indipendente dal Regno[27],

---

[20] Il preambolo da un lato pone l'accento sulla magnanimità dei monarchi, i quali volontariamente autolimitano il proprio potere assoluto sottoponendolo all'osservanza di un atto costituzionale, ma dall'altro denuncia anche la forzatura della concessione, fatta più per arginare minacciosi eventi rivoluzionari che per convinzione. CASANA, *op. cit.*,p. 5.

[21] Visto l'Atto Sovrano del 29 gennajo 1848, col quale aderendo al voto unanime dei nostri amatissimi Popoli, abbiamo di nostra piena, libera e spontanea volontà promesso di stabilire in questo Reame una Costituzione corrispondente alla civiltà dei tempi, additandone in pochi e rapidi cenni le basi fondamentali. *Costituzione Napoletana del 1848*, in ABATEMARCO, *op. cit.*, p. 7.

[22] Ivi, art. 1: «Il Reame delle Due Sicilie verrà d'oggi innanzi retto da temperata Monarchia ereditaria - costituzionale sotto forme rappresentative».

[23] Secondo il giudizio di C. GHISALBERTI, *Istituzioni e società civile nell'età del risorgimento,* Bari 2005, p. 134, se si guarda alla fonte dalla quale scaturiva tale costituzione e questa è «un octroi derivante dalla volontà di un sovrano che benignamente e graziosamente la concede ai sudditi, autolimitando con questa concessione i propri poteri e le proprie prerogative, non può essere considerata democratica».

[24] Le «forme rappresentative», infatti possono essere molteplici, basti pensare che già all'interno dei regimi assoluti si era tentato di realizzare delle forme di rappresentanza attraverso il sistema della monarchia consultiva. CASANA, *op. cit*., p. 9.

[25] LANDI, *op. cit.*,p. 1155.

[26] *Costituzione Napoletana del 1848*, cit., art. 87.

[27] Dopo i moti Siciliani del gennaio 1848, il 25 marzo si riunì a Palermo il Parlamento siciliano, eletto con una legge elettorale tra il 15 e il 18 marzo. Il Parlamento decretò l'istituzione di un governo provvisorio, composto da un presidente eletto dal Parlamento stesso, e di sei ministri, nominati dal

implicitamente la si dichiarava immutabile per la parte continentale della monarchia. La norma in commento testimonia la centralità della questione siciliana quale problema cruciale della politica interna del governo borbonico[28] il quale cercò, attraverso tale previsione, di fare qualche concessione agli isolani.

Un tema di massima attualità nel Regno delle Due Sicilie riguardava l'autonomia delle province, che i ceti borghesi liberali rivendicavano sin dalla fine del '700. Tuttavia, a tale richiesta il Bozzelli rispose con particolare forza per conservare un governo unitario dello Stato[29]: difatti, egli ridusse la competenza del potere municipale ed affidò alla legge, ossia all'organizzazione politica generale o centrale, la cura di ordinare le circoscrizioni locali ed i loro organi pubblici con le relative competenze[30].

Particolari differenze rispetto alla Carta dei diritti francese del 1830 furono invece introdotte con riferimento alla libertà di culto. Infatti, mentre l'art.5 della Carta di Luigi d'Orleance garantiva la libertà di culto e di ogni religione[31], la Costituzione di Napoli poneva la religione cattolica come l'unica dello Stato «senza che potesse mai permettersi l'esercizio di alcun'altra»[32]. L'introduzione di tale norma rispondeva all'idea di Bozzelli secondo cui non si poteva fare una Costituzione se non cominciando con lo stabilire quale dovesse essere la religione dello stato[33].

Secondo George Weill in Francia la libertà di culto derivava da una concezione ormai laica dello Stato[34] . A Napoli, invece, le idee di laicità, importate durante il decennio francese furono combattute durante la Restaurazione, nell'obiettivo di

---

Presidente. Elesse quindi come Presidente Ruggero Settimo. Il 13 aprile il Parlamento deliberò che: «Ferdinando Borbone e la sua dinastia sono per sempre decaduti dal trono di Sicilia. La Sicilia si reggerà a governo costituzionale, e chiamerà al Trono un Principe italiano, dopo che avrà riformato il suo Statuto». CANDELORO, *op. cit.*, pp. 225-226.

[28] PARENTE, *op. cit.* p. 368. Il problema della Sicilia fu il più difficile tra tutti quelli che il primo ministero costituzionale napoletano dovette affrontare. I siciliani miravano infatti all'indipendenza dell'isola dal resto del regno e chiedevano di poter battere moneta propria; di avere propri ministeri della marina, degli esteri e della guerra, di essere governati da un viceré scelto dalla famiglia reale o comunque siciliano.

[29] *Ibidem*.

[30] Secondo Cortese, «il Bozzelli, cui si attribuirà poi il merito e più la colpa della scelta del tipo di Costituzione, sostanzialmente non fece altro che accettare quanto era nei desideri dei liberali napoletani e quanto aveva già fissato personalmente il re nel suo Atto sovrano. I provinciali, sostenitori del decentramento, soltanto in seguito faranno sentire la loro voce discordante e ad essi si uniranno poi molti dei Napoletani». N. CORTESE, *Il Mezzogiorno ed il Risorgimento italiano*, Napoli 1965, p. 404.

[31] «Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection». Costituzione francese del 1830, art. 5 in C. DEBBASH ET J. M. PONTIER, *Les Constitutions de la France*, Paris 1989, p. 16.

[32] *Costituzione Napoletana del 1848*, cit., art. 3. «L'unica religione dello stato sarà sempre la cristiana cattolica apostolica romana, senza che possa mai essere permesso l'esercizio di alcun'altra religione».

[33] «On ne fait aujourd'hui une constitution représentative qu'en commençant par établir quelle doit être la religion de l'état; et l'on tomb e dans des méprises, dans des contradictions qui troublent la paix de l'état et sapent les bases de la religion». BOZZELLI, *L'esquisse politique*, cit., p. 376.

[34] G. WEILL, *Historie de l'idèe laique en France au XIX siècle*, Paris 1929.

ristabilire il connubio trono - altare e quindi negare la legittimazione di ogni potere che non godesse dell'appoggio ecclesiastico[35]. L'impossibilità di dare seguito al modello laico d'oltralpe fu particolarmente sentito durante i moti del 1848 che avevano dimostrato la difficoltà di conciliare il laicismo di matrice francese e la tradizione cattolica intransigente della penisola italiana. Infatti, lo spirito borghese e il laicismo che connotavano la costituzione francese quale elemento fondante per il paese, mal si adattavano al Regno delle Due Sicilie e all'intera penisola italiana dove la situazione era differente soprattutto per il peso consistente di una tradizione cattolica che, nell'assenza di uno stato unitario, «aveva nei secoli fatto della Chiesa un essenziale referente della vita sociale»[36]. In tale contesto ben si giustifica la scelta del Bozzelli che introdusse il concetto di «religione di stato», respingendo anche la libertà religiosa nonostante gli accordi del 1818, intercorsi tra il Regno delle Due Sicilie e la Santa Sede[37], che definivano la religione cattolica del Regno «dominante ma non intollerante»[38].

Il particolare atteggiamento intransigente sulla libertà religiosa del testo napoletano si ricollega alla stessa origine del Regno, legittimato, fin dall'epoca normanna, da un'investitura pontificia e quindi legato alla Chiesa da una sorta di rapporto feudale, dal quale, tuttavia, i sovrani borbonici avevano cercato di sciogliersi fin dal XVII secolo[39]. L'influenza della Chiesa nel Regno delle Due Sicilie era però ancora molto radicata, tanto che Ferdinando II mantenne il privilegio della Legazia Apostolica come si legge nell'art. 63 della costituzione stessa[40].

---

[35] La lotta degli ambienti conservatori e della Sede Apostolica contro ogni recupero delle idealità laicizzanti dominanti la vita intellettuale nella penisola italiana della Restaurazione era sempre viva. Questa era affiancata da quanti, legati alla teologia del potere propria delle sua tradizione, come Antonio Capece Minutolo principe di Canosa, Monaldo Leopardi e il Taparelli D'Azeglio, tendevano a difenderla e a propagandarla come la sola corrispondente ai dettami della fede. N RAPONI, *I conservatorie i controrivoluzionari dalla Restaurazione all'Unità,* in *Bibliografia del Risorgimento: 1970-2001*, Firenze 2003, vol. I, p. 139 ss.

[36] GHISALBERTI, *op. cit.*, p. 198.

[37] Sul Concordato del 1818 cfr. A. MERCATI, *Raccolta di concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le Autorità Civili*, Roma 1919; W. MATURI, *Il Concordato del 1818 tra la Santa Sede e le due Sicilie*, Firenze 1929.

[38] All'art 1 del Concordato (CLD, 1818, vol. unico, pp. 178 ss) si legge infatti «la religione cattolica apostolica romana è la sola religione del Regno delle Due Sicilie; e vi sarà sempre conservata da tutti i diritti e prerogative che competono, secondo l'ordinazione di Dio e le sanzioni canoniche». La costituzione napoletana si mostrava più laica dello Statuto Albertino o di quello di Leopoldo II o dello stesso Statuto costituzionale del regno di Sicilia che pongono all'art. 1 la religione cattolica apostolica romana come la sola ed unica religione dello Stato. PARENTE, *op. cit.*, pp. 368-369.

[39] CASANA, *op. cit.*, p. 23.

[40] Secondo Bozzelli, nei governi dispotici «la religion joue toujours le premier rôle; parce que là le trône ne pourrait se soutenirsans se placer sur l'autel, ni l'autel sans se placer sur le trône: la raison, dans cet ordre de choses, ne doit se mêler d'examiner la nature ni de l'un, ni de l'outre». Infatti, la Costituzione di Cadice del 1812 rappresentava il tipico esempio di Carta dei diritti confessionale, ideata più in funzione clericale e antinapoleonica che non per garantire diritti e libertà fondamentali. Si legge nel suo *Esquisse politique*, cit., p. 376: «En 1812, l'Espagne se donna une constitution; et le premier soin de ses auteurs fut de déclarer que la religion catholique devait y etre absolue, générale,

Nella Costituzione Napoletana del 1848, così come nelle altre costituzioni italiane preunitarie, vennero ammesse inoltre le «classiche libertà ottocentesche personali, di opinione, di stampa, di espressione, d'inviolabilità della proprietà privata»[41]. Infatti, la Costituzione all'art. 24 garantiva la libertà individuale: la norma stabiliva che nessuno poteva essere arrestato «se non in forza di un atto emanato in conformità delle leggi dall'autorità competente, eccetto il caso di flagranza o quasi flagranza[42]. La carta costituzionale stabiliva inoltre all'articolo successivo il principio del giudice naturale precostituito per legge in quanto «niuno può essere tradotto suo malgrado innanzi ad un giudice diverso da quello che la legge determina[43]». Il diritto di proprietà all'art. 26 della Costituzione veniva definito inviolabile. Il pieno esercizio tuttavia poteva essere ristretto da ragioni di pubblico interesse e dietro previa indennità da corrispondere al proprietario[44]. Per quanto concerne invece la libertà di stampa - cavallo di battaglia delle forze liberali – la Costituzione napoletana stabiliva all'art. 30 che questa era «libera e solo soggetta ad una legge repressiva, da pubblicarsi per tutto ciò che può offendere la religione, la morale, l'ordine pubblico, il re, la famiglia, i sovrani esteri e le loro famiglie, non che l'onore e l'interesse de' particolari. Sulle stesse norme a garentire preventivamente la moralità dei pubblici spettacoli, verrà emanata una legge apposita; e fino a che questa non sarà sanzionata, si osserveranno su tale obbietto i regolamenti in vigore. La stampa sarà soggetta a legge preventiva per le opere che riguardano materie di religione trattate *ex professo»*[45].

Tale libertà pertanto viene prima dichiarata e poi limitata da una legge preventiva per le opere concernenti la materia religiosa e da una legge repressiva, che vanno dalla religione alla morale, dall'ordine pubblico alla figura del re, dalla famiglia all'onore e all' interesse dei singoli individui[46].

Ulteriore peculiarità della Costituzione napoletana del 1848 rispetto a quella francese si rinviene nell'ultima norma delle disposizioni generali che nel prevedere la cancellazione delle condanne politiche contribuisce a rendere la carta ottriata un atto di pacificazione con il popolo napoletano. Infatti, l'art. 31 prevedeva che «Il passato

---

exclusive, et protégé e directement par les lois. Je crois qu'on peut justifier cet acte, quand on se tan sport eaux circonstances malheureuses de cette époque, en Russie, on avait persuadé les Cosaques, pour les armer en masse, que Bonaparte était l'antéchrist, et queles Français étaient des diables; mais cette comédie avait èté auparavant jouée en Espagne».

[41] CASANA, *op. cit*., p. 20.

[42] Costituzione napoletana, cit., art. 24. «La libertà individuale è garentita. Niuno può essere arrestato se non in forza di un atto emanato in conformità delle leggi dell'autorità competente, eccetto il caso di flagranza o quasi flagranza. In caso di arresto per misura di prevenzione l'imputato dovrà consegnarsi all'autorità competente fra lo spazio improrogabile delle ventiquattro ore, e manifestarsi al medesimo i motivi del suo arresto».

[43] Ivi, art. 25. «Niuno può essere tradotto suo malgrado innanzi ad un giudice diverso da quello che la legge determina: né altre pene possono essere applicate a' colpevoli se non quelle stabilite dalle leggi.

[44] Ivi, art. 26. La proprietà de' cittadini è inviolabile. Il pieno esercizio non può essere ristretto se non da una legge per ragione di pubblico interesse. Niuno può essere astretto a cederla, se non per cagione di utilità pubblica riconosciuta, e previa sempre la indennità corrispondente a norma delle leggi».

[45] *Costituzione napoletana*, cit., art. 30, p. 25.

[46] CASANA, *op. cit*., p. 21.

rimane coperto d'un velo impenetrabile, ogni condanna sinora profferita per politiche imputazioni è cancellata, ed ogni procedimento per avvenimenti successi sinora viene vietato»[47]. Il 17 gennaio del 1848 il governo borbonico diede materialmente esecuzione a tale precetto attraverso l'approvazione, da parte di Ferdinando II, di un rapporto rassegnato dal Ministro di Grazia e Giustizia Buonanni inerente la concessione di un progetto di indulgenza[48].

3. L'influenza del modello costituzionale francese del 1830 appare evidente con riferimento alle norme che disciplinano il potere legislativo. Il sistema parlamentare bicamerale previsto dalla carta d'oltralpe si ispirava a sua volta al modello della costituzione del 1814 concessa a seguito della restaurazione borbonica sul trono di Francia[49]. Il Bozzelli durante la sua esperienza francese recepì i postulati della dottrina del bicameralismo propri della carta costituzionale d'oltralpe i quali furono puntualmente riprodotti nella costituzione napoletana, statuendo che il parlamento era formato da due camere: la Camera dei Pari e la Camera de' Deputati. La prima era composta da un numero di membri illimitato, nominati a vita dal re, tra i cittadini di

[47] ABATEMARCO, *op. cit.*,, p. 25. Il governo tuttavia come applicazione era riuscito a concedere soltanto il 1 febbraio 1848 l'amnistia a tutti i condannati o imputati per i fatti dal 1830 in poi, mentre il ministro della Guerra non arriverà a presentare il progetto di legge sulle pensioni per gli ufficiali e gli impiegati del ramo militare implicati per la rivoluzione del 1820, per le vedove e gli orfani. N. CORTESE, *op. cit.*, p. 19.

[48] «Rapporti che si rassegnano a sua Maestà per la Sovrana risoluzione del Consiglio Ordinario del Re de' 17 febbraio 1848. Con atto sovrano del 10 andante S.M. si è degnata di dare ai Suoi Popoli la Costituzione politica della Monarchia proclamata e sanzionata nell'annunciato giorno. E' volere della Maestà Sua aggiungere a tal beneficio tratti di clemenza a favore di imputati e condannati. Nel concedere la formazione di un progetto di indulgenza, si è S.M. degnata di palesare le sagge sue vedute all'oggetto; e nel compiersi l'onorevole incarico, attenendosi alle norme offerte dalla Reale Saviezza, si è formato il seguente progetto che si sottopone ai lumi di Sua maestà Volendo Noi, in occasione della Costituzione politica della Monarchia proclamata e sanzionata con l'atto sovrano del 10 andante, usar di Nostra Sovrana clemenza che mitigando a favore di imputati e condannati la severità della giustizia volga a portarci il generale giubilo pure nei luoghi di detenzione e di pena». Archivio di Stato di Napoli, *Ministero e Real Segreteria di Stato di Grazia e Giustizia*, vol. I, 1848. *Rapporti che si rassegnano a sua Maestà per la Sovrana risoluzione del Consiglio Ordinario del Re de' 17 febbraio 1848*, pp. 40v-41v.

[49] Con la restaurazione borbonica una nuova carta costituzionale venne concessa ai francesi per grazia del sovrano senza che fosse deliberata da un'Assemblea costituente come le precedenti. Pur ribadendo la teoria della sovranità per diritto divino, non sconfessava alcune importanti conquiste politiche e sociali della rivoluzione quali l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, l'abolizione dei privilegi fiscali, la libertà di pensiero, di espressione, di religione. Riservava al re non solo il potere esecutivo, ma anche l'esclusivo diritto dell'iniziativa legislativa. Introduceva, inoltre, un sistema bicamerale composto da una Camera dei pari, di nomina regia, e da una dei deputati, eletti a suffragio assai ristretto. Garantiva una certa indipendenza della magistratura, poiché i giudici, pur essendo nominati dal re, erano inamovibili. La carta costituzionale del 1814 tracciò le linee secondo cui si resse lo stato francese fino alla rivoluzione del 1848. Sull'argomento cfr J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Parigi 1968.

30 anni di età[50], appartenenti alle categorie elencate dall'art. 47[51]. I principi di sangue erano pari di diritto, entravano a far parte della camera a 25 anni, ma votavano a 30[52]. La Camera dei Pari si costituiva in alta corte di giustizia per giudicare «de' reati d'alto tradimento e d'attentato alla sicurezza dello Stato»[53] di cui fossero imputati i membri del Parlamento e i ministri posti in stato d'accusa dalla Camera de' deputati[54]; la disciplina della Camera de' Pari[55] era stata mutuata dalla Costituzione francese del 1830 la quale, all'art. 20, definiva la Camera dei pari quale «parte essenziale della potenza legislativa»[56].

La Camera de' Deputati era composta invece di deputati, in proporzione di un membro ogni 40 mila cittadini, eletti per cinque anni ed immediatamente rieleggibili[57]. Elettori ed eleggibili erano i cittadini di 25 anni di età che non si trovassero in stato di fallimento, o sottoposti a giudizio criminale ed avessero i requisiti stabiliti dall'art. 56[58]. A giudizio di Pietro Antonio Abatemarco, quella contenuta all'art 56 era una buona disposizione «per dar almeno una rappresentanza nell'elezione a coloro che non hanno il censo legale per intendervi».[59] Elettori ed

---

[50] *Costituzione napoletana*, cit., art. 43. «I Pari sono eletti a vita dal Re, il quale nomina fra i Pari il Presidente ed il Vice presidente della camera, per quel tempo che giudica opportuno». Il successivo articolo 44 della costituzione napoletana sanciva che «il numero de' Pari è illimitato». ABATEMARCO, *op. cit*., p. 31

[51] Cfr. LANDI, *op. cit*., p. 1157.

[52] *Costituzione napoletana*, cit., art. 46. I principi del sangue sono pari di dritto, e prendono posto immediatamente appresso il Presidente. Essi possono entrare nella Camera alla età di anni venticinque, ma non dare voto che all'età compiuta di trenta anni.

[53] Ivi, art. 48. La Camera de' pari si costituisce in alta Corte di giustizia per conoscere de' reati di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato, di cui possono essere imputati i componenti di ambedue le camere legislative.

[54] Ivi, art. 74. La sola Camera de' deputati ha il diritto di mettere in istato di accusa i ministri per gli atti di cui questi sono responsabili. La Camera de' pari ha esclusivamente la giurisdizione di giudicarli.

[55] Sulla parìa di Francia cfr. J.-L. COURSON, *1830: la Révolution tricolore*, Paris 1965; J. TULARD, *Les Rée*» a cura di J. Favier, Paris 1985; E. DE WARESQUIEL - B. YVERT, *Histoire de la Restauration (1814-1830)*, Paris 2002.

[56] *Costituzione francese del 1830*, cit., art. 20: «La Chambre des Pairs est une portion essentielle de la puissance législative».

[57] *Costituzione napoletana*, cit., art. 49: «La Camera de' deputati si compone di tutti coloro i quali, eletti alla pluralità dei suffragi, ne ricevono il legittimo mandato dagli elettori corrispondenti.

[58] Ivi, art. 56: «Sono elettori: 1) Tutti coloro i quali posseggono una rendita imponibile, di cui sarà determinata la quantità dalla legge elettorale; 2) i membri ordinarii delle tre Reali Accademie; 3) i cattedratici titolari della Regia Università degli studii, e né pubblici Licei autorizzati dalle leggi; 4) i professori laureati della Regia Università degli studii ne' diversi rami delle scienze, delle lettere, e delle belle arti; 5) i decurioni, i sindaci e gli aggiunti delle Comuni, che trovansi nell'effettivo esercizio delle loro funzioni; 6) i pubblici funzionari giubilati con pensione di ritiro di annui ducati centoventi, e di militari di ogni arma, dal grado di uffiziale in sopra, i quali godano anche essi di una pensione di ritiro».

[59] ABATEMARCO, *op. cit*., p. 40: «Gli Intendenti, i segretari generali di intendenza, i sottointendenti, non potevano essere mai elettori nè eleggibili». Cfr. LANDI, *op. cit*., p. 1158.

eleggibili costituivano, pertanto, un corpo ristretto e qualificato[60]. Questo punto differiva dalla Costituzione francese del 1830 che prevedeva, invece, che per poter essere eletti alla camera dei deputati, era necessaria un'età non inferiore ai trent'anni[61], mentre per quanto riguarda l'elettorato attivo erano richiesti venticinque anni di età[62]. Le liste degli elettori e degli eleggibili dovevano essere formate da giunte elettorali comunali, composte dal sindaco e da quattro decurioni, ed in Napoli da giunte di quartiere, presiedute dall'eletto, e composte di quattro notabili designati dal decurionato[63].

Il parlamento durante la sua vita breve ed agitata, non giunse ad approvare nessuna legge. Tuttavia ove avesse funzionato, la procedura legislativa prevedeva che i progetti di legge dovevano essere discussi in sedute pubbliche d'ambo le camere, ed approvati dalle stesse, a maggioranza dei voti e con pubblica votazione[64]uniformemente nelle due camere, potendo solo allora essere inviate alla sanzione del re.

> Art 39. Un progetto di legge discusso e votato in una Camera non può essere inviato alla sanzione del Re, se non dopo essere stato discusso e votato uniformemente nell'altra[65].

Conformemente al modello ispiratore francese, al parlamento era affidato il potere legislativo, potere tuttavia condiviso col monarca[66]. Questi infatti aveva il potere di sanzionare le leggi votate dalla due Camere. Questa funzione era talmente importante che la legge priva della sanzione reale non poteva essere più esaminata nella sessione

---

[60] Per la prima elezione della camera era prevista una legge elettorale provvisoria così come recitava l'art. 62: «per la prima convocazione delle camere legislative sarà pubblica una legge elettorale provvisoria, la quale non diverrà definitiva se non dopo essere stata esaminata e discussa dalle camere medesime nel primo periodo della loro legislatura». Ivi, p. 41

[61] *Costituzione Francese del 1830*, cit., art. 32: «Aucun député ne peut être admis dans la Chambre, s'il n'est âgé de trente ans et s'il ne réunit les autres conditions déterminées par la loi».

[62] Ivi, art. 34: «Nul est électeur, sil a moins de vingt-cinq ans, et sil ne réunit les autres conditions déterminées par la loi».

[63] Il collegio elettorale si riuniva nel capoluogo del medesimo ed eleggeva a maggioranza di voti, espressi con «polizzini» il proprio presidente. Poi ogni elettore scriveva su un polizzino tanti nomi quanti erano i deputati da eleggere, e l'introduceva nell'urna. Erano eletti coloro che avevano più voti. Questa legge, però fu subito modificata col r.d. del 5 aprile 1848, il quale, in verità modificava anche la costituzione, perché parificato il censo degli elettori e degli eleggibili, accordava i diritti elettorali ai professionisti, laureati, cattedratici, industriali, commercianti. L'elezione avveniva a maggioranza assoluta di voti, altrimenti la giunta ordinava il ballottaggio. Le elezioni del 18 aprile 1848 si svolsero in tal modo, e ne uscì il famigerato parlamento del 15 maggio. Cfr. LANDI, *op. cit.*, p. 1159.

[64] *Costituzione napoletana del 1848*, cit., art. 34: «Le discussioni delle camere legislative sono pubbliche eccetto il caso in cui ciascuna di esse, sulla proposizione del presidente, reclamata e sostenuta da dieci dei suoi componenti, risolva di adunarsi in comitato segreto».

[65] Ivi, art. 39.

[66] PARENTE, *op. cit.*, p. 369

del medesimo anno[67]. Secondo Abatemarco il re, attraverso tale funzione, era parte integrante del corpo legislativo e questo potere era la naturale conseguenza della potestà esecutiva. «Il principato era paragonabile all'istituto del mandato, in cui il principe è il mandatario, ed il legislatore è il mandante. Nelle leggi consiste la sostanza del mandato. Or non v'ha contratto senza reciproco consenso de' contraenti. Invano il legislatore si studierebbe di far leggi, se non trovasse mandatari che si assumessero il carico di eseguirle; in altri termini è necessaria l'accettazione del mandatario. Ogni legge novella è innovazione al mandato. Ella quindi non può essere posta senza il consenso del principe, che è mandatario»[68].

Il potere di controllo del monarca sulla funzione legislativa si esplicava inoltre anche in maniera indiretta attraverso il potere di iniziativa legislativa affidata ai soli ministri, i quali dipendevano sempre e comunque dal re. Questi potevano presentare i progetti all'una o all'altra camera, ma quelli relativi alle contribuzioni o agli stati discussi dovevano essere presentati prima alla Camera de' deputati.

> Art. 38. I Ministri Segretarii di Stato possono presentare indistintamente i progetti di legge di cui sono incaricati, tanto all'una quanto all'altra delle due Camere legislative. Ma i progetti di legge, che intendono a stabilire contribuzioni di ogni specie, o che si riferiscono alla formazione degli stessi discussi, debbono prima essere necessariamente presentati alla Camera de' deputati[69].

Secondo Abatemarco «lo scopo della seconda parte di quest'articolo è stato quello di lasciar libero alla parte del popolo di ripartir le tasse nel modo che stima più conveniente: imperocchè è giusto che coloro i quali debbono pagare, possano eglino stessi vedere da quali cespiti loro sia meno increscevole di prendere il denaro per pagare. La facoltà del consesso aristocratico si debba limitar solamente ad esaminar il progetto nella sua sostanza, e non già negli accidenti, val quanto dire ch'egli possa dare o negare il suo consenso puramente e semplicemente, e non pure proporvi correzioni»[70]. I componenti delle due camere erano inviolabili per le opinioni ed i voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni; non potevano essere arrestati per debiti durante la sessione e nel mese precedente e seguente; né arrestati per imputazioni penali senza l'autorizzazione della camera, salvo il caso di flagrante o quasi flagrante reato[71]. Tali immunità sembrano ispirate agli articoli 29 e 44 della costituzione

---

[67] *Costituzione napoletana*, cit., art. 65: «Al re si appartiene la sanzione delle leggi votate dalle due Camere. Una legge a cui la sanzione reale sia negata non può richiamarsi, ad esame nella sessione del medesimo anno».
[68] ABATEMARCO, *op. cit.*, p. 9.
[69] Ivi, p. 26.
[70] *Ibidem.*
[71] La flagranza avevasi quando un individuo era sorpreso in atto di commettere un reato; la quasi flagranza, quando l'individuo era perseguitato dal pubblico clamore, o quando in tempo e luogo vicino al reato fosse sorpreso con effetti, armi o strumenti che facessero presumerne essere l'autore o il

francese del 1830, che prevedevano rispettivamente l'immunità per i membri della Camera dei pari, i quali «non potevano essere arrestati se non su autorizzazione della camera, e giudicati da essa in materia criminale»[72], e quella relativa ai membri della Camera dei deputati i quali non potevano esser messi sotto accusa né arrestati per crimini, salvo il caso di flagrante delitto, se non dopo che la camera di appartenenza abbia permesso la loro «messa in accusa»[73].

Come nella costituzione francese, anche in quella napoletana il potere esecutivo del re interferiva col potere giudiziario. I giudici erano infatti visti come parte dell'organismo statale e non come coloro che svolgono una funzione autonoma all'interno di esso[74] e la Giustizia veniva pertanto esercitata in nome del re[75]. Il corpo giudiziario era indipendente per sua natura, ma l'idea di indipendenza non comportava necessariamente quella di potere. Scriveva Bozzelli nel suo Esquisse politique:

> Que dépouiller le corps judiciaire de son indépendance, c'est directement blesser l'impartialité et l'intégrité de la justice. Le corps judiciaire est indépendant par sa nature; mais l'idée d'indépendance n'emporte pas nécessairement celle de pouvoir[76].

Secondo l'autore della Costituzione napoletana «l'indépendance est un bienfait d'une autorité supérieure, il ne peut jamais être considéré comme un pouvoir politique»[77]. Tuttavia per il giurista pugliese il magistrato godeva di indipendenza per il solo fatto di esercitare tali funzioni. Sarebbe infatti impensabile per chiunque demolire la sua indipendenza a causa del suo ruolo. Le sue funzioni sarebbero così precise che persino la forza più preponderante non avrebbe presa su di lui. Il giudice agirebbe infatti soltanto secondo la legge .

> Celui qui le nomme ne peut lui imposer ses caprices; parce que la force d'inertie inhérente et invincible dont un magistrat est naturellement doué, l'empêche de se laisser entraîner dans des déviations périlleuses[78].

---

complice. *Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819*, Parte IV, *Leggi della Procedura ne' giudizj penali*, art. 50, Napoli 1819.

[72] *Costituzione Francese del 1830*, cit., art. 29: «Aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre et jugé que par elle en matière criminelle».

[73] Ivi, art. 44: «Aucun membre de la Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la Chambre a permis sa poursuite».

[74] U. ALLEGRETTI, *Profilo di Storia Costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna 1989, p. 487.

[75] Recita l'art. 81 della Costituzione napoletana «la giustizia emana dal Re». ABATEMARCO, *op. cit.*, p. 49.

[76] BOZZELLI, L'*esquisse politique*, cit., p. 354.

[77] Ivi, p. 356.

[78] Ivi, p. 357.

In ossequio a tale principio, Bozzelli intese rafforzare l'autonomia della magistratura garantendo l'inamovibilità dei giudici, dopo 3 anni di esercizio sotto il regime costituzionale[79]. Ai giudici secondo Bozzelli spettava la semplice applicazione della legge. Egli infatti criticava aspramente una prassi particolarmente diffusa in oltralpe che consentiva ai magistrati di colmare le lacune del legislatore attraverso le massime giudiziarie, quindi creando ed innovando il diritto. In tal modo, secondo il giurista, la magistratura ne approfittava per estendere la *lègislation* e pertanto «le lègislateur, n'ayant pas statué sur plusieurs objets, permettait aux magistrats de le faire, dans les occasions requises, selon leurs propres lumières et leur propre conscience» [80]. Tale prassi a giudizio del Bozzelli aveva trasformato il foro in una «tribune parlementaire en miniature»[81].

Per quanto riguarda la figura del monarca, il re partecipava all'esercizio di tutti i poteri[82], era infatti il capo supremo dello Stato e la sua persona era sacra ed inviolabile, non soggetta ad alcuna responsabilità; comandava le forze di terra e di mare e ne disponeva; nominava a tutti gli impieghi d'amministrazione pubblica e conferiva titoli, decorazioni ed onorificenze d'ogni specie; faceva grazie a' condannati, rimettendo o commutando le pene[83]; dichiarava la guerra o concludeva la pace, negoziava i trattati di alleanza e di commercio e ne chiede l'adesione alle camere legislative prima di ratificarli.

Nella costituzione napoletana del 1848 il re esercitava inoltre anche la Legazia Apostolica[84] e tutti i diritti del Real Patronato della Corona[85]. Il sovrano convocava

---

[79] Costituzione napoletana, cit., art. 85: «Nell'Ordine giudiziario i magistrati saranno inamovibili; non cominceranno però ad esserlo se non dopo che vi sieno stati istituiti con nuova nomina sotto l'impero della Costituzione, e che già si trovino di avere esercitato per tre anni continui le funzioni di magistrato».

[80] ABATEMARCO, *op. cit.*, p. 348

[81] Ivi, p. 349

[82] LANDI, *op. cit.*, p. 1161

[83] Tale potere sovrano ebbe maggiore slancio proprio sotto il governo di Ferdinando II di Borbone. A tal proposito Nicolini con una memoria presentata al Sovrano nel 1844 avrebbe segnalato un atteggiamento lassista da parte della magistratura napoletana. Tale atteggiamento «non era dovuto tanto all'indole bonaria dei giudici quanto alla loro insofferenza per l'interventismo del Sovrano negli affari della giustizia». MASTROBERTI, *op. cit.*, p. 261.

[84] Istituto sorto grazie al privilegio concesso da Urbano II, con la bolla Quia propter prudentiam tuam del 5 luglio 1098, a Ruggero I d'Altavilla, conte di Sicilia e Calabria, e del suo successore per cui i re di Sicilia si ritennero legati nati del pontefice e pretesero con ciò che tutta la materia ecclesiastica dell'isola fosse di loro competenza esclusiva. La legazia – ossia la pretesa dei re di Napoli di esercitare in alcuni casi le funzioni di legato apostolico e comunque di esercitare un diritto di veto sulla scelta fatta dal Pontefice - era rivendicata dai sovrani (e contestata dalla Chiesa) e la Chinea (l'omaggio vassallatico annuale al Pontefice) era rivendicata dalla Chiesa (ma contestata dai sovrani). Sull'argomento cfr. G. MALATERRA, *De rebus gestis Rogerii Calabriae et Siciliae comitis et Roberti Guiscardi ducis fratri seius*, a cura di E. Pontieri, Bologna 1927; G. CATALANO, *Studi sulla legazia apostolica in Sicilia*, Reggio Calabria 1973; S. FODALE, *Stato e Chiesa dal privilegio di Urbano II a Giovan Luca Barberi, in Storia della Sicilia*, III, Napoli 1980; ID., *L'Apostolica Legazia e altri studi su Stato e Chiesa*, Messina 1991; S. CERRINI, *Urbano II*, in «Enciclopedia dei Papi», II, Roma 2000.

le sessioni annuali delle camere, le prorogava, le chiudeva, e poteva sciogliere la camera de' deputati convocandone un'altra per nuove elezioni fra lo spazio improrogabile di tre mesi[86]. A tal proposito scriveva Abatemarco «la facoltà del governo di sciogliere la Camera dei deputati per far appello alla pubblica opinione è essenzialissima per evitare che quest'assemblea non degeneri in un corpo demagogico, il governo fa questo appello alla nazione quando il voto dei suoi rappresentanti non gli sembra di corrispondere al voto di lei»[87].

Tra le altre prerogative del re vi era quella non meno importante di poter sciogliere la Guardia Nazionale[88], il cui scopo era quello di difendere la sovranità costituzionale, la costituzione e i diritti in essa consacrati[89]. Circa il ruolo dei Ministri, la carta napoletana non differiva da quella francese. I Ministri infatti potevano essere allo stesso tempo sia membri dell'esecutivo che della Camera dei Pari o dei Deputati. Eppure il filosofo pugliese durante gli anni dell'esilio parigino criticava aspramente il duplice ruolo dei Ministri quali legislatori ed amministratori dello Stato poiché rendeva la responsabilità ministeriale del tutto nulla attraverso la scelta degli agenti dell'amministrazione tra i membri del governo. Secondo il Bozzelli infatti

> D'abord il n'y a rien de plus choquant que de voir des homes appelés à établir des lois en souverains, se déléguer à eux mêmes la charge de les exècuter, et se déclarer comptables en face d'eux-mêmes de tous les actes qui en éludent, en altèrent ou en détruisent l'esprit. Rassembler dans de mêmes mains de si hautes prérogatives et des fonctions si subalternes; envisage les hommes à la fois dans toute l'indépendance de leur volonté comme législateurs, et dans toute la responsabilité de leur conduite comme administrateurs, c'est offrir à l'imagination un mélange ignoble qu'aucune logique humaine ne pourra jamais justifier [90].

Tuttavia nella stesura del testo costituzionale napoletano - forse a causa del precipitare degli eventi nel regno - il Bozzelli preferì ispirarsi nuovamente alla carta costituzionale francese anziché elaborare una disciplina originale ed inedita circa il ruolo dei Ministri.

Per quanto riguarda il potere del monarca, invece, il Bozzelli riteneva che:

---

[85] «L'inviolabilità della persona del Re è una condizione essenziale alla monarchia ereditaria. […] È stato sagacemente immaginato il sistema di far pagare dai soli ministri le colpe del mal governo». ABATEMARCO, *op. cit*., p. 41 e ss.

[86] *Costituzione napoletana*, cit., art. 64.

[87] ABATEMARCO, *op. cit*., p. 43.

[88] La guardia nazionale si qualificò subito per la sua composizione sociale come il braccio armato della borghesia liberale, e il comportamento della stessa fu senza residui, in tutto il regno delle Due Sicilie, decisamente contrario alle rivendicazioni della terra avanzate dai contadini in quei mesi. Questi principi di chiusura antipopolare e anticontadina si vennero affermando particolarmente nei numerosi Circoli costituzionali nati sul territorio regnicolo, nei quali si facevano discussioni retoriche sulla costituzione, trascurando l'impatto politico e simbolico che la carta aveva prodotto nel mondo contadino. A. LEPRE, *Storia del Mezzogiorno nel Risorgimento*, Roma 1969, p. 201-202.

[89] PARENTE, *op. cit*., p. 370.

[90] Ivi, p. 274.

De si cruelles expériences doivent donc nous persuader que l'existence des rois est inévitable en Europe, et que leur renversement n'est ni possible, ni permanent. Certes, quand ils s'attribuent un pouvoir absolu, leur condition est chancelante, précaire et convulsive: ils sont exposés à tous les dangers et à tous les naufrages de la monarchie pure, mais le gouvernement représentatif, qui est le seul qui convienne aujourd'hui à cette partie du globe, non seulement assure et consolide leur prééminence, mais la rend utile au peuple[91].

Pertanto solo il governo rappresentativo rendeva la monarchia più utile al popolo. Ciò in quanto, attraverso la forma rappresentativa della monarchia, il re si autolegittimava quale garante nella tutela dei diritti dei suoi cittadini e allo stesso tempo nel riconoscere al popolo prerogative e libertà, si rivelava essenziale per il funzionamento dello Stato stesso e per i suoi consociati.

Per il Bozzelli, inoltre, la rispettabilità di un monarca era strettamente giustificata dal fatto che «les idées de légitimité, d'inviolabilité, de succession héréditaire, de splendeur, de puissance et de tout ce qui rend la personne du monarque respectable et sacrée, ne sont que l'expression d'autant de besoins qui affectent les seuls amis de la liberté et de la vertu»[92].

Tuttavia secondo il giurista pugliese il re non era più legittimato da Dio. Un trono era da considerarsi legittimo solo ed esclusivamente qualora la sua stabilità ed esistenza interessasse direttamente al popolo amministrando lo stato in funzione di quest'ultimo[93].

4. Il 15 maggio 1848 doveva tenersi la seduta inaugurale del parlamento napoletano. Tuttavia tra i deputati regnava un clima di grande sfiducia attorno alla Costituzione napoletana, la quale «era gradita solo ai moderati di destra, ammiratori della monarchia orleanista, mentre appariva ai radicali ed ai moderati più aperti alle esigenze del progresso ricalcata su di un modello troppo favorevole all'autorità regia e all'aristocrazia»[94]. Per tale motivo i deputati eletti, per la maggioranza moderati, erano convinti che la Costituzione dovesse essere modificata. I deputati giunti nella capitale del Regno sin dal 13 maggio seppero che per la prima seduta avrebbero

[91] Ivi, p. 254.
[92] Ivi, p. 275.
[93] Ivi, p. 262: «Comme le roi n'est pas le gouvernement, et que le gouvernement n'est pas le roi, on ne doit jamais confondre la légitimité de l'un avec la légitimité de l'autre. Le gouvernement est l'action que la société exerce sur elle-même pour atteindre le but, quel qu'il soit, de son existence: le roi est un homme qui, dans une nation décrépite, occupe la première place de l'échelle sociale, afin d'empêcher les désordres résultant de la rivalité de tous ceux qui peuvent concourir à s'en emparer. Ainsi le gouvernement est légitime iorsqu'il s'appuie sur la nature des choses, calculée et déterminée par les circonstances réelles, spontanées et permanentes où la société se trouve».
[94] CANDELORO, *op. cit,* p. 233.

dovuto giurare la costituzione con una formula che non faceva alcun accenno alle modifiche da apportarsi alla costituzione stessa[95]:

> Per lo compimento degli ordini di S.M. si rassegna alla M.V. i progetti di Decreti contenenti la formula dei giuramenti da farsi per la osservanza della Costituzione da S.M. concessa ai suoi amatissimi sudditi. Da Sua Maestà. Da' Principi della Real Famiglia. Dai rappresentanti della Nazione in nome di essa. Può V.M. disporsi di approvare i progetti di Decreti qui uniti: Prometto e giuro innanzi a Dio e sopra i Santi Vangeli di professare e di far professare e difendere e conservare nel Regno delle Due Sicilie la Religione Cattolica e Apostolica Romana, unica religione dello Stato. Prometto e giuro di osservare e far osservare inviolabilmente la Costituzione della monarchia. Promulgata e inviolabilmente sanzionata da noi nel dì 10 febbraio 1848 per lo reame medesimo. Prometto e giuro di osservare e far osservare tutte le leggi attualmente in vigore e le altre che successivamente saranno sanzionate nei termini della emanata della Costituzione del regno. Prometto e giuro ancora di non mai ostentare cosa alcuna contro la Costituzione e le leggi sancite tanto per la proprietà quanto per le persone dei nostri amatissimi sudditi. Così Dio mi aiuti e mi abbia nella sua santa custodia[96] […]

Il deputato radicale Ferdinando Petruccelli della Gattina[97] protestò vivamente sino ad ottenere l'invio di una commissione al presidente del Consiglio Troya[98] per chiedere che il giuramento non avvenisse nella seduta inaugurale. Il Presidente del Consiglio accettò ma dovette scontrarsi col netto rifiuto di Ferdinando II[99]. Tale fatto irritò i deputati i quali attraverso il deputato abruzzese Giuseppe Pica[100] proposero una nuova formula di giuramento. Il re respinse anche la proposta avanzata dal Pica e molti ministri tra i quali il Troya si dimisero. Nel frattempo una grande agitazione si era diffusa in città: una folla numerosa stazionava per il centro di Napoli nei pressi

---

[95] *Ibidem*.

[96] Archivio di Stato di Napoli. *Rapporti che si rassegnano a sua Maestà per la Sovrana risoluzione del Consiglio ordinario del Re del dì 21 febbraio 1848*, foll. 53 v – 54 r.

[97] Su Ferdinando Petruccelli della Gattina (Moliterno, 28 agosto 1815 – Parigi, 29 marzo 1890) cfr. V. VALINOTI - LATORRACA, *F. Petruccelli della Gattina*, Napoli 1915; A. ZAZO, *Il giornalismo a Napoli nella prima metà del secolo XIX*, Napoli 1920; B. CROCE, *La letteratura della nuova Italia*, Bari 1957; L. RUSSO, *I narratori*, Milano 1958; A. BRIGANTI, *Il parlamento nel romanzo italiano del secondo Ottocento*, Firenze 1972; BP. A. TOMA, Giornali e giornalisti a Napoli (1799-1999), Napoli 1999.

[98] Su Carlo Troya (Napoli, 7 giugno 1784 – Napoli, 28 luglio 1858) cfr. R. DE CESARE, *La fine di un Regno*, Città di Castello 1909; Troya Carlo in: *Enciclopedia Biografica Universale*, Roma 2007, Vol. XIX.

[99] Il sovrano duo siciliano fece pubblicare il giorno stesso il programma della cerimonia inaugurale precedentemente concordato contenente la formula di giuramento che i deputati respingevano. CANDELORO, *op. cit.*, p. 234.

[100] Su Giuseppe Pica (L'Aquila, 9 settembre 1813 – Napoli, 31 dicembre 1887) cfr. R. MARTUCCI, *Emergenza* e tutela dell'ordine pubblico *nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio, 1861-1865*, Bologna 1980; A. VESCI, *Briganti a Palazzo Ucciari*, Trento 2006; N. RUGGIERO, *La civiltà dei traduttori. Transcodificazioni del realismo europeo a Napoli nel secondo Ottocento*. Napoli 2009.

del palazzo di Monteoliveto[101] mentre le truppe borboniche iniziarono a disporsi a difesa del palazzo reale. La mattina del 15 maggio[102] i deputati si riunirono nuovamente a Monteoliveto dove respinsero a maggioranza una proposta di Giuseppe Ricciardi di acconsentire alle richieste degli uomini delle barricate. Nella stessa giornata il re attraverso un decreto fece conoscere la formula del giuramento.[103]Ai deputati, tuttavia, anche quest'ultima concessione regia appariva insoddisfacente in quanto non attribuiva alla sola camera elettiva il potere di modificare la costituzione. Intanto in Piazza San Ferdinando iniziò lo scontro a fuoco tra gli insorti e le truppe borboniche[104]. La bandiera rossa era issata sui forti della città[105]. La battaglia durò circa sette ore e fu molto aspra;[106] si concluse con un centinaio di morti e cinquecento feriti tra gli insorti mentre il bilancio fu di quarantasei morti e duecento feriti tra i soldati[107].

Come disse Giustino Fortunato, quel 15 maggio del '48 fu una giornata di sangue non voluta dal popolo né da Ferdinando II[108]. Piuttosto, con Luigi Settembrini, che certamente non era devoto al re, possiamo dire che questa giornata sanguinosa la vollero «i pazzi». Tuttavia anche al Bozzelli stesso possono essere ascritte alcune responsabilità sui fatti del 15 maggio. Innanzitutto il giurista pugliese rimase fermamente convinto in merito alla genuinità e alla perfezione del suo testo costituzionale, mostrandosi indifferente sia alle richieste di modificazioni pervenute al momento dell'insediamento del parlamento napoletano, sia alle discussioni sulla formula del giuramento. Il suo progetto di costituzione, infatti, se condiviso con la

---

[101] CANDELORO, *op. cit.*, p. 234.

[102] Sui tragici eventi del 15 maggio 1848 cfr. CALÀ ULLOA, *op. cit.*; V. GLEIJESES, *La Storia di Napoli*, Napoli 1977; CANDELORO, op. cit.; G. CAMPOLIETI, *Il Re Bomba*, Milano 2001; R. TREVELYAN, *Principi sotto il vulcano*, Milano 1997;M. DE SANGRO, *I Borboni nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli 2001; A. PAGANO, *Due Sicilie: 1830-1880*, Lecce 2002.

[103] Ai deputati fu fatto conoscere un decreto del re col quale si confermava che il giuramento sarebbe stato fatto dopo la verifica dei poteri con una formula che diceva nella sua parte essenziale: «prometto e giuro di essere fedele alla Costituzione, quale sarà svolta e modificata dalle due Camere d'accordo col Re, massimamente intorno alla Camera dei Pari, com'è detto nell'articolo 5 del programma del 3 aprile». CANDELORO, *op. cit.*,p. 236.

[104] Gli storici non hanno mai appurato con chiarezza chi sparò per prima, se i rivoluzionari o le truppe regie. CAMPOLIETI, *op. cit*., pp. 318-319.

[105] DE SANGRO, *op. cit*., p. 189.

[106] Gli insorti erano circa un migliaio e avevano occupato vari palazzi di via Toledo. Le forze regie ammontavano a circa dodicimila uomini, il peso maggiore della battaglia ricadde sui reggimenti svizzeri i quali solo grazie all'intervento dell'artiglieria riuscirono a vincere l'eroica resistenza «di quel pugno di disperati che difendevano le barricate». CANDELORO, *op. cit*., pp. 236-237.

[107] Nella città stato era spavento, fremito indicibil durante la pugna . In talune case eccidi per impeto soldatesco, in altre orrori spaventosi. Né la notte i furori del giorno copria, chè neri globi fumo dagl'incendi pel limpido cielo svolgevano. Coll'alba Napoli quieta, ma sconquassata appariva. Edifizi di palle crivellati, finestre spezzate e pendenti, porte scardinate, eran tracce pietose della guerra cittadina. Il Parlamento e Guardia Nazionale venian per editto sciolti, Napoli in istato d'assedio. CALÀ ULLOA, *op. cit*., *pp.* 184-185.

[108] F. PERSICO - G. FORTUNATO, *Il 15 maggio del 1848 in Napoli*, Roma 1916, p. 50.

classe dirigente liberale, probabilmente non avrebbe prodotto quegli incontrollati atteggiamenti radicali nei confronti della monarchia borbonica[109] .

A seguito di questa grave insurrezione fu sciolta la Guardia Nazionale, fu imposta la legge marziale e molti deputati fuggirono nelle province calabresi. Il re richiamò dall'Italia settentrionale le truppe per riprendere la Sicilia[110], dove, nel frattempo a seguito dei moti rivoluzionari scoppiati il 12 gennaio la monarchia borbonica era stata dichiarata decaduta dai liberali rivoluzionari, era sorto il nuovo Regno di Sicilia e ripristinata la Costituzione Siciliana del 1812. A Palermo inoltre si era insediato il nuovo governo con Ruggero Settimo presidente, già ammiraglio della flotta borbonica, ma di sentimenti liberali, il quale fu accolto e salutato dal popolo siculo come padre della patria siciliana.

Per riconquistare l'isola Ferdinando II nominò comandante del corpo di spedizione, composto di 20.000 uomini, il generale Carlo Filangieri[111]. Le truppe salparono da Napoli il 30 agosto. All'arrivo in Sicilia, Messina fu sottoposta dal 3 al 6 settembre ad un bombardamento sia dalle truppe che ancora tenevano in mano la cittadella, sia dal mare; tale evento valse a Ferdinando II l'appellativo di «re bomba»[112].

La giornata del 15 maggio fu generalmente giudicata in Italia e all'estero dall'opinione pubblica liberale e democratica come un colpo di Stato reazionario del Borbone. In realtà come ha dimostrato lo storico Giuseppe Paladino[113], Ferdinando II

---

[109] Il liberale Mariano D'Ayala parlò addirittura di «involuzione politica del Bozzelli» e ne denunciò la sua collaborazione con il clero e con gli elementi più conservatori. Sull'argomento cfr. G. CANDELORO, *op. cit.*; G. DI PEIO, *D'Ayala Mariano*, voce in Dizionario Biografico degli Italiani, Volume 4, Roma 1962.

[110] Ferdinando II di Borbone inviò un contingente di circa undicimila uomini comandate dal Generale Guglielmo Pepe in soccorso dell'esercito piemontese nel frattempo impegnato nella Prima guerra d'indipendenza italiana contro gli austriaci (22 maggio 1848 - 22 agosto 1848). Tuttavia in seguito il sovrano duo siciliano decide di richiamare in Patria il suo corpo di spedizione al fine di ristabilire l'ordine in Sicilia, in mano agli insorti. In Calabria, inoltre la massoneria , approfittando del fatto che l'esercito duo siciliano era impegnato in Lombardia, aveva fomentato alcune rivolte. PAGANO, *op. cit*., p. 59.

[111] Su Carlo Filangieri (Cava de' Tirreni 10 maggio 1784 – Portici 9 0ttobre 1867) cfr.P. C. ULLOA, *Di Carlo Filangieri nella storia de' nostri tempi*, Napoli 1876; FILANGIERI – FIESCHI - RAVASCHIERI, *Il generale Carlo Filangieri, principe di Satriano e duca di Taormina*, Milano 1902; L. TOMEUCCI, *Le cinque giornate di Messina*, Messina 1953; H. ACTON, *Gli ultimi Borboni di Napoli (1825-1861)*, Firenze 1997; R. DE LORENZO, *Filangieri, Carlo*, voce in Dizionario Biografico degli Italiani, vol. VII, Roma 1997, p. 568 ss.

[112] Ulteriori spargimenti di sangue furono evitati dall'intervento dei comandanti delle navi inglesi e francesi, di istanza nel mediterraneo, che informati dell'accaduto invitarono i loro rappresentanti diplomatici a Napoli a premere perché si arrivasse ad un armistizio. L'8 ottobre si arrivò così ad un armistizio. Con il decreto del 28 febbraio 1849 , conosciuto come l'ultimatum di Gaeta, Ferdinando confermò l'unità del regno delle Due Sicilie. Sull'argomento cfr. R. ROMEO, *Il risorgimento in Sicilia*, Bari-Roma 1950; D. MACK SMITH, *Storia della Sicilia medievale e moderna*, Bari - Roma 1970; F. RENDA, *Storia della Sicilia*, Palermo 2003; S. DI MATTEO, *Storia della Sicilia*, Palermo 2006.

[113] Giuseppe Paladino fu uno storico meridionale della prima metà del Novecento. I suoi ambiti di ricerca spaziavano dai temi dell'età moderna a quelli del Risorgimento. Si distinse per gli studi storici

rimase in quell'occasione fedele alla costituzione e agli impegni presi col ministero Troya. La buona fede costituzionale del Borbone sarebbe confermata dal fatto che egli costituì un ministero composto di moderati costituzionali[114]. Il tempo della costituzione fu tuttavia brevissimo; la Camera dei deputati, eletta il 18 aprile[115], si riunì il 15 maggio e fu sciolta il 17[116]. Riconvocata, dopo nuove elezioni, il 1° luglio, fu sciolta il 12 marzo 1849 e mai più rieletta[117]. Abbandonata però, non revocata, la costituzione rimase in uno stato di quiescenza finché, dopo l'atto sovrano del 25 giugno 1860, fu richiamata in vigore col r.d. del 1 luglio 1860[118]. Essa rimase, formalmente, legge fondamentale del Regno fino alla partenza per Gaeta dell'ultimo re del Regno Duosiciliano Francesco II[119]. La giornata del 15 maggio 1848 pose fine al sogno costituzionale del regno e come sostenne Candeloro, diede un colpo alla rivoluzione quarantottesca, dando inizio alla reazione all'interno del Regno[120]. Il 15 maggio aprì per la monarchia borbonica napoletana una crisi da cui non poté risollevarsi e creò così una premessa fondamentale per la soluzione unitaria del 1860[121].

---

del Risorgimento liberale meridionale. Su Giuseppe Paladino cfr. N. RAMAGLI, *La figura e l'opera dello storico Giuseppe Paladino*, Napoli 1967; T. PEDIO, *Storia della storiografia lucana*, Bari 1964.

[114] Ferdinando II non intendeva compiere un colpo di Stato anticostituzionale, egli voleva anzitutto fiaccare il liberismo napoletano mettendo astutamente l'una contro l'altra le varie fazioni del movimento liberale; inoltre voleva impedire che la costituzione del 10 febbraio fosse modificata in senso democratico o liberale più avanzato; infine voleva probabilmente mettere in crisi il ministero Troya e ridare il potere ai moderati di destra, come il Bozzelli e il Cariati, ostili ad ogni sviluppo della Costituzione. CANDELORO, *op. cit*, p. 238.

[115] CANDELORO, *op. cit*., 233.

[116] LANDI, *op. cit*.,p. 1156.

[117] *Ibidem.*

[118] R.D. 1 luglio 1860 in Collezione delle Leggi e dei Decreti reali del Regno delle Due Sicilie, Napoli 1860, pp. 339-340: «Visto il nostro Atto sovrano del 25 luglio, e visto il rapporto de' nostri Ministri Segretarii di Stato, abbiamo risoluto di decretare, e decretiamo quanto segue. Art. 1. La Costituzione del 10 febbrajo 1848, concessa dal nostro augusto Genitore, è richiamata in vigore. 2. Le disposizioni contenute nell'articolo 88 della Costituzione relativamente allo stato discusso ed alle antiche facoltà del Governo, per provvedere con espedienti straordinarii a' complicati ed urgentissimi bisogni dello Stato, restano in pieno vigore, finchè non vi sarà provveduto dal Parlamento ne' modi costituzionali. 3. I nostri Ministri Segretarii di Stato sono incaricati della esecuzione del presente decreto».

[119] Francesco II nel tentativo di salvare il Regno delle Due Sicilie dall'inarrestabile processo di unificazione, dopo lo sbarco di Garibaldi in Sicilia decise di ripristinare la Costituzione del 1848**.** Sotto il regno di Francesco II in ogni caso ci fu un drastico cambio di rotta rispetto al passato nella politica e nelle istituzioni borboniche: la vecchia classe dirigente ferdinandea e reazionaria venne completamente messa da parte ed isolata, essa fu Liborio Romano. Questo brusco cambio di regime fu uno dei principali motivi del grande indebolimento del Regno delle Due Sicilie nei convulsi giorni dell'invasione: le nuove istituzioni governative si ritrovarono in una situazione che richiedeva una risolutezza che mancava completamente in quel delicato momento di transizione. Sull'argomento cfr. P.G. JAEGER, *Francesco II di Borbone. L'ultimo re di Napoli*, Milano 1982; F. SPAGNOLETTI, *op. cit.* e la bibliografia ivi citata.

[120] CANDELORO, *op. cit*., p. 239.

[121] *Ibidem*.

Antonietta di Lernia

SICUREZZA ALIMENTARE E SICUREZZA DEL LAVORO: QUALE (IN)SICUREZZA NEI COMPLIANCE PROGRAM?*

ABSTRACT	
La moderna società del progresso tecnologico reagisce alla intensificazione del concetto di rischio attuando meccanismi preventivi indirizzati sui soggetti portatori di minacce, effettive o potenziali, per la collettività. Nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, sottoposto all'influenza del diritto comunitario, il principio di prevenzione caratterizza alcuni settori del diritto penale interno, la cui portata si estende sino a riguardare i diversi ambiti in cui si articola la tutela dei beni della salute e della sicurezza. Muovendo da tali considerazioni, e dopo un breve inquadramento della problematica della prevenzione dei rischi-reato collegati alla salute e sicurezza del lavoro nonché alla sicurezza alimentare e sulla sua strumentalità alla prevenzione dei rischi-reato previsti dal d. lgs. n. 231/2001, si offriranno alcuni spunti di riflessione in merito all'efficienza del sistema dei modelli organizzativi previsti per la prevenzione dei reati.	The modern society technological progress reacts to the intensification of the concept of risk by implementing preventive measures directed on subjects with threats, real or potential, to the community. As part of our legal system, under the influence of Community law, the principle of prevention features some areas of criminal law, the scope of which extends to cover the various areas which make up the heritage protection of the health and security. Basis of those considerations, and after a brief general discussion of the risk prevention of offenses related to health and safety as well as food security and its instrumentality on Risk-crime envisaged by d. lgs. n. 231/2001, will provide some food for thought about the efficiency of the organizational models provided for the prevention of crimes.
Sicurezza sul lavoro - sicurezza alimentare - compliance program	**Workplace safety - food safety - compliance program**

SOMMARIO. 1. Premessa: gestione dei rischi e diritto penale. - 2. Prevenzione dei rischi-reato collegati alla salute e sicurezza del lavoro nonché alla sicurezza alimentare e strumentalità rispetto alla prevenzione dei rischi-reato ex d. lgs. n. 231/2001 – 2.1. In particolare, la sicurezza alimentare. – 2.2. In particolare, la sicurezza del lavoro – 3. Idoneità ed effettiva attuazione del Modello 231 ai fini sicuristici: spunti di riflessione. Bibliografia.

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

1. Nella moderna società del progresso tecnologico si assiste ad una intensificazione del concetto di rischio sia sotto il profilo oggettivo, da intendere nel senso di una maggiore presenza di rischi connessi al modo di produrre e di vivere contemporanei; sia sotto il profilo soggettivo, da intendere nel senso di una più acuta percezione dei rischi, senza che ciò implichi un reale aumentato degli stessi, notevolmente ridotti rispetto al passato in virtù del progresso della scienza.

Tale fenomeno si registra, essenzialmente, nei settori avamposto della tutela della vita, dell'incolumità, della salute e dell'ambiente, sia nella prospettiva sincronica individuale e collettiva, sia nella dimensione diacronica, di lungo periodo, rivolta al benessere delle generazioni future.

Il dibattito sui rischi globali (ecologico, finanziario, terroristico, etc.) ha determinato, a livello generale, un deciso mutamento culturale: è cambiato, infatti, il modo di intendere il rapporto tra natura e società, ma anche di intendere la libertà ed il suo rapporto con la sicurezza, la stessa democrazia e finanche l'individuo[1].

La tendenza generale delle attuali politiche neo-liberali – in risposta alla crisi dei paradigmi politici, giuridici, economici, e di governo dei rischi tipici della società moderna – è nel senso di responsabilizzare gli individui rispetto alle loro istanze di sicurezza, rafforzando contestualmente i meccanismi preventivi di natura eccezionale da attuare ad opera dei soggetti "portatori" di minacce o di rischi per la collettività[2].

In tal senso il rischio, ormai globale poiché senza confini, e sistemico poiché strutturale diviene, in modo più pregnante rispetto al passato, un incisivo parametro di organizzazione e governo della società[3].

---

[1] U. BECK, *Das Schweigen der Wörter. Über Terror und Krieg*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2002, trad. it. a cura di L. CASTOLDI, *Un mondo a rischio*, Torino, Einaudi Editore, 2003, p. 29.

[2] G. CAMPESI, *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito del nuovo libro di Ulrich Beck*, in «Studi sulla questione criminale», (2009), p. 117. Per una lettura, ispirata al pensiero di Foucault, sui rapporti tra rischio e Government nelle società neo-liberali, cfr. M. DEAN, *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, London, Sage Publication, 1999, pp. 131 e 176; P. O'MALLEY, *Risk, Uncertainty and Government*, London, Sydney-Portland, 2004, p. 54; sulla privatizzazione ed individualizzazione dell'imperativo alla prevenzione, v. T. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, Carocci editore, 2006, p. 21. Sulla tendenza della società neoliberale a spostare progressivamente la responsabilità della protezione dai rischi dalle autorità pubbliche agli individui, v. anche D. LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2003, p. 108.

3 Se è vero che il problema dell'incertezza del futuro esiste da sempre, e che da sempre esiste incertezza sui danni futuri, è altrettanto vero che è possibile rilevare un dato nuovo rispetto al passato. Infatti, nelle attuali società tecnologiche, la fonte del pericolo o meglio l'eventuale danno, anziché da fattori esterni o ambientali, deriva sempre più spesso da una decisione dell'uomo. Secondo N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it., Milano, Pearson Italia S.p.a., 1996, p. 31, può parlarsi di rischio quando «l'eventuale danno viene visto come conseguenza della decisione, cioè viene attribuito ad essa»; può parlarsi di pericolo quando «l'eventuale danno sia dovuto a fattori esterni e viene quindi attribuito all'ambiente». Cfr. in dottrina, fra gli altri, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 108; ID., *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in M. DONINI - M. PAVARINI, (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, Cedam, 2011, p. 23; G. LOSAPPIO, *Libera nos a malo. Sulle tracce della pena rimozionale*, in http://www.annalidipartimentojonico.org. Con più specifico riferimento alle connessioni rischio,

La maggiore consapevolezza dei possibili pregiudizi connessi a determinate scelte di azione genera, inevitabilmente, una sempre più pressante richiesta di intervento delle autorità pubbliche affinché prevedano e prevengano i vari rischi, così da placare e soddisfare i bisogni di sicurezza dei cittadini.

La crescita della domanda di sicurezza, che si traduce in un incremento della ricerca di adeguati meccanismi preventivi e precauzionali, spesso di natura anche penale, non è conseguenza solo di un aumento obiettivo dei rischi, ma anche di un aumento della percezione del rischio, fenomeno quest'ultimo da porre in stretta relazione con la modalità di gestione delle notizie - spesso con finalità sensazionalistiche - da parte dei media, tale da creare uno sfondo a volte ingiustificatamente allarmista.

In un tale contesto, le nuove istanze di sicurezza della società del rischio e dell'incertezza, recepite anche dal diritto penale, tendono a contrapporsi, sempre più spesso, alle tradizionali garanzie dello Stato di diritto[4].

Dalla diffusa sensazione di insicurezza discende un'ampia domanda di tutela penale, che trova la sua astratta legittimazione nel carattere diffusivo del danno che mette a repentaglio non solo l'incolumità individuale, ma anche il bene collettivo della salute pubblica, certamente non eludibile dall'ordinamento giuridico-penale.

Il diritto penale, inoltre, dovendo affrontare i sempre più frenetici e delicati rapporti fra libertà e sicurezza, fra responsabilità e dignità umana, per garantire il "sistema della

---

pericolo e diritto penale securitario: C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 438; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 371 con ampi richiami; G. A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli d'incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in «Riv. dir. agr.», (2010), p. 11 ; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 45; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica, Reati di comune pericolo mediante frode*, in C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, (dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, Milano, Giuffrè, 2013, tomo II, p. 134; da ultimo M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», (2013), p. 45. Nell'ambito della legislazione nazionale, una distinzione fra pericolo e rischio è fissata dall'art. 2 lett. r) ed s) del d.lgs. n. 81 del 2008, in tema di sicurezza del lavoro. Nell'ambito giurisprudenziale, v. da ultimo G.u.p. Trib. L'Aquila, sent. 22.10.2012 n. 380, in «Cass. pen.», (2013), p. 1804, con commento di A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza "Grandi Rischi*", ivi, p. 1818.

[4] «Più aumenta in the fact la sicurezza, perché aumenta la nostra capacità di difenderci dai rischi, più cresce l'intolleranza nei confronti dell'insicurezza marginale, ovvero dei rischi che riusciamo a rappresentarci ma non a disinnescare. Nell'analisi della sociologia della devianza si parla di dangerization. Nei termini della grammatica penalistica, vuol dire che al sistema punitivo non si chiede solo che non ci siano danni, ma che anche i pericoli siano il più possibile neutralizzati. Scema, nel contempo, la sensibilità per le garanzie, soprattutto, quelle degli altri o meglio dei totalmente altri e viene favorito il trade-off a favore dei totalmente "noi". Più la società si fa liquida più l'approccio al diritto penale è "solido". Il cittadino, nella sua solitudine "globale" è indotto dal crollo delle certezze (che la rischio-fobia comporta o comunque catalizza) ad (auto)produrre certezza, recuperando quella «prevedibilità operativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare», mediante la consolatoria ma effimera pratica dell'esorcismo penale: libera nos a malo»: G. LOSAPPIO, *Libera nos a malo. Sulle tracce della pena rimozionale*, cit., p. 355.

coesistenza”[5] anche nella società del rischio, è fra le scienze più sensibili ai cambiamenti imposti dal progresso tecnologico.

In questo senso si parla, ormai da anni, di “diritto penale del rischio”[6] riferendosi generalmente, con tale espressione, a un diritto penale dal carattere interventista ed espansivo, con funzioni di rassicurazione dei consociati dinanzi ai nuovi rischi, ma anche pedagogiche.

Tale disciplina si caratterizza, da un lato, poiché contempla tra gli oggetti di tutela nuovi beni giuridici (ad es., ambiente, salute pubblica, mercato finanziario) e, dall’altro, poiché determina un’anticipazione dell’intervento penale e una riduzione dei requisiti di responsabilità. Ne discende una flessione delle categorie penalistiche classiche, nel più generale contesto di crisi dei tradizionali modelli di responsabilità e del rapporto libertà-sicurezza propri dello Stato liberale di diritto.

Società della prevenzione diventa, pertanto, una definizione che ne riassume altre: società dell’informazione, del rischio[7], della sorveglianza, dell’insicurezza. È un contesto «liquido» (e, quindi, mutevole e sfuggente) nel quale la prevenzione assume i caratteri di un imperativo categorico (e non ipotetico) diffuso e pervasivo; una disciplina autoimposta che si pone quale giustificazione di modalità di repressione, segregazione, esclusione[8].

In tal modo, nell’età moderna per combattere i sensi di insicurezza, diffusi già in epoca premoderna, ma caratterizzati oggi da paure diverse da quelle del passato, si ricorre al pensiero razionale, si incentivano analisi scientifiche e si elaborano sofisticati sistemi di prevenzione.

In quest’ottica la responsabilità sociale, ossia l’integrazione su base volontaria, da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali ed ambientali nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate – secondo la definizione

---

[5] Sul significato dell’espressione utilizzata nel testo si rinvia a L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L’individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1.

[6] Ci si limita ad indicare C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1993, p. 51; ID., *Società del rischio e diritto penale*, in L. STORTONI - L. FOFFANI, (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L’analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 371; F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, ivi, p. 357; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 515; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 480; C. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*, in «Leg. pen.»,(2012), p. 117.

[7] Almeno sei sono i tipi di rischio su cui convergono le preoccupazioni dei singoli e delle istituzioni: i rischi ambientali, i rischi legati allo stile di vita, i rischi sanitari, i rischi relazionali, i rischi economici, i rischi della criminalità.

[8] Emblematica in tal senso la parabola del diritto penale del nemico: cfr. G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell’amico, nemici del diritto penale. Para los amigos, todo; para los delincuentes, la ley; para los enemigos, nada*”, in «Ind. pen.», (2007), p. 51.

contenuta nel Libro verde della Commissione europea[9] – indica, più che un fine in sé, una condizione essenziale per il perseguimento del bene comune dei soggetti che vi fanno parte.

Analoga funzione preventiva è svolta dal sistema previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001, con cui ha fatto ingresso nel nostro ordinamento la responsabilità punitiva delle persone giuridiche.

Pur non sussistendo, invero, un obbligo giuridico in tal senso, è opinione diffusa in dottrina che corrisponda ormai ad una scelta prudenziale dell'ente attivare lo strumentario di prevenzione, che rappresenta condizione essenziale per l'esonero dalla responsabilità amministrativa anche perché una omissione, oltre a coinvolgere l'ente, può fondare il rischio per una concorrente responsabilità degli organi di vertice nei confronti della stessa società.

La prassi applicativa dimostra, inoltre, come la prevenzione sia il risultato non solo dell'adozione del singolo modello di organizzazione e gestione[10] ma, invero, della complessa attività svolta dai soggetti chiamati all'applicazione del modello e delle sue regole, e di quelli chiamati a vigilare su tale applicazione.

I modelli organizzativi si trovano, infatti, il più delle volte a dover convivere ed interagire con una rete di misure di risk assessment/management altrimenti originatesi, con cui non di rado (si pensi ad es. agli obblighi organizzativo-cautelari imposti dalla normativa antiriciclaggio o da quella anti-infortunistica) condividono la specifica finalità preventiva e che, proprio per questo, finiscono col porre delicati problemi di coordinamento, anche ai fini di un'eventuale valutazione di responsabilità in caso di commissione del reato.

Da qui la necessità di una parametrazione dei profili di responsabilità dell'ente, che tenga conto dei limiti in cui, nel valutare la responsabilità da reato dell'ente, le carenze riscontrabili in un modello organizzativo strettamente inteso possono essere compensate dall'esistenza di un sistema nel suo complesso valutabile come adeguato ed efficiente.

2. L'intensa produzione normativa europea degli ultimi anni appare dichiaratamente ispirata, in diversi contesti di rischio (ambientale, alimentare, lavorativo, da prodotto, ecc.), alla realizzazione di un elevato livello di tutela. Sintomo di questa tendenza è la progressiva estensione dell'applicazione del principio di

[9] Ma la sensibilità verso tale materia ha trovato riscontro anche presso la Commissione delle comunità europee all'interno del «Libro verde: promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale di impresa». La Commissione, definisce la CSR come «integrazione su base volontaria dei problemi sociali ed ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali e nelle loro relazioni con le altre parti». Cfr., sul punto, COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE (2001), *Libro verde*: *promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale di impresa*, Bruxelles, p. 7.

[10] Per modello si intende l'insieme delle regole interne di cui l'ente può dotarsi in funzione delle specifiche attività svolte e dei relativi rischi connessi.

precauzione ai diversi settori nei quali si articola la tutela dei beni della salute e della sicurezza[11.]

Il nostro ordinamento, poi, si caratterizza per la presenza di settori del diritto penale che, in quanto sottoposti a importanti politiche di armonizzazione, mostrano segni visibili di quegli influssi del diritto comunitario già da tempo sottoposti ad attenta osservazione da parte della dottrina penalistica.

Ci si riferisce, com'è evidente, a quelle fattispecie penali di matrice comunitaria (o comunque relative a materie comunitarizzate) che tutelano beni collettivi riferibili a diversi settori della sicurezza: ambientale, alimentare, del prodotto, del lavoro, etc.

In quanto ambiti del diritto penale della prevenzione o del rischio tali settori, inoltre, si caratterizzano per la sensibilità all'applicazione del principio di precauzione.

Tale principio[12], in via generale, può essere definito come un «criterio di gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti, sostanze[13]». Alla sua stregua, viene ad assumere rilievo l'opportunità di intervenire «cautelativamente anche laddove non sia ancora dimostrato un qualche rischio per la salute (o l'ambiente), ma questo non può essere completamente escluso[14]».

Com'è noto, la matrice del suddetto principio, nato nell'ambito della tutela dell'ambiente e poi estesosi anche ad altri settori, è di derivazione europea. La principale base normativa è l'art. 191 TFUE.

---

[11] Evidenzia la portata generale del suddetto principio, sottolineando l'importanza della sua applicazione nei settori della protezione dell'ambiente e della salute umana, animale o vegetale la Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final; sulla quale, v.: N. MCNELIS, *EU Communication on the Precautionary Principle*, in «J. Int. Ec. Law», (2000), p. 545; L. BOY, C. CHARLIER, I. DOUSSAN, M. RAINELLI, *Analyse de la Communication de la Commission européenne de fevrier 2000 au regard des débats actuels sur le principe de précaution*, in «Rev. int. dr. éc.», 15, (2001), pp. 127 ss.; nella letteratura penalistica, G. FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in «Criminalia», (2006), p. 161 (con ulteriori riferimenti); F. CONSORTE, *Spunti e riflessioni sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in «Dir. pen.- XXI sec.», (2007), p. 271. A tal riguardo emblematica è la definizione del principio di precauzione fornita dalla Comunicazione della Commissione, cit., p. 10 (§ 3 del testo). Per una ricostruzione della dimensione sovranazionale del principio, sia nella prospettiva internazionale che europea, si indica L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, Cedam, 2004,p. 41. Fra le fonti internazionali sul principio di precauzione va menzionata la *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo* (*Report of the United Nations Conference on environment and development*, Rio de Janeiro, 3-14 june 1992, annex 1, principle 15, in www.un.org/documents).

[12] Inteso come criterio di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti, sostanze.

[13] Così D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne editrice, 2012, pp. 18-19.

[14] Così V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi*, Padova, Cedam, 2003, p. 45.

2.1. Le istanze securitarie derivanti dai nuovi rischi – oggettivamente tali, o come tali soggettivamente percepiti – hanno comportato, nell'ambito del diritto penale, sia un incremento di discipline preventivo-cautelari – teleologicamente orientate all'eliminazione o, quantomeno, alla riduzione di rischi nomologicamente noti (si pensi al maggior ricorso ai reati di pericolo astratto) – sia l'introduzione di discipline cautelativo-precauzionali, finalizzate alla gestione di rischi ignoti, ma consentiti solo a certe condizioni normative e procedurali.

La sicurezza alimentare[15] - quale interesse funzionale (bene intermedio) alla salute: bene tutelato, da un lato, mediante fattispecie che guardano al pericolo; dall'altro, mediante fattispecie che, in un'ottica di ulteriore retrocessione della tutela, sono collegate al concetto di rischio (per la salute) - bene rientra in tale paradigma penalistico.

In esso, infatti, si intersecano sia multiformi discipline a struttura preventiva, declinate tramite il ricorso ai reati di pericolo astratto, sia discipline ispirate al «principio di precauzione[16]»: si pensi alla disciplina degli OGM e a quelle strutturate sul superamento di limiti-soglia o a quelle basate sul principio della «lista positiva», secondo il quale solo le sostanze autorizzate possono essere utilizzate e solo nei limiti consentiti.

Il settore alimentare, inoltre, è caratterizzato da una «gradualità sanzionatoria della tutela», che si articola mediante un complesso apparato sanzionatorio composto di

[15] La sicurezza alimentare è un concetto scaturito in modo prorompente negli anni dei grandi scandali, che hanno portato alla definizione di nuovi standard di certificazione volontaria, ormai ritenuti indispensabili per la commercializzazione dei prodotti alimentari sui mercati esteri. La Commissione Europea, all'inizio del terzo millennio, volle dare un forte segnale a tutela della prevenzione e della sicurezza sociale, con la pubblicazione del Libro Bianco sulla sicurezza alimentare, l'istituzione dell'European Food Safety Authority (EFSA) e la promulgazione di una serie di interventi normativi per completare il percorso legislativo iniziato con la Direttiva 93/43 CEE, che avviò le aziende alimentari alla pratica dell'autocontrollo nonché all'analisi e alla verifica dei punti critici di processo. In particolare, quelli in grado di condizionare la salubrità e conservabilità dei prodotti, ovvero: punti critici di controllo e CCP. La responsabilizzazione dell'operatore del settore alimentare - settore tra i più qualificanti per un Paese allineato all'evoluzione sociale - è divenuto, pertanto, un punto cardine della nuova legislazione alimentare, che rovescia rispetto all'assetto precedente l'onere primario di garanzia della sicurezza alimentare. Le motivazioni di questo approccio si possono leggere nel Considerando 30 del regolamento CE 178/2002: «Gli operatori del settore alimentare sono in grado, meglio di chiunque altro, di elaborare sistemi sicuri per l'approvvigionamento alimentare e per garantire la sicurezza dei prodotti forniti; essi dovrebbero pertanto essere legalmente responsabili, in via principale, della sicurezza degli alimenti».

[16] Nell'ambito della sicurezza alimentare, il principio di precauzione è sancito dall'art. 7 del Regolamento (CE) n. 178 del 2002: «Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio». Sull'art. 7 cit. v. l'ampio commento di M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili critico-ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 52.

numerosi illeciti amministrativi[17], di alcune contravvenzioni[18], e di delitti contro la salute pubblica[19].

Ai delitti alimentari contro la salute pubblica continuano ad affiancarsi, in una prospettiva teleologica almeno in larga parte divergente dal punto di vista della tutela, i delitti contro le frodi commerciali collocati nel titolo ottavo del Codice penale per i casi di frodi commerciali aventi ad oggetto alimenti.

Nell'ambito della disciplina rilevante in materia è opportuno ricordare, inoltre, il d. lgs. n. 155/1997[20], che aveva istituito un meccanismo orizzontale di auto-controllo e di auto-regolazione dei fattori di rischio - in parziale analogia rispetto ai modelli di procedimentalizzazione della sicurezza messi in campo in altri settori[21] - consistente nell'obbligatoria applicazione di adeguate procedure di sicurezza avvalendosi del sistema di analisi dei rischi e di controllo dei punti critici HACCP (i.e. Hazard Analysis and Critical Control Points) [22].

Il Modello HACCP ha assunto, nel tempo, nel settore alimentare un rilievo esclusivo al fine di definire le modalità di gestione della sicurezza alimentare dei prodotti ma, comunque, quale parte integrante e sostanziale del modello di organizzazione gestione e controllo già adottato dall'azienda.

La responsabilità per i reati alimentari, infatti, inizialmente limitata alle sole persone fisiche in virtù del numero chiuso delle ipotesi di responsabilità da reato degli enti previste dal d. lgs. n. 231/2001 è stata, poi, estesa alle persone giuridiche con la legge n. 99 del 23 luglio 2009, che ha introdotto nel d. lgs. n. 231 il nuovo articolo 25-bis, rubricato delitti contro l'industria e il commercio.

Il settore agroalimentare, invero, è esposto in modo particolare alla commissione di alcuni dei reati recentemente attratti nella sfera sanzionatoria del d. lgs. n. 231/01 - quali la frode nell'esercizio del commercio (art 515 c.p.), la vendita di sostanze

---

[17] D. CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», (1997), p. 638.

[18] Cfr. gli artt. 5, 6 e 12 della legge. n. 283/1962.

[19] Si tratta degli artt. 439, 440, 442, 444 e 452, contenuti nel titolo sesto del libro secondo del Codice penale. Per un quadro assai lucido sulla disciplina in questione si consulti A. BERNARDI, *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare dopo la riforma del 1999*, in «Indice Pen.», (2005), p. 519. Si rinvia, inoltre, per ulteriori riferimenti, a D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, p. 21. Cfr. sul rapporto tra la disciplina sanzionatoria in materia alimentare e tutela dei consumatori G. LOSAPPIO, *La tutela dei diritti dei consumatori negli ultimi sviluppi della giurisprudenza penale*, in «Riv. Trim. dir. Pen. Ec.», 1-2, (2011), p. 137.

[20] Abrogato dal successivo d. lgs. n. 193/2007, ai fini del recepimento in Italia dei Regolamenti europei nn. 852, 853, 854 e 882 del 2004.

[21] In particolare, quello della sicurezza sul lavoro: D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in «Riv. it. dir proc. pen.», (2005), p. 324.

[22] Il sistema Haccp è una procedura che consiste nell'analisi il più completa possibile di tutti i momenti e di tutte le fasi produttive di un determinato bene alimentare, al fine di evitare rischi inerenti a tale processo. La procedura si snoda, poi, attraverso l'individuazione e la valutazione dei rischi, con determinazione dei punti critici e loro monitoraggio.

alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.), e la contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari (art. 517-quater c.p.) - e idonei a determinare la concorrente responsabilità amministrativa dipendente da reato della persona giuridica che riguarda l'autore del reato stesso, qualora tali ipotesi delittuose vengano perpetrate dai soggetti intranei nell'interesse o a vantaggio delle imprese ove sono chiamati a svolgere funzioni di natura apicale o subordinata.

Invero, la realizzazione ad opera della singola persona fisica di condotte integranti le c.d. frodi alimentari rifletterebbe per l'ente un potenziale interesse all'accrescimento degli utili di bilancio, in virtù della messa in commercio di prodotti con ingredienti sottostimati rispetto a quelli indicati e utilizzati per l'approntamento finale del bene.

Si consideri, comunque, che l'eventuale commissione dei delitti presupposto da parte dei soggetti apicali non esclude automaticamente l'efficacia esimente del modello approntato dall'industria alimentare, occorrendo pur sempre un apprezzamento sulle cause proprie della sua elusione che, in quanto fraudolenta, può essere impedita anche dal più diligente organismo di vigilanza o dalla concreta attuazione di idonei metodi di compliance aziendale.

In prospettiva di riorganizzazione dei delitti contro la salute pubblica, poi, il Ministro della giustizia ha istituito, con il D.M. del 20.4.2015, la Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare, a cui ha conferito mandato al fine di realizzare due obiettivi di fondo: da un lato, quello di procedere a una razionalizzazione del complesso sistema normativo nella materia agroalimentare, attraverso una ricognizione delle fonti esistenti, una loro semplificazione e un adeguato coordinamento con le fonti extrapenali di riferimento (soprattutto di matrice sovranazionale); dall'altro, quello di realizzare un ammodernamento e un adeguamento dell'intervento penale, rapportato alla consistenza di beni giuridici nuovi[23] che richiedono, anche in funzione preventiva, strumenti di tutela diversificati e innovativi.

Tale incarico è stato attuato dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare[24], che lo scorso 14 ottobre

---

[23] Per un modello mirato, in questa direzione, a individuare beni intermedi afferrabili e non formali rispetto a quello della salute pubblica, nella riforma di tali reati e di quelli alimentari, cfr. M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. DONINI, D. CASTRONUOVO, Padova, 2007, Cedam, pp. 227-235 e 270-282, con i necessari riferimenti normativi e dottrinali; ID., *Progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in «Cass. Pen.», (2010), p. 4457; ID., *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2014, pp. 615-649.

[24] Istituita presso il Ministero della Giustizia con il D.M. 20.4.2015 (integrata con i successivi decreti 30.4.2015 e 31.7.2015) e presieduta dal Dott. Gian Carlo Caselli, con la vicepresidenza del Prof. Stefano Masini.

ha licenziato lo Schema di disegno di legge[25] recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari» e le relative Linee guida illustrative[26], che prevedono la rielaborazione del sistema sanzionatorio contro le frodi alimentari nonché l'estensione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai reati in materia agroalimentare.

La strada prescelta è stata quella di un duplice intervento nel corpo del decreto legislativo n. 231/2001: l'ampliamento dei reati presupposto alle frodi in commercio di prodotti alimentari (artt. 516, 517, 517 quater e 517 quater.1 c.p.) e ai delitti contro la salute pubblica (artt. 439, 439 bis, 440, 440 bis, 444, 445 bis e 452 c.p.) da una parte; la previsione di una peculiare figura di modello di organizzazione e gestione, idoneo a escludere o attenuare la responsabilità delle imprese alimentari costituite in forma societaria, dall'altra.

Ai fini del riconoscimento di una capacità esimente (o comunque attenuante) per il modello, percorrendo la strada già intrapresa in materia di sicurezza sul lavoro dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, sono state individuate talune caratteristiche ben precise, sostanzialmente riconducibili:

a) all'adempimento di obblighi giuridici, sanciti sia a livello nazionale che sovranazionale, relativi al rispetto degli standard di fornitura di informazioni sugli alimenti, alle attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie, di vigilanza e di controllo sui prodotti alimentari, alle procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti, alle attività di valutazione e di gestione del rischio e alle periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello stesso;

b) alla presenza, all'interno del modello, di idonei sistemi di registrazione delle attività prescritte, di un'articolazione di funzioni tale da garantire adeguate competenze tecniche e necessari poteri per le attività di verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, di un adeguato sistema disciplinare e soprattutto un idoneo sistema di vigilanza e controllo sull'attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate.

La nuova sfida per le organizzazioni operanti nel settore è, quindi, rappresentata dal raggiungimento di livelli di compliance in linea con la normativa cogente, la ricerca scientifica e con le esigenze espresse dal mercato, garantendo efficaci livelli di sicurezza alimentare e coniugando competitività aziendale, tutela delle responsabilità penali emergenti e salvaguardia della lealtà commerciale.

2.2. Il valore riconosciuto dalla Costituzione italiana al lavoro ed alla personalità del cittadino che presta una qualsiasi attività lavorativa consente di configurare il diritto

[25]Cfr.http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1445592504Articolato%20Definitivo%20Commissione%20Caselli.pdf

[26]Cfr.http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1445592533Linee%20Guida%20Definitivo%20%20Commissione%20Caselli.pdf

del lavoro come sistema di protezione del lavoratore, in considerazione della natura e della rilevanza costituzionale degli interessi in gioco.

L'ordinamento, invero, interviene con lo strumento sanzionatorio penale a tutela della sicurezza del lavoro con modalità differenti[27], al fine di rafforzare il contenuto precettivo delle disposizioni su citate.

La prima tipologia di intervento è realizzata attraverso il ricorso a fattispecie contravvenzionali, contenute in leggi speciali; la seconda tipologia di intervento è affidata alle fattispecie codicistiche, che puniscono le condotte colpose e quelle omissive, anche dolose, che causano o possono causare infortuni sul lavoro o, nei casi più gravi, anche la morte.

Si parla, al riguardo, di microsistema penale a tutela dell'integrità e dell'incolumità delle persone operanti nei luoghi di lavoro, composto dai due gruppi di disposizioni su citate, che si caratterizza per la c.d. "decodificazione", ovvero per l'espansione della legislazione speciale a discapito del codice penale, sede di discipline generalissime[28].

In termini di strategia di tutela, il primo gruppo di norme risponde ad una funzione preventiva; la disciplina codicistica, invece, ha una funzione essenzialmente repressiva, essendo chiamata ad intervenire ad infortunio avvenuto.

L'elemento di collegamento tra i due gruppi è rappresentato dalla circostanza che le disposizioni della normativa complementare, oltre che come reati contravvenzionali autonomi, rilevano in quanto momento di «codificazione di regole cautelari» che, se violate, fondano il giudizio di imputazione per colpa in relazione agli eventi di danno previsti dalle fattispecie codicistiche.

E' opportuno, inoltre, ricordare che la normativa italiana vigente in tema di salute, sicurezza e igiene del lavoro ha conosciuto negli ultimi anni una profonda e significativa evoluzione caratterizzata da alcuni passaggi significativi; ovvero: la pubblicazione della legge n. 123 del 2007, che ha incluso anche i reati in materia di sicurezza e salute del lavoro tra quelli contemplati e sanzionati dal d. lgs. 231 del 2001; la pubblicazione del d. lgs. n. 81 del 2008, cosiddetto «Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro», che ha riorganizzato tutta la normativa su tale tematica e, infine, l'approvazione definitiva nel luglio 2009 del decreto correttivo al d. lgs. n. 81 del 2008 – i.e. il d. lgs. n. 106 del 2009 - che ha completato il disegno di riforma iniziato nel 2007, equiparando l'Italia agli standard normativi internazionali ed europei.

---

[27] Sulla disciplina penale della sicurezza del lavoro dopo il d.lgs. n. 81/2008: N. PISANI, *Profili penalistici del t.u. sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in «Dir. Pen. Proc.», (2008), p. 827; V. VALENTINI, *La "vecchia modernità" del diritto penale della sicurezza sul lavoro: due pseudo-riforme*, in F. BASENGHI, L.E. GOLZIO, A. ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, 2ª ed., Milano, Ipsoa, 2009,p. 263; ID., *La sostanziale continuità tra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e sicurezza del lavoro*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il T.U. in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet, 2009, p. 305; D. CASTRONUOVO, *La tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro tra codice penale e legislazione complementare*, in F. CURI (a cura di), *Il nuovo statuto penale del lavoro*, Bologna, BUP, 2011, p. 35.

[28] Cfr. G. LOSAPPIO, *La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali. «Critica rimozionale» «Codificazione» «Policentrismo»*, in «Ind. pen.», (2003), p. 109.

Al fine di rendere più efficace il rispetto delle disposizioni prevenzionistiche riguardanti i luoghi di lavoro ed i lavoratori il legislatore, poi, ha ulteriormente implementato il novero dei reati-presupposto punibili a titolo di responsabilità amministrativa introducendo, con l'art. 25-septies, nel novero dei reati previsti dal d. lgs. n. 231 del 2001 le fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 del codice penale[29], commesse in violazione della normativa a tutela dell'igiene e della sicurezza sul lavoro.

In questo modo, è stata inserita una nuova fattispecie di illecito penale, a titolo di colpa e non di dolo, con una disposizione a tutela prevenzionistica in aggiunta a disposizioni riguardanti il diritto penale e le specifiche norme di cui al T.U. sicurezza.

Tale modifica rappresenta un'effettiva rivoluzione sia sotto il profilo giuridico, sia per quanto concerne l'applicazione della normativa inerente il principio di responsabilità dell'ente per i fatti di reato commessi dai propri dipendenti. Tuttavia le nuove ipotesi, avendo natura colposa, coinvolgono soggetti e realtà imprenditoriali che prima si ritenevano del tutto estranee alle ipotesi di reato delineate, e caratterizzate da una matrice dolosa come sopra indicato.

In questa prospettiva è utile richiamare l'attenzione sull'importanza dell'estensione, introdotta dall'art. 25-septies, della disciplina sulla responsabilità degli enti ad una delle forme più aggressive della criminalità d'impresa. I reati colposi realizzati in violazione della disciplina antinfortunistica costituiscono, infatti, «reati culturali» della persona giuridica.

L'ampliamento ha generato non pochi problemi sul piano sistematico, soprattutto sotto il profilo della compatibilità dei criteri di imputazione della responsabilità all'ente (di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001) - originariamente calibrati sulla fisionomia dei delitti dolosi - e le nuove ipotesi di reato-presupposto di cui all'art. 25-septies del d.lgs. 231/2001, nonché per quanto riguarda la stessa formula dell'interesse e vantaggio dell'ente.

Si è sottolineato, al riguardo, che sarebbe stato preferibile utilizzare un criterio di imputazione obiettiva, ossia considerare come commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente soltanto i reati colposi realizzati nell'ambito delle funzioni attribuite al soggetto da parte dell'impresa.

Questa concezione consentirebbe di rendere applicabile l'ultimo comma dell'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001, secondo cui l'ente non risponde quando il rapporto di immedesimazione con lo stesso viene a infrangersi. La lettura proposta, inoltre, valorizzerebbe l'art. 8 del d.lgs. n. 231 citato, che sancisce l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla persona fisica.

Le poche pronunce intervenute sul punto hanno evidenziato, poi la necessità, al fine di «mantenere in vita» l'art. 25-septies, di riferire la locuzione «nell'interesse o a vantaggio dell'ente», non già all'evento morte o lesioni, bensì alla condotta colposa

[29] Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

inosservante delle regole cautelari a cui l'evento medesimo risulta eziologicamente collegato.

Si tratta, invero, di una soluzione ermeneutica che, pur meritando apprezzamento per le condivisibili ragioni di fondo che la ispirano, pare eccedere i limiti di una interpretazione estensiva per trasmodare in una vera e propria analogia in *malam partem* che, com'è noto, è vietata nel nostro ordinamento in ambito penale.

Se l'introduzione dell'art. 25-septies sembrava aver disegnato un nuovo sistema di responsabilità, l'entrata in vigore del d. lgs. n.81 del 2008 lo ha arricchito con la previsione di cui all'art. 30.

Tale disposizione, invero, ha collegato la materia della sicurezza al d. lgs. n. 231 del 2001, indicando per la prima volta quali sono gli elementi necessari minimi di un modello di organizzazione e gestione, idoneo ad esimere l'ente dalla responsabilità amministrativa in tema di sicurezza del lavoro; e ha creato una stretta correlazione tra il livello operativo e il livello di conformità, ribadendo che la creazione di lavoro sicuro passa anche attraverso meccanismi di tipo organizzativo.

Si è osservato, inoltre, che l'introduzione dell'art. 30 del d.lgs. 81 del 2008 ha rinvigorito il dibattito sulla obbligatorietà/facoltatività dei modelli, e la stessa questione dei rapporti tra i presidi cautelari imposti dalla normativa antinfortunistica e l'efficacia esimente del modello.

La responsabilità amministrativa degli enti collettivi di cui al d. lgs. n. 231 del 2001 sorge – com'è noto – esclusivamente in occasione del verificarsi di determinate tipologie di reati espressamente indicati dalla normativa, tra i quali rilevano - in questa sede - i reati in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

La responsabilità dell'ente collettivo, inoltre, ai sensi dell'art. 5, comma 1 del d. lgs. n. 231 citato, sussiste per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio da persone che: rivestono funzioni di rappresentanza o direttive di tipo apicale; ovvero sono sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei soggetti di cui al punto che precede.

Tale responsabilità, tuttavia, è esclusa ex art. 5, comma 2, d. lgs. n. 231 citato qualora le persone sopra indicate abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, interrompendo quel nesso necessario tra la condotta del singolo e l'ambito delle funzioni esercitate per conto del soggetto collettivo.

Sempre ai fini esimenti dalla responsabilità amministrativa, per gli enti collettivi assume rilievo giuridico, ai sensi dell'art. 6, comma 1 del d. lgs. n. 231 del 2001**,** l'adozione di protocolli, di strumenti organizzativi di controllo interno e di gestione, effettivamente adottati per il monitoraggio e la verifica dell'andamento gestionale.

La dottrina si è a lungo interrogata sul rapporto che intercorre tra gli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231 del 2001 e l'art. 30 T.u. sicurezza. Ci si è chiesti, in altri termini, se quest'ultima norma si presentasse come speciale, e dunque derogatoria rispetto alla disciplina del d. lgs. 231 del 2001; ovvero, avesse soltanto lo scopo di dettagliare quella parte dei modelli destinata alla prevenzione dei reati di cui all'art. 25 septies.

Quest'ultima è la tesi accolta dalla dottrina prevalente[30], secondo la quale l'art. 30 del d. lgs. 81 del 2008 «non si presenta speciale rispetto ai generali contenuti degli artt. 6 e 7 d. lgs. 231 del 2001, ma si presenta come norma di specificazione dei contenuti della parte di modello appunto legata all'art. 25 septies».

A sostegno di tale lettura vi è innanzitutto la constatazione che, se così non fosse, si potrebbe sollevare il dubbio di costituzionalità per eccesso di delega proprio in relazione all'art. 30 T.u.; come è noto, infatti, con la legge delega n. 123 del 2007 è stata disposta la modifica del solo apparato sanzionatorio dell'art. 25 septies, e non la creazione di un sottosistema derogatorio rispetto al dettato degli artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231del 2001.

Inoltre, l'ipotetica predisposizione da parte dell'ente di un modello conforme alle disposizioni dell'art. 30 T.u., ma pedissequamente non osservante di tutte le disposizioni di cui all'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, potrebbe determinare la generale inefficacia dello stesso.

Accolta questa impostazione ne consegue, innanzitutto, che l'ente non è gravato dall'obbligo normativo di assunzione della parte di modello contemplata all'art. 30, ma l'adeguarsi rimane un suo onere come esattamente disposto dagli artt. 6 e 7 in relazione ai modelli di organizzazione, gestione e controllo nella loro interezza.

Ed ancora, il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 30 da parte dell'ente non costituisce una presunzione assoluta di innocenza dello stesso: infatti, nonostante l'infelice dettato normativo nessuna parte di modello, benché conforme alle prescrizioni di cui alle linee guida Uni-Inail o allo standard OHSAS 18001:2007 o, adottata sulla base delle indicazioni della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, è da considerarsi vincolante per il giudice.

L'efficacia del modello deve esser concretamente valutata caso per caso secondo l'ordinaria discrezionalità caratteristica di ogni procedimento penale, come d'altro canto è sancito dagli artt. 34 e 36 del d. lgs. n. 231 del 2001. Il giudice, pertanto, dovrà porsi nella situazione sussistente al tempo della commissione del reato e valutare se, in base alle conoscenze disponibili in quel dato momento, sarebbe stato possibile prevedere la commissione di quel fatto di reato e, quindi, adottare un modello idoneo a prevenirlo e diverso da quello assunto in concreto.

L'art. 30, infine, costituisce sicuramente un nucleo di regole cautelari la cui violazione può dar luogo ad un ipotesi di colpa specifica per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline ma, essendo solo una parte del modello, il rispetto di dette regole non è di per sé sufficiente ad escludere la possibilità di muovere un rimprovero all'ente a titolo di colpa generica qualora il modello di organizzazione,

[30] Di opinione diversa è invece T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile inquadramento normativo*, in «Riv. it. dir e proc. pen.», (2009), p. 701, secondo il quale in forza dell'art. 30 del d. lgs. 8n. 1/08 è stato creato un *"doppio modello: uno valido solo in relazione ai delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose; l'altro per tutti i rimanenti reati-presupposto"*.

gestione e controllo risulti nella sua interezza inidoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Il quadro sopra esposto, sia pure in termini di estrema sintesi, riferito alla complessità dei presupposti formali e sostanziali della responsabilità del datore di lavoro per violazione di norme antinfortunistiche, consente di affermare che di fatto, con l'entrata in vigore della legge n. 123 del 2007, ogni azienda che registri una consistente frequenza di infortuni gravi, dovrebbe considerare inaccettabile il rischio di incorrere, oltre che nelle responsabilità di matrice civile e penale tipiche della materia, anche nelle ulteriori sanzioni del d. lgs. n. 231 del 2001 per il fatto di non aver predisposto ed efficacemente attuato un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo.

Quest'ultimo, per essere efficacemente attuato, potrà utilmente essere integrato con il sistema degli adempimenti aziendali nascenti dagli obblighi di prevenzione e protezione imposti dall'ordinamento legislativo e, qualora presenti, con le procedure interne nascenti dalle esigenze di gestione della sicurezza sul lavoro.

Da qui l'opportunità che l'azienda ponga in essere azioni volte specificamente a garantire l'adozione integrata dei diversi aspetti della compliance (anche in vista della successiva eventuale verifica da parte del Giudice) e, in particolare: mappatura del rischio approfondita e orientata secondo le specificità dell'attività produttiva posta in essere; attenta verifica ed eventuale integrazione delle procedure interne di prevenzione ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001, in coerenza con la specificità dei rischi di violazione delle norme richiamate dall'art. 25-septies[31]; armonizzazione di tutte le attività già svolte, anche in materia di gestione della sicurezza, evitando inutili quanto costose duplicazioni; valutazione ed individuazione dei raccordi tra i vari soggetti coinvolti nel sistema di controllo ai sensi del d. lgs. n. 231 citato e delle normative speciali in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro.

Le considerazioni sopra svolte inducono a concludere nel senso che, complessivamente, la disciplina della sicurezza sul lavoro sia da valutare positivamente perché esplicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento in un contesto particolare.

Questo aspetto si coglie soprattutto in relazione al sistema di valutazione preliminare dei rischi che, attraverso la definizione delle regole da adottare in situazioni concrete, appare orientato ad ampliare le ipotesi di colpa specifica.

Si è rilevata l'opportuna responsabilizzazione del soggetto apicale, a cui spetta acquisire i saperi tecnico-scientifici occorrenti per valutare il rischio. Resta aperto, tuttavia, il problema del sapere scientifico incerto e, in particolare, la questione dell'individuazione delle cautele da adottarsi rispetto a eventi di cui non si conosce la reale connessione con la situazione concreta.

---

[31] A tal fine sarà importante tenere conto e armonizzare tutte le attività già svolte, anche in materia di gestione della sicurezza, evitando inutili quanto costose duplicazioni.

È qui che potrebbe trovare spazio la logica del principio di precauzione, la quale dovrebbe portare ad un intervento del legislatore.

3. Concluso l'esame della problematica della prevenzione dei rischi-reato collegati alla sicurezza alimentare nonché alla salute e sicurezza del lavoro nel più generale contesto dei sistemi di controllo e gestione dei rischi, è opportuno svolgere qualche sintetica considerazione in ordine all'idoneità dei modelli ex d. lgs. n. 231 del 2001 al raggiungimento dell'obiettivo sicurezza, nonché tentare di dare qualche risposta agli interrogativi sopra posti.

Un contributo significativo è offerto, in tal senso, dalla giurisprudenza che ha contribuito nel tempo, seppur in modo indiretto e soprattutto nella materia della sicurezza sul lavoro, alla elaborazione di modelli sempre più adeguati, delineando alcune caratteristiche in base alle quali valutare l'idoneità degli stessi alla prevenzione dei reati per cui sono stati adottati: efficacia, specificità, attualità e dinamicità[32].

Rilevano, in particolare, in questa sede i principi sanciti da alcune note sentenze della Corte di Cassazione[33] nonché dai tribunali di merito[34], che consentono di escludere rischi di arbitri nella valutazione giudiziale dei modelli organizzativi, e la

[32] Sulla valutazione dei modelli in sede giudiziale, F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 2, (2011), p. 129. In giurisprudenza, tra le altre, Trib. Bari, 18 aprile 2005; Trib. Milano, 20 settembre 2004; Trib. Milano, 27 aprile 2004; Trib. Roma, 4 aprile 2003.

[33] Cfr., a mero titolo esemplificativo, Cass. Pen. Sez. V, Sentenza n. 4677 del 30 gennaio 2014: la sentenza sul caso Impregilo precisa che la valutazione sulla adeguatezza del modello organizzativo e gestionale si risolve in una verifica di compatibilità di tali scelte con i criteri posti e le finalità perseguite dal d.lgs. n. 231/2001. Il giudice, pertanto, non può sostituire un suo modello ideale di organizzazione aziendale a quello suggerito dalle più accreditate organizzazioni di categoria. Nelle ipotesi in cui il giudice sia chiamato a delibare la idoneità di un modello organizzativo adottato *ante delictum* deve far riferimento alla disciplina di un determinato settore con riferimento al tempo della condotta criminosa in contestazione e verificare quali cautele organizzative siano state adottate dall'ente per scongiurare il rischio della commissione di fatti di reato rilevanti ex d.lgs. n. 231/2001 con riferimento al miglior sapere tecnico disponibile all'epoca.

[34] Cfr., a mero titolo esemplificativo, F. ACCARDI – N. MINCATO, *Idoneità ed effettiva attuazione del Modello 231 ai fini sicuristici*: *la sentenza della Corte di Appello di Brescia del 23 giugno 2014*, in www.rivista231.it. L'articolo prende spunto dal pronunciamento della Corte di Appello di Brescia che, con sentenza n. 1969/2014, depositata il 23 giugno 2014, ha confermato il precedente pronunciamento del Tribunale bresciano (dell'11 marzo 2011) con il quale Astaldi s.p.a. è stata assolta dalla contestazione di un'ipotetica responsabilità amministrativa dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001, con specifico riguardo all'illecito amministrativo di cui all'art. 25 septies sub specie di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro. In particolare, ciò che rende interessante la sentenza del 2011 è la circostanza che essa è entrata nel merito della bontà del modello Astaldi e della sua capacità di prevenire i reati della specie e lo ha fatto attraverso passaggi che si pongono nella scia della migliore giurisprudenza. Giudizio di idoneità espresso dal Giudice di prime cure e confermato in sede di gravame. Nella sostanza le due sentenze oggetto di trattazione forniscono lo spunto per un approfondimento sul sistema di gestione della sicurezza sul lavoro, nel più esteso ambito dei sistemi di controllo e gestione dei rischi, e sulla sua strumentalità alla prevenzione dei rischi-reato previsti dal d. lgs. n. 231/2001.

orientano secondo precisi e stringenti canoni giuridici che possano, al contempo, costituire un affidabile parametro per orientare le scelte degli enti.

L'analisi dei provvedimenti emessi dai più importanti tribunali italiani testimonia, in particolare, un'applicazione del decreto prudenziale e graduale, a conferma dello stato di immaturità che la società italiana paga nei confronti dei reati commessi dalle persone giuridiche.

Le evidenze empiriche, poi, attestano una sostanziale inadeguatezza dei modelli organizzativi adottati nell'ambito della sicurezza sul lavoro nel rispondere alle esigenze di compliance richieste dal legislatore, tese più alla prevenzione dei reati che alla somministrazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive.

Un utile contributo per la risoluzione di analoghi problemi riguardanti la sicurezza alimentare potrebbe essere fornito, con particolare riferimento ai livelli di tutela preventiva previsti nel settore penale alimentare, dall'estensione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai reati in materia agroalimentare.

Nell'attuale dimensione degli scambi commerciali, invero, la forma societaria rappresenta ormai il principale referente criminologico; appare, dunque, improcrastinabile colmare il vulnus di tutela dovuto al mancato inserimento delle fattispecie poste a tutela di salute e sicurezza alimentare nel novero dei reati presupposto di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

Nella suddetta prospettiva si pone lo Schema di disegno di legge recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari» che, delineando un sistema moderno sul piano delle scelte politico-criminali e innovativo rispetto alle soluzioni di tecnica legislativa, rappresenta una proposta completa e articolata.

Appare evidente come, in tale ambito, si sia seguita una linea di fondo dinamica e, ormai, ineludibile: sicurezza alimentare e lealtà economica - i due cardini classici della tutela - non sono (e non possono più essere trattati come) beni separati e distanti, giacché finiscono per intersecarsi nell'obiettivo comune – in un caso in primo piano, nell'altro sullo sfondo – di tutelare e garantire il consumatore e, dunque, il singolo individuo.

Va riconosciuto, poi, il notevole impegno profuso dai componenti delle singole Sottocommissioni nel non agevole obiettivo di coniugare le (talora inevitabili) esigenze di anticipazione della soglia di tutela con le (altrettanto insopprimibili) istanze di salvaguardia dei diritti e delle garanzie, tanto degli individui quanto delle imprese (principali destinatari dei precetti).

Nel disegno di responsabilizzazione delle persone giuridiche, inoltre, va evidenziato come non ci si sia limitati ad ampliare, attraverso l'inserimento delle fattispecie in materia agroalimentare connotate da maggiore gravità il catalogo dei reati presupposto previsti dal d. lgs. n. 231 del 2001; ma si è scelto, anche in questo caso, con una soluzione tecnicamente innovativa ed essenzialmente garantista, di rendere effettiva la ratio sottesa all'adozione di un modello organizzativo, incanalando gli

operatori del settore nella strada di una correttezza gestionale ed organizzativa il più possibile idonea a prevenire la commissioni dei reati presupposto.

La soluzione prescelta è stata, dunque, quella di una disciplina ad hoc dei modelli di organizzazione e gestione in materia agroalimentare; soluzione che, se da una parte, impone oneri contenutistici più dettagliati e stringenti (calibrati sul rispetto di prescrizioni sancite a livello normativo nazionale e internazionale, su una più analitica articolazione di funzioni e sul rafforzamento dei compiti di vigilanza e di controllo, sia interno che esterno), dall'altra è accompagnata da benefici in termini di esclusione o di attenuazione della responsabilità, nell'ottica di rendere prima di tutto convenienti per le imprese i comportamenti virtuosi.

Sul piano pratico, viene in sostanza riconosciuta una sorta di presunzione (non assoluta) di idoneità del modello organizzativo, che ha l'indiscutibile pregio di ridurre il margine di discrezionalità che accompagna, da sempre, l'applicazione della normativa: si circoscrive la discrezionalità del giudice sia nel valutare la presunta idoneità del modello (il che impone, di converso, un più stringente onore motivazionale nel caso di ritenuta inidoneità); sia semplificandogli, almeno parzialmente, il compito pure con riferimento alla prognosi sull'efficace adozione, anch'essa in qualche modo 'guidata' legislativamente dalla maggiore prescrittività imposta agli enti.

Al contempo, si riduce sensibilmente il margine discrezionale rimesso alle imprese, che possono beneficiare di un referente contenutistico importante per l'elaborazione del modello. Peraltro, una scelta del genere – aprendo le porte al passaggio verso un prototipo di eteronormazione – contribuirà inevitabilmente a vincere il limite per così dire ontologico che i modelli organizzativi continuano a scontare in sede processuale, vale a dire il pregiudizio che i giudici nutrono verso l'autonormazione e che, esemplificando, li porta tra l'altro a diffidare, nel diverso ma non così lontano campo della responsabilità medica, di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Non appare decisivo, sul punto, il rilievo circa l'aumento dei costi gestionali e degli oneri burocratici gravanti sulle imprese a seguito della previsione. A ben vedere, seppure tali costi subissero l'asserito incremento, quest'ultimo ben potrebbe essere inquadrato quale investimento, dal momento che sarebbe ammortizzato da non lievi ritorni in termini di immagine e di miglioramento del sistema interno di compliance, da un lato, e soprattutto di maggiore garanzia rispetto ai rischi penali collegati alla fluida applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 (e delle relative sanzioni, anche in fase cautelare) dall'altro; senza trascurare gli evidenti riflessi benefici sul piano della continuità della gestione e del regolare svolgimento del ciclo produttivo.

In questa prospettiva, semmai, utili spunti potrebbero trarsi nella direzione opposta: un tale impianto, testato in questo delicato e fondamentale ambito, se riconosciuto valido e virtuoso potrebbe essere generalizzato ed esteso ad altri altrettanto rilevanti campi dell'attività economica; verrebbero, in tal modo, ad essere superati per espansione i supposti tratti di irragionevolezza, ricondotti a un'applicazione settoriale

della disciplina più favorevole disegnata per le imprese operanti nel campo agroalimentare.

Per quanto concerne le fattispecie contravvenzionali preventive, invece, previste dalla legge n. 283/1962, sarebbero opportuni alcuni interventi legislativi correttivi, al fine di attribuire una maggiore caratura offensiva ad alcune ipotesi che si pongono in un'ottica di tutela troppo avanzata[35].

Sulla base di quanto sin qui esposto, è possibile affermare in generale che l'elaborazione e l'adeguata attuazione di un efficace modello 231 si configuri come un vero e proprio meccanismo integrato di gestione del rischio, che parte dall'analisi della situazione esistente per giungere all'attivazione di opportuni sistemi di controllo e prevenzione di comportamenti illeciti, nonché di qualsiasi altra forma di rischio.

Un'interpretazione estensiva degli obiettivi generali del modello 231 rende quest'ultimo molto vicino ad un più generale strumento di corporate governance, che si basa su un sistema di controllo interno inteso come «l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati»[36].

Ulteriore elemento a supporto di tale tesi è da rinvenirsi nella necessità di garantire al modello le caratteristiche di dinamicità[37] sancite anche dalla stessa norma, la quale affida ad un organismo ad hoc «il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento».

Le Linee guida di Confindustria, dal canto loro, ribadiscono come i protocolli e tutti i meccanismi di riduzione del rischio, per essere efficaci, «non possono ridursi ad attività una tantum» ma devono estrinsecarsi in un «processo continuo (o comunque svolto con una periodicità adeguata), da reiterare con particolare attenzione nei momenti di cambiamento aziendale»[38].

Un'adeguata attuazione del modello, unita ad un suo costante aggiornamento, dunque, consentirebbe di introdurre all'interno dell'azienda un approccio di gestione del rischio che si discosta da quello meramente reattivo, introducendo un modello di risk management di tipo proattivo, caratterizzato da un'elevata intensità dell'attività di

---

[35] In particolare, sotto tale profilo, le ipotesi più problematiche sembrano quella delle sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione (art. 5, lett. b) e quella delle sostanze alimentari insudiciate (art. 5, lett. d).

[36] Cfr. BORSA ITALIANA, *Codice di autodisciplina delle società quotate*, cit., p. 35.

[37] Il modello non deve rappresentare un adempimento burocratico, una mera apparenza di organizzazione. Esso deve vivere nell'impresa, aderire alle caratteristiche della sua organizzazione, evolversi e cambiare con essa.

[38] Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001*, ult. agg. marzo 2014, disponibile in http://www.confindustria.it/wps/portal/IT/AreeTematiche/Diritto-d-impresa/Documenti/Dettaglio-doc-diritto-impresa/4eaa0336-f353-4bc8-aa05-35dfda228a50/4eaa0336-f353-4bc8-aa05-35dfda228a50/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOJ9PT1MDD0NjLz83UxNDBxNgpwCfYzdLCzDTPQLsh0VAVhK9gI!/

pianificazione e dalla volontà di porre in essere meccanismi di controllo prima che un evento dannoso si verifichi effettivamente.

In virtù di quanto finora evidenziato, risulta facile intuire come l'elaborazione e l'adeguata attuazione del modello possano garantire il raggiungimento di tutti i traguardi in questione, oltre che il mero rispetto delle previsioni normative vigenti consentendo, soprattutto, un incremento dell'efficienza nell'impiego delle risorse e nella gestione dei processi aziendali.

Da ultimo, non è irrilevante sottolineare un altro importante ruolo giocato dal modello nell'ambito della gestione delle attività delle organizzazioni: se è vero che le aziende sono considerate sempre più come istituzioni sociali a finalità plurime[39] e che l'orientamento ormai prevalente le ritiene responsabili non più solo verso gli azionisti, bensì nei confronti del più ampio gruppo dei portatori di interesse (stakeholders) che a vario titolo interagiscono con l'ente, è facile comprendere come un'organizzazione 231 compliance possa perseguire al meglio anche quegli obiettivi di legittimazione[40], che al giorno d'oggi non possono essere trascurati da nessuna impresa[41]. In tal senso, il modello 231 è certamente un potente strumento in grado di far ottenere, all'ente che se ne dota, un rilevante vantaggio anche in termini di immagine, reputazione e legittimazione presso tutti gli stakeholders di riferimento.

A poco più di dieci anni dalla rivoluzione generata dall'introduzione del d. lgs. n. 231 del 2001, è necessario offrire una nuova prospettiva alle imprese - sulla falsariga di quanto lodevolmente fatto dallo Schema di disegno di legge recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari» – che, per troppo tempo, hanno considerato il modello alla stregua di un ulteriore appesantimento dei processi operativi in grado di generare solo ulteriori costi, inutili oneri di burocratizzazione e una parziale immobilizzazione della struttura organizzativa dell'ente.

Ulteriore elemento da sottolineare in favore dell'adozione del modello, al di là delle previsioni di legge e della sua funzione esimente, è costituito dall'aspetto culturale: analizzare i rischi ai quali l'impresa è esposta, stabilire meccanismi di controllo e protezione, sancire flussi informativi definiti, significa anche e soprattutto sensibilizzare i destinatari e diffondere una cultura 231, intesa quale insieme di principi orientati alla trasparenza, alla legalità[42], all'efficienza e alla correttezza.

---

[39] Cfr. A.B. CARROLL, *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, Cincinnati, South-Western College Publishing/International Thompson Publishing, 1996.

[40] Considerando la legittimazione come «la generalizzata percezione o assunzione che le azioni di un'organizzazione sono desiderabili, corrette o appropriate nell'ambito di sistemi socialmente costruiti di norme, valori ed opinioni»; cfr., sul punto, M.C. SUCHMAN, *Managing legitimacy: Strategic and institutional approaches*, in «Academy of Management Review», 20, (1995)

[41] Cfr. J. GUTHRIE, L.D. PARKER, *Corporate Social Reporting: A Rebuttal of Legitimacy Theory*, in «Accounting and Business Research», Vol. 19, Issue 76, (1989); D.M. PATTEN, *Exposure, legitimacy theory and social disclosure*, in «Journal of Accounting and Public Policy», Vol. 10, n. 4, (1991).

[42] In tal senso, A.N. LICHTA, C. GOLDSCHMIDTA, S.H. SCHWARTZ, *Culture, Law, and Corporate Governance*, in «International Review of Law and Economics», 2, (2005).

Nel valutare le opportunità connesse all'adozione del modello è, dunque, necessario abbandonare una logica fondata esclusivamente sul confronto tra i costi e i benefici connessi a una simile operazione: allorquando il modello inizierà a configurarsi davvero come un potente strumento di corporate governance e risk management, la "rivoluzione timida"[43] di cui si è parlato in sede di introduzione del decreto n. 231 citato completerà la sua trasformazione verso una vera e propria rivoluzione di sistema, che influenzerà aspetti organizzativi e culturali delle imprese e, probabilmente, del contesto economico generale del Paese, fornendo un utile contributo per sviluppare concretamente il progetto di compliance organizzativa, e consentendo alle imprese di uscire dalla retorica ed entrare nella realtà aziendale.

Una corretta ed efficace strategia di gestione è, quindi, fondamentale sia in termini di prevenzione del rischio[44], sia sul fronte del governo di una crisi.

Pur essendo un ambito già ampiamente disciplinato a livello nazionale ed internazionale, esistono dei margini per la definizione di strumenti, politiche ed attività che permettono di migliorare ulteriormente le strategie di controllo, prevenzione e gestione del rischio, andando oltre gli oneri normativi in vigore e i processi di gestione volontari maggiormente implementati.

Occorrerebbe, in altri termini, adottare un approccio basato sui principi della responsabilità sociale d'impresa, e rilanciare l'etica individuale come guida e spirito dell'attività dell'impresa.

---

[43] Si veda D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano,* in AA.VV., *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse,* in «Cass. Pen.», supplemento al n. 6, (2003), p. 8.

[44] Gestione dei processi interni e del rapporto con i fornitori, ma anche definizione di un'efficace piano di comunicazione verso l'esterno.

Domenico Garofalo

PRIME RIFLESSIONI SUL LAVORO A TEMPO PARZIALE E INTERMITTENTE NEL JOBS ACT 2 * (*)

ABSTRACT	
Tra le fattispecie contrattuali la cui disciplina è stata riordinata con il D.Lgs. n. 81/2015, emanato in attuazione della L. n. 183/2014 (c.d. Jobs Act 2), vi sono il lavoro a tempo parziale e quello intermittente. Ad una prima comparazione tra la vecchia e la nuova disciplina emergono una significativa semplificazione normativa, in aderenza all'obiettivo perseguito con la legge delega, nonché rilevanti novità soprattutto nel rapporto tra le fonti eteronoma ed autonoma e tra le stesse e l'autonomia individuale.	Among the types of contract whose discipline has been reorganized by the decree n. 81/2015, issued in implementation of Law n. 183/2014 (so-called Jobs Act 2), there are the part-time work and the intermittent work. A first comparison between the old and the new discipline reveals a significant simplification of legislation, in adherence to the objective pursued by the Law n.183/2014, as well as relevant news especially in the relationship between the heteronomous and autonomous sources and between them and individual autonomy.
Part time – orario di lavoro – lavoro intermittente	**Part time – intermittent work – working time**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *part time* riformato. – 2.1. La definizione. – 2.2. L'eliminazione del rinvio alla contrattazione collettiva per determinare condizioni e modalità della prestazione lavorativa. – 2.3. Forma e contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale. – 2.4. Lavoro supplementare, straordinario e clausole elastiche. – 2.5. Il trattamento del lavoratore a tempo parziale. – 2.6. La trasformazione del rapporto di lavoro *part time*. – 2.7. L'apparato sanzionatorio. – 2.8. I profili non modificati. – 2.9. Il *part time* nelle p.a. - 3. Il lavoro intermittente. – 3.1. Il potere sostitutivo del Ministero del lavoro in caso di inerzia dell'autonomia collettiva. – 3.2. I profili non modificati dalla riforma del 2015. – 3.3. Il divieto di utilizzazione del lavoratore intermittente per mancata valutazione dei rischi. – 3.4. Il contenuto del contratto di lavoro intermittente. – 3.5. L'obbligo di informativa sull'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente. – 3.6. L'indennità di disponibilità. – 3.7. Il principio di non discriminazione. – 3.8. Il computo dei lavoratori intermittenti.

---

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

∗ Il presente contributo riproduce, con l'aggiunta di alcune note, la relazione tenuta al convegno sul tema "Decreti attuativi del Jobs Act (decreti legislativi nn. 80 e 81/2015)" organizzato dal Centro Studi "Domenico Napoletano" – sezione di Taranto e svoltosi a Taranto il 10 luglio 2015.

1. Giova innanzi tutto precisare la portata della riforma, ormai nota come *Jobs Act* 2, riconducendosi il *Jobs Act* 1 al d.l. n. 34/2014.

Con tale espressione si fa riferimento alla legge n. 183/2014, che conferisce al Governo una serie di deleghe per realizzare la riforma del lavoro.

I primi due decreti attuativi sono stati adottati il 4 marzo 2015, con i nn. 22 e 23, rispettivamente sulla riforma degli ammortizzatori sociali e sul contratto a tutele crescenti.

Di seguito, in data 24 giugno 2015, è stato pubblicato il decreto 15 giugno 2015 n. 81, previsto dall'art. 1, legge n. 183/2014, comma 7, alinea e lettere a) b) d) e) h) ed i), recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni.

Si tratta di una sorta di Testo Unico, in quanto contiene la disciplina dei seguenti istituti:

- *part time* (artt. 4 - 12)
- intermittente (artt. 13 - 18)
- contratto a tempo determinato (artt. 19 - 29)
- somministrazione (artt. 30 - 40)
- apprendistato (artt. 41 - 47)
- lavoro accessorio (artt. 48 - 50)
- Co.Co.Co./partite IVA/associazione in partecipazione (artt. 1 - 2, 52 - 54)

Inoltre è prevista la modifica integrale dell'art. 2103 c.c. (art. 3).

Il riordino prevede l'abrogazione di tutta la disciplina oggi vigente per ciascuna tipologia richiamata, salvo qualche isolata eccezione (art. 55), anche se viene recepita buona parte della vecchia disciplina, ma con varie modifiche (donde l'improprio utilizzo dell'espressione di Testo Unico).

2. Gli artt. 4-12, d.lgs. n. 81/2015, come anticipato, sostituiscono integralmente il d.lgs. n. 61/2000, espressamente abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. a).

In primo luogo si segnala la portata semplificatrice dell'intervento di riforma, che si può evincere anche dal minor numero di disposizioni (solo nove), dedicate all'istituto rispetto alle precedenti (quattordici), contenute nel d.lgs. n. 61/2000, interamente abrogato.

La nuova disciplina del *part time* è entrata immediatamente in vigore (25 giugno 2015), non operando la norma transitoria *sub* art. 55, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, in quanto nella disciplina del *part time* è totalmente assente il rinvio ad emanandi decreti ministeriali.

Tale dato di fatto non elide, però, il problema, di natura transitoria, dei contratti tuttora in corso e delle regolamentazioni in materia contenute nei CCNL vigenti.

Si è contrari all'ultrattività della vecchia disciplina, in quanto il principio "*tempus regit actum*" opera quando la disciplina di un istituto è individuata per intero al momento della instaurazione del rapporto (es. apprendistato). Nel caso del *part time* ci sono situazioni che vengono ad esistenza in un momento successivo all'instaurazione del rapporto (esempio diritto di precedenza) e soggiacciono alla disciplina vigente nel momento in cui vengono ad esistenza.

A sua volta il rinvio da parte della disciplina del 2000 alla contrattazione collettiva per alcuni profili dell'istituto (ad esempio per le clausole flessibili ed elastiche *ex* art. 3, comma 7) è venuto meno nella nuova disciplina.

A questo punto se per i contratti *part time* stipulati dopo il 24 giugno 2015, pur nella perdurante vigenza dei CCNL, è pacifico che quella disciplina contrattuale non sia applicabile, corre l'obbligo di chiedersi cosa accada per quelli in essere al 24 giugno 2015. Per essi sarà applicabile solo quella parte di disciplina autonoma compatibile con quella nuova eteronoma.

Fatta tale premessa, si procede all'analisi della novità in materia di *part time*, comparando il nuovo articolato con quello del 2000.

2.1. A prescindere dalla modifica della rubrica della norma [da "Definizioni" *ex* art. 1, d.lgs. n. 61/2000, a "Definizione" *ex* art. 4, d.lgs. n. 81/2015], la stessa, a ben guardare, non reca alcuna definizione dell'istituto, anzi ha "perso" tutte quelle contenute nell'art. 1, comma 2, lettera a) – e), tranne quella relativa al lavoro supplementare, contenuta nel successivo art. 6, comma 1. Si ritiene che tale scelta da parte del legislatore delegato, di sopprimere l'articolazione tipologica del *part time*, sia una diretta conseguenza della eliminazione del limite legale alla durata giornaliera della prestazione di lavoro, ad opera del d.lgs. n. 66/2003, sul quale si era costruita la nozione di *part time* orizzontale. A ciò si aggiunga la scomparsa nella nuova disciplina di una regolazione differenziata per tipologia di *part time*. La differenziazione tipologica permane nella contrattazione collettiva vigente e non può escludersi che ciò avvenga anche in quella di là a venire, non reperendosi nel d.lgs. n. 81/2015 norme che a ciò ostino[1].

2.2. Non è stato riproposto il contenuto dell'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, che conferiva facoltà alla contrattazione collettiva di ogni livello di determinare condizioni e modalità della prestazione lavorativa, anche particolari per specifiche figure professionali.

Tale soppressione della competenza dell'autonomia collettiva può spingere in due diverse direzioni, e cioè verso la legge oppure verso l'autonomia individuale.

[1] R. VOZA, *Il 'riordino' del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *Lav. giur.*, 2015, n. 11 (in corso di pubblicazione).

Se si esclude che tra le condizioni e modalità rientrino le clausole elastiche, per le quali v'è una norma *ad hoc* (art. 6, d.lgs. n. 81/2015), allora la risposta va nella seconda direzione, e cioè la nuova disciplina spinge verso l'autonomia individuale.

In ogni caso va segnalato che tutti i rinvii alla contrattazione collettiva vanno rapportati a quanto previsto nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, che individua in via generale quali contratti collettivi abbiano competenza tutte le volte in cui le disposizioni del d.lgs. n. 81/2015, in assenza di specificazioni, rinviino alla competenza della contrattazione collettiva[2].

2.3. A margine della forma e dei contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale vanno segnalate varie e rilevanti novità.

In primis, pur confermandosi la forma scritta *ad probationem*, viene esclusa la possibilità, qualora la scrittura risulti mancante, della prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 c.c. (smarrimento del documento *ex* art. 2724 n. 3 c.c.) prevista dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 61/2000. Giustamente si è fatto notare che l'eliminazione del rinvio all'art. 2725 c.c. non significa automaticamente che tale norma non sia più applicabile, trattandosi di una disposizione di carattere generale, potendosi quindi ricondurre la soppressione all'operazione semplificatrice[3]. Per la sanzione nel caso in cui manchi la forma scritta si rinvia al paragrafo 2.7.

In secondo luogo, viene escluso l'obbligo (*ex* art. 2, comma 1, d.lgs. n. 61/2000) di comunicazione alla DTL entro 30 giorni dalla stipulazione del contratto, nonché di informare le RSA, ove esistenti, con cadenza annuale, su andamento delle assunzioni *part time*, relativa tipologia e ricorso al lavoro supplementare. Su quest'ultima modifica ablativa sono formulabili dubbi di non conformità alla clausola n. 5, lett. e), dir. 97/81/CE[4].

Ancora, l'indicazione della durata della prestazione e della sua collocazione temporale diventa appannaggio del solo contratto individuale, venuto meno il rinvio alla contrattazione collettiva già contenuto nell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000. Anche in questo caso, per la sanzione nel caso di mancata predeterminazione della durata della prestazione e della sua collocazione temporale, si rinvia al paragrafo 2.7.

Infine, recependosi l'orientamento della giurisprudenza, si ritiene che, ove il lavoro sia organizzato a turni, l'indicazione della collocazione temporale della prestazione possa avvenire mediante il rinvio a turni programmati articolati su fasce orarie prestabilite. Ci si chiede se tale possibilità sia rispettosa del principio costituzionale della programmabilità del tempo di lavoro del *part timer*[5], variando la

---

[2] Cfr. R. VOZA, *Op. cit.*; V. BAVARO, *Il lavoro* part time *dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita – lavoro nel* Jobs Act 2, E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), Bari, Cacucci, 2015, p. 215 ss.; G.A. RECCHIA, *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, ivi, p. 117 ss.

[3] R. VOZA, *op. cit.*

[4] R. VOZA, *op. cit.*

[5] Cfr. V. BAVARO, *op. cit.*, spec. p. 217.

risposta a seconda della maggiore o minore specificità delle fasce orarie, nel senso che meno ampie sono queste ultime e più il *part timer* potrà disporre del proprio tempo[6].

2.4. Con riferimento al lavoro supplementare e straordinario ed alle clausole elastiche, giova premettere che nella vecchia disciplina (art. 3, d.lgs. n. 61/2000) si operava una distinzione tra *part time* orizzontale, verticale e misto.

Nel primo caso si consentiva l'espansione dell'orario sino a concorrenza di quello pieno contrattuale [lavoro supplementare], nei limiti e per le causali previste dai contratti collettivi, previo consenso del lavoratore in assenza di disciplina collettiva, con una percentuale di maggiorazione, anch'essa rimessa alla contrattazione collettiva. Inoltre, le parti potevano concordare anche clausole flessibili, e cioè una variazione della collocazione temporale della prestazione.

Nel secondo caso si consentiva il lavoro straordinario e l'apposizione delle clausole elastiche, e cioè una variazione in aumento della durata della prestazione.

Entrambe le clausole erano regolate dalla contrattazione collettiva (art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000) e dovevano prevedere un preavviso in favore del lavoratore di almeno 2 giorni, con una specifica compensazione disciplinata dall'autonomia collettiva.

Per entrambe le clausole era richiesto il consenso scritto del lavoratore, revocabile dai lavoratori: a) affetti da patologie oncologiche; b) che assistono familiari con patologie oncologiche o con totale e permanente inabilità lavorativa; c) con figli di età non superiore a 13 anni o portatori di *handicap*; d) studenti lavoratori. Il rifiuto non legittimava il licenziamento.

Infine, era previsto l'obbligo dei centri per l'impiego di dare informativa ai lavoratori di tale disciplina ove interessati ad offerte di lavoro a tempo parziale.

Come si vede una disciplina abbastanza articolata con un ruolo rilevante affidato alla contrattazione collettiva.

La nuova disciplina è notevolmente semplificata prevedendosi un doppio canale di accesso alle clausole elastiche.

Partendo dal lavoro supplementare, si segnala la possibilità di accesso tramite contratto collettivo, *ex* art. 6, comma 1, o su iniziativa del datore in assenza di regolamentazione nel contratto collettivo applicato.

La disciplina pone alcuni limiti, e cioè la possibilità di svolgere il lavoro supplementare in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordate; il possibile rifiuto da parte del lavoratore ma condizionato alla sussistenza di comprovate ragioni di lavoro, di salute, familiari e di formazione professionale; ed infine una maggiorazione retributiva del 15%, comprensiva dell'incidenza su istituti indiretti o differiti.

---

[6] V. BAVARO, *op. cit.*

Infine, è ammesso il lavoro straordinario.

Per quanto riguarda le clausole elastiche (che ora ricomprendono variazioni sia della collocazione temporale, sia della durata del lavoro), si prevede sia l'accesso tramite contratto collettivo (art. 6, comma 4) con preavviso di due giorni e specifiche compensazioni, sia tramite l'iniziativa del datore, anche in questo caso in assenza di disciplina nel contratto collettivo applicato.

In quest'ultimo caso la stipula deve avvenire davanti alla Commissione di certificazione con l'assistenza anche di un avvocato o di un consulente del lavoro. Inoltre, a pena di nullità, le clausole elastiche stabiliscono condizioni e modalità con le quali il datore, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione, con variazione di durata in aumento, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale. Tali modifiche implicano una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti.

Il consenso alla clausola elastica è revocabile da parte dei lavoratori: a) affetti da patologie oncologiche, nonché da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti; b) che assistono familiari con patologie oncologiche, cronico-degenerative ingravescenti, ovvero con totale e permanente inabilità lavorativa; c) con figli di età non superiore a 13 anni o portatori di *handicap*; d) studenti.

Il mancato consenso alla stipula della clausola elastica non configura giustificato motivo di licenziamento ed è stato eliminato l'obbligo del centro per l'impiego di informare i lavoratori interessati al *part time* della disciplina applicabile all'istituto.

Alla luce della nuova disciplina innanzi sinteticamente riportata, vanno segnalate quindi le seguenti novità:

a) l'intervento della contrattazione collettiva, pur in assenza di esplicita previsione, può essere limitativo delle condizioni di uso delle clausole elastiche;

b) il ricorso a queste ultime, come pure al lavoro straordinario, è ormai generalizzato a prescindere dalla tipologia di *part time*;

c) vengono esplicitate le ragioni che legittimano il rifiuto da parte del lavoratore;

d) v'è unificazione delle clausole prima esistenti in quella elastica;

e) la specifica compensazione è collegata dalla contrattazione collettiva alla pattuizione e non anche all'effettuazione della prestazione in eccesso o in modifica temporale;

f) le clausole elastiche al di fuori della disciplina della contrattazione collettiva vanno validate dinanzi alle commissioni di certificazione con compensazione solo in caso di effettiva modificazione della durata e della collocazione temporale della prestazione;

g)infine, la clausola è disdettabile per i casi tipizzati dal legislatore e non è contestabile da parte del datore di lavoro.

2.5. Con riferimento al divieto di discriminazioni, si segnala il mutamento della rubrica e del contenuto della norma [art. 4, d.lgs. n. 61/2000 – principio di non discriminazione] che risulta molto più scarna, enunciandosi il principio della parità di trattamento.

Viene soppressa, inoltre, la facoltà per la contrattazione collettiva di prevedere in talune occasioni trattamenti più che proporzionali.

Ancora, c'è l'estensione all'infortunio della modulazione del periodo di comporto ad opera della contrattazione.

La novità è la eliminazione della elencazione degli istituti per i quali operano i principi del pari trattamento, nonché del *pro rata temporis*; sicchè se ciò ben risponde ad esigenze di semplificazione normativa è pur vero che è venuta meno nella nuova disciplina il distinguo, presente nella vecchia, tra diritti strettamente corrispettivi e diritti connessi alla tutela della persona del lavoratore, per la quale non può esservi proporzionalità[7].

2.6. Anche sulla trasformazione del rapporto, la nuova disciplina assorbe ben tre disposizioni del d.lgs. n. 61/2000 e cioè gli artt. 5, 12-*bis* e 12-*ter*, adottando di conseguenza una regolamentazione più organica e snella.

È venuta meno, poi, la sanzione *ex* art. 8, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, per violazione del diritto di precedenza alla trasformazione da *part time* in *full time*.

Ulteriori novità in materia sono rappresentate dalla trasformazione in *part time*, come alternativa al congedo parentale (*ex* art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015), dall'estensione del campo di applicazione degli istituti della trasformazione di diritto (*ex* art. 8, comma 3) e prioritaria (*ex* art. 8, comma 4) del rapporto *full time* in *part time*, anche alle «gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti», dal diritto di precedenza nella «ritrasformazione» per assunzioni con le stesse mansioni o con mansioni di pari livello e categoria legale e non più equivalenti per effetto della modifica dell'art. 2103 c.c. (*ex* art. 8, comma 6)[8].

2.7. Notevolmente semplificato è l'apparato sanzionatorio così sintetizzabile:

a) nel caso di assenza di forma scritta, richiesta *ad probationem actum*, si ritiene sussistente un rapporto *full time* a seguito di provvedimento giudiziario, con una novità in ordine alla decorrenza della trasformazione, ora a partire dalla sentenza, prima dall'accertamento giudiziale della mancanza della forma scritta;

---

[7] R. VOZA, *op. cit.*, nonché V. BAVARO, *op. cit.*
[8] V. BAVARO, *op. cit.*

b) nel caso di mancata determinazione della durata della prestazione, la sanzione è identica a quella prevista sub a);

c) nel caso di mancata determinazione della collocazione temporale della prestazione, il giudice ne determina le modalità di svolgimento, non più in base alle previsioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, bensì tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore, della necessità di integrare il reddito con un altro lavoro e delle esigenze del datore di lavoro, costituendo questi ultimi dei parametri tassativi per il giudice;

Nelle ipotesi *sub* b) e c) il lavoratore ha diritto ad una ulteriore (rispetto alla retribuzione per le prestazioni effettivamente rese) somma a titolo di risarcimento del danno; è scomparso il riferimento alla valutazione equitativa del giudice, ma ciò non comporta un onere probatorio a carico del lavoratore[9].

d) nel caso di violazione di legge e delle disposizioni del codice civile, in esecuzione delle clausole elastiche, si prevede il risarcimento del danno al pari delle ipotesi *sub* b) e c);

e) nessuna sanzione è prevista nel caso di violazione del diritto precedenza.

2.8. Nessuna novità va segnalata con riferimento alla disciplina dei criteri di computo e a quella previdenziale.

2.9. Ispirata alla semplificazione normativa appare la disciplina del *part time* alle dipendenze delle p.a, ed infatti nel d.lgs. n. 61/2000, veniva esclusa l'applicabilità delle norme elencate nell'art. 10[10], e si mantenevano ferme le disposizioni speciali ivi richiamate[11].

Il problema della diversa regolamentazione per il settore pubblico è stato superato dal d.lgs. n. 81/2015 che, all'art. 12, dichiara applicabile la nuova disciplina anche alle p.a., ove «non diversamente disposto», con esclusione delle norme contenute negli artt. 6, comma 2, sul lavoro supplementare; 6, comma 6, sulle clausole elastiche e 10, sulle sanzioni; rimangono ferme le disposizioni speciali in materia.

3. La finalità semplificatrice dell'intervento riformatore in relazione anche al lavoro intermittente emerge dalla stessa relazione illustrativa del d.lgs. n. 81/2015 e si accompagna a quella di dirimere contrasti interpretativi e giurisprudenziali, recependo gli orientamenti consolidati. Alcune modifiche alla disciplina dell'istituto, invero vanno ben al di là della mera semplificazione normativa (*infra*).

---

[9] R. VOZA, *op. cit.*

[10] Con riferimento al d.lgs. n. 61/2000, vedi gli artt. 2, comma 1, sulla forma e sulle comunicazioni; 5, comma 2, sulla trasformazione; 5, comma 4, sugli incentivi; 8, sulle sanzioni.

[11] Le norme speciali espressamente richiamate erano gli artt. 1, l. n. 662/1996; 39, l. n. 449/1997; 22, l. n. 448/1998; e 20, l. n. 488/1999.

In termini generali si evidenzia che diverso è l'approccio alle fonti di disciplina, in quanto per un verso su quella autonoma prevale quella legale, e per altro verso, mediante la definizione di «contratto collettivo», *ex* art. 51, d.lgs. n. 81/2015, si valorizza il livello decentrato (territoriale o aziendale) a scapito di quello nazionale, con spazi riservati anche all'autonomia individuale (v. l'art. 15, d.lgs. n. 81/2015).

In alcuni casi, poi, si rende inderogabile la disciplina legale ad opera dell'autonomia collettiva (art. 14, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 81/2015, in materia di divieti in caso di licenziamento collettivo e sospensioni).

3.1. La prima disposizione si occupa della definizione e dei casi di ricorso al lavoro intermittente.

Partendo dal primo profilo va evidenziato che il legislatore riferisce l'intermittenza al modo in cui il datore di lavoro può utilizzare la prestazione, non costituendo più la stessa un attributo delle prestazioni rese[12].

Passando al secondo profilo, analogamente a quanto già previsto dall'art. 40, d.lgs. n. 276/2003[13], l'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, con riferimento alle esigenze che legittimano l'utilizzo del lavoro intermittente, prevede che ove non provveda ad individuarle l'autonomia collettiva, compete al Ministero del lavoro provvedere mediante l'adozione di apposito decreto (c.d. potere sostitutivo).

Rispetto alla disciplina pregressa si segnalano alcune differenze, e cioè la mancata prefissione del termine di esercizio del potere sostitutivo (precedentemente individuato nei 5 mesi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003), e la mancata previsione della procedura che precedeva l'esercizio del predetto potere sostitutivo.

Ulteriore novità riguarda il livello di contrattazione competente e soprattutto i soggetti sindacali legittimati, visto che la vecchia disposizione rinviava ai «contratti collettivi» stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, mentre la nuova, mediante il rinvio all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, legittima tutti i livelli di contrattazione, ivi compresi i contratti stipulati da RSA e RSU.

A proposito del potere di intervento del Ministero del lavoro, va rammentato che lo stesso era previsto, ma non in funzione sostitutiva, anche per quantificare la misura

---

[12] R. VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, in E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), cit., p. 233 ss.; di seguito C. SPINELLI, *Il lavoro intermittente dopo il* Jobs Act, in *Lav. giur.*, 2015, n. 12, in corso di pubblicazione.

[13] V. d.m. 23 ottobre 2014; critico è R. VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, cit., p. 236, sul richiamo operato dal decreto ministeriale delle attività previste nella tabella allegata al r.d. 2657/1923, sulle attività di semplice attesa e custodia, in quanto il legislatore ha confuso la discontinuità, intesa come ridotta intensità lavorativa e l'alternanza tra giorni di lavoro e di non lavoro, ove si prescinde dall'intensità lavorativa; anzi i lavori discontinui o di attesa e custodia presuppongono una costante presenza sul luogo di lavoro. È pertanto auspicabile che la nuova decretazione ministeriale abbandoni un riferimento che appare totalmente errato.

minima dell'indennità mensile di disponibilità[14], nonché per definire la misura della retribuzione convenzionale sulla quale calcolare la contribuzione volontaria che il lavoratore poteva versare in relazione ai periodi in cui lo stesso aveva percepito una retribuzione inferiore ovvero l'indennità di disponibilità[15].

Ci si chiede se la regolamentazione ministeriale emanata in base alla vecchia disciplina debba ritenersi caducata per effetto dell'abrogazione di quest'ultima oppure sia tuttora applicabile, concludendosi per la soluzione affermativa, in ragione della previsione contenuta nell'art. 55, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, quanto meno fino all'emanazione dei nuovi decreti ministeriali[16].

3.2. Come già accennato, alcuni profili di regolazione dell'istituto sono rimasti immutati rispetto alla disciplina previgente. Si fa riferimento alla platea dei destinatari *a latere praestatoris* per l'utilizzo dell'istituto sganciato dalle esigenze (c.d. ipotesi a-causali), ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 81/2015; all'utilizzabilità del lavoro intermittente anche a termine (*ex* art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015); all'esclusione del limite dei 400 giorni nei tre anni solari per i settori del turismo, pubblici esercizi e spettacolo (*ex* art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015); alla conferma della trasformazione in caso di superamento del predetto limite (*ex* art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015); all'inapplicabilità dell'istituto alle P.A. (*ex* art 13, comma 5, d.lgs. n. 81/2015).

Con riferimento, invece, alla totale assenza di trattamento economico e normativo nei periodi di non utilizzo, salva l'indennità di disponibilità, ove ci sia obbligo di risposta alla chiamata (*ex* art. 13, comma 4, d.lgs. n. 81/2015), va evidenziata la grossa novità, totalmente condivisibile, della eliminazione dell'inciso che negava al lavoratore intermittente qualsiasi diritto allo statuto protettivo della subordinazione, così creando una disparità di trattamento, ad esempio, rispetto al lavoratore somministrato; negazione che si poneva in aperta contraddizione con la permanenza a carico del lavoratore intermittente nei periodi di non utilizzo degli obblighi che prescindono dall'effettuazione della prestazione (es. obbligo di fedeltà)[17].

3.3. La seconda novità attiene al divieto di utilizzo del lavoro intermittente per la mancata valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 81/2015, esteso a tutti i datori di lavoro (e non più alle sole imprese) ed eliminando il vetusto rinvio al d.lgs. n. 626/1994, con rinvio alla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Vengono, viceversa, confermati gli altri

---

[14] V. d.m. 10 marzo 2004.
[15] V. d.m. 30 dicembre 2004.
[16] V. R. VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, cit.; C. SPINELLI, *Il lavoro intermittente dopo il* Jobs Act, cit.
[17] V. ancora R. VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, cit., 237 – 238; C. SPINELLI, *Il lavoro intermittente dopo il* Jobs Act, cit.

due divieti relativi alla sostituzione dei lavoratori scioperanti, *sub* lett. a) e quello *sub* lett. b) della non utilizzabilità del lavoro intermittente da parte dei datori di lavoro che hanno proceduto nei sei mesi precedenti a licenziamenti collettivi per riduzione di personale ovvero abbiano in atto presso l'unità produttiva di assunzione sospensioni del lavoro o riduzioni dell'orario di lavoro con intervento della CIG che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente, sebbene per quest'ultima ipotesi sia disposta la soppressione della possibilità di deroga prima accordata «agli accordi sindacali», con la conseguenza che ora il divieto è inderogabile.

3.4. La riforma del 2015 conferma la vecchia disciplina quanto al contenuto del contratto di lavoro intermittente, ma con la rilevante novità dell'eliminazione dell'obbligo per le parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi ove previste (art. 35, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

Con riferimento al significato ed agli effetti di tale novità, *prima facie* potrebbe sostenersi che il legislatore abbia fatto arretrare la competenza dell'autonomia collettiva a vantaggio di quella individuale, ma l'analisi incrociata della norma in esame sui contenuti del contratto con quelle che disciplinano i singoli profili può condurre ad una conclusione diversa, specie esaminando, rispettivamente i profili attinenti: a) alla durata e alle ipotesi oggettive o soggettive di utilizzo [art. 15, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 81/2015]; b) al luogo, alla modalità della disponibilità, al preavviso di chiamata, con durata minima di un giorno lavorativo [art. 15, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 81/2015]; c) al trattamento economico e normativo, compresa l'indennità di disponibilità [art. 15, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 81/2015]; d) alle forme e modalità di richiesta della prestazione e di rilevazione della prestazione [art. 15, comma 1, lett. d) d.lgs. n. 81/2015]; e) ai tempi e alle modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità di disponibilità [art. 15, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 81/2015], con implicito rinvio al contratto collettivo e al codice civile; f) alle misure di sicurezza coerenti con l'attività dedotta in contratto [art. 15, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 81/2015], implicitamente rinviando alla legislazione in materia.

Conclusivamente, se arretramento della contrattazione collettiva c'è stato, esso è a favore della legge, visto che la gran parte dei profili esaminati sono disciplinati da fonte eteronoma primaria.

3.5. L'obbligo di informativa sull'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente, già previsto dal d.lgs. n. 276/2003 nei confronti delle RSA, con la riforma del 2015 viene esteso alle RSU. Si tratta a ben guardare della esplicitazione di un obbligo già deducibile dalla vecchia disposizione, visto che le prerogative previste in capo alle RSA operano anche verso le RSU e viceversa.

Quanto, poi, agli obblighi di comunicazione verso la DTL, *ex* art. 15, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, si segnala la conferma della vecchia disciplina, con l'unica novità

dell'esclusione della comunicazione via fax, in ottemperanza alle disposizioni che fanno divieto alle p.a. di uso del fax, prevedendosi, invece, solo il ricorso a sms e a posta elettronica.

Si conferma, altresì, la possibilità per il Ministro del lavoro, di concerto con quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di individuare con decreto ministeriale modalità applicative in funzione dello sviluppo delle tecnologie, elidendo il riferimento alla natura non regolamentare del decreto, previsto nell'abrogata disciplina.

3.6. Sull'indennità di disponibilità, già disciplinata dall'art. 36, d.lgs. n. 276/2003, si registrano alcune novità. In primo luogo, permane il rinvio ai «contratti collettivi» per la determinazione della sua misura, sebbene ora si debba tener conto della definizione contenuta nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Per quanto riguarda il decreto ministeriale che fissa la misura minima della stessa, il Ministero del lavoro, già durante la vigenza della vecchia disciplina, aveva l'obbligo di sentire i soggetti sindacali rappresentativi, ivi qualificati come «associazioni» dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, ed ora diversamente denominati come «associazioni sindacali» comparativamente più rappresentative a livello nazionale, senza alcuna indicazione della loro riferibilità a datori di lavoro o lavoratori. Orbene, nel d.lgs. n. 81/2015, quando si utilizza tale espressione si vuole fare riferimento solo alle associazioni dei lavoratori (v. artt. 36 sulla somministrazione e 46 sull'apprendistato). Ed infatti, nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo si evidenzia questa anomalia oltre a quella della mancata prefissione del termine per l'adozione del decreto ministeriale (ma ciò valeva anche per la vecchia disposizione dell'art. 36, d.lgs. n. 276/2003).

Nessuna novità si rinviene in ordine alla mancata incidenza dell'indennità su ogni istituto legale o contrattuale (v. l'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) e sulla deroga al minimale contributivo (art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) salva l'inversione delle due norme.

Ancora, nessuna novità si registra sul differenziale contributivo rispetto alla retribuzione convenzionale (art. 16, comma 6, d.lgs. n. 81/2015).

Analogamente si può dire per gli eventi sospensivi; piuttosto, è scomparsa la norma del d.lgs. n. 276/2003, che circoscriveva l'applicabilità dell'intero art. 36, d.lgs. n. 276/2003, ai lavoratori che si erano obbligati a rispondere alla chiamata (mera semplificazione non anche generalizzazione della norma visto che l'indennità di disponibilità presuppone l'obbligo di rispondere alla chiamata).

Infine, giova soffermarsi sulla risarcibilità o meno del danno nel caso di rifiuto di risposta alla chiamata. Infatti, l'art. 16, d.lgs. n. 81/2015, che disciplina l'indennità di disponibilità, conferma, in caso di ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata, la possibilità di licenziare il lavoratore e la restituzione della quota di indennità di disponibilità per il periodo successivo al rifiuto, eliminando, però, la previsione di

«un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi, o, in mancanza, dal contratto di lavoro» (cfr. l'art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003). A questo punto è opportuno chiedersi se l'eliminazione della previsione in questione implichi l'eliminazione del rinvio alla contrattazione collettiva, fermo restando l'obbligo del risarcimento secondo i principi generali civilistici oppure esclude in radice il risarcimento del danno. La doppia sanzione prevista (licenziamento e restituzione della quota di indennità di disponibilità) fa propendere per quest'ultima ipotesi.

La nuova disposizione pone però una serie di problemi applicativi, e cioè nell'ordine: se si è in presenza di una ipotesi tipizzata di giustificato motivo oppure se la stessa è riconducibile alle nozioni legali di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo; ancora, se avendo natura disciplinare soggiaccia alla procedura ex art. 7, l. n. 300/1970; se siano invocabili le esimenti e, infine, se al rifiuto sia equiparabile la colposa irreperibilità[18].

3.7. La riforma Renzi conferma il principio di parità di trattamento, con alcune novità rispetto a quanto già previsto dall'art. 38, d.lgs. n. 276/2003.

In primo luogo, viene eliminato il rinvio ai divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente (semplificazione); è confermato il rinvio al lavoratore di pari livello, ma è stato eliminato quello «a parità di mansioni svolte» in coerenza con le modifiche dell'art. 2103 c.c.; mentre per il trattamento connesso alle sospensioni *ex* art. 2110 c.c., l'indicazione degli eventi è più scarna (malattia, infortunio, congedo per maternità e parentale).

3.8. Infine, un cenno va fatto alla conferma del computo dei lavoratori intermittenti «in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre», ma con la novità che detto sistema di computo rileva non solo per l'applicazione di normative di legge ma anche contrattuali per le quali sia rilevante l'organico aziendale.

[18] R. VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, cit., p. 239; C. SPINELLI, *Il lavoro intermittente dopo il* Jobs Act, cit.

Izabela Gawłowicz

SOME REFLECTIONS ON MODERN SUBSIDIARY LAW-MAKING PROCESSES IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW WITH SPECIAL REGARD TO DIPLOMATIC INTERNATIONAL LAW*

ABSTRACT	
Author analyses the concept of modern subsidiary law-making processes in public international law with special regard to diplomatic international law and in the light of so – called soft – law concept. The lack of real (permanent, quite fast and intensive, responding for international society needs) codification in diplomatic (and international in general) law creates the space (and some approvement) for untypical methods of lawmaking. On this ground special role play judicial decisions of international courts, that are the source of explaining, reasoning and understanding international norms.	L'Autrice analizza i nuovi processi di elaborazione normativa nel diritto pubblico internazionale, con specifico riferimento alla diplomazia internazionale alla luce dei cosiddetti meccanismi di soft law. La carenza di un reale (permanente, veloce e rispondente ai bisogni della società in ambito internazionale) sistema di codificazione in ambito diplomatico (ed in generale nel diritto internazionale) crea i margini per metodi di formazione delle leggi di tipo informale. Un particolare ruolo è svolto, in questi processi, dalle decisioni delle Corti internazionali, che rappresentano la fonte di interpretazione, spiegazione e comprensione delle norme di diritto internazionale.
Law-making - international law	**Formazione normativa - diritto internazionale**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Soft law in international diplomatic law formation. – 3. The role of parties and international diplomacy. – 4. De-formalisation of law making processes. – 5. Judicial activity of international courts.

1. Any analysis of the sources of public international law, aside from rulemaking procedures and their applications as the products of a complex process of creating legal norms, should also consider a range of indirect contributory factors that affect this process. Indeed, a complete separation of these additional elements, often only indirectly impinging upon the process, is impossible.

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

Reaching international agreement on common rules regarding acting in a particular legal category is difficult[1], time-consuming, multistage and can lead to both an emergence of entirely new legal norms and either modification or termination of the existing ones. While identifying all the formal and informal factors affecting the end result of this process would be difficult, a prominent role among these certainly play expert opinions and judicial decisions of international courts. In reality, states, non-state actors and other participants in international relations seek less formalised ways of reaching consensus and shaping the desired and effective rules of conduct, particularly in procedural and strictly political matters, especially in the area of commerce, health, environment, investment and finance, as well as the protection of human rights. In all these areas of law, the processes of diplomatic negotiation that safeguard confidentiality and take into account the varied interests and opinions of the involved parties are undoubtedly crucial, even if they do not necessarily lead, for various reasons, to reaching an international agreement or a consensus on certain international legal practice.

2. The point of view presented here therefore considers the broad meaning of the processes of international diplomatic law formation and formal manifestations of these norms alongside identifying the factors and processes that influence it directly and indirectly. One of the reasons behind adopting such an understanding is the specificity of public international law and international diplomatic law in particular. In the case of international law in general, not to mention diplomatic law singularly, the problem of its sources must not be treated analogously to the one concerning domestic law due to the unique features of international law such as the lack of supreme legislature, the existence of facultative international courts as well as the lack of a supranational law enforcement apparatus.

The classic tripartite division of legislative, executive and judicial power does not work in international law in the same way as it does in domestic law. While the typology of the sources of international law established in Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice reflects the times of its founding, its relevance in the modern world is questionable in the light of certain institutional crisis in law-making. The process of codification of international law is complicated, often too slow and ineffectual in regulating crucial issues such as diplomatic protection, jurisdictional immunity or diplomatic asylum.

For many years the doctrine of international law has been debating so-called soft law, understood – according to some – as regulatory instruments created in nonbinding legal obligations[2] or – according to others – as international organisations' rule-

[1] H. LAUTERPACHT, *Codification and Development of International Law*, in «AJIL», 49, (1955), p. 17.
[2] See i.e.: C.M. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*; *International and Comparative Law Quarterly*, in «ICLQ», 38/04, (1989), pp. 850-866; K. W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in the International Governance*, in «International Organizations»,

making[3], although for obvious reasons soft law[4] is not mentioned in Art. 38 of the ICJ Statute.

K. W. Abbott and D. Snidal see the reasons for both the evolution and the remarkable expansion of soft law precisely in its softness, or easiness – it is simply a far easier and more favoured way of achieving the aims of both state and non-state actors. The authors, however, warn against simply dismissing what they call 'soft legalization' of international law, which is the part of the international law-making process that results in soft law. In fact, they consider soft law a valuable framework in itself, one facilitating treaty regulation between international actors, encouraging practices that lead to customary rules and, finally, significantly influencing the development of international politics.

A. T. Guzman and T. L. Meyer, who also support the notion that soft law should be treated as a crucial, even essential, element of the international legal order, outline a very interesting, particularly in the context of diplomatic law, concept of International Common Law defining it as a process of creation of non-binding legal rules that international courts and other institutions apply to binding legal rules. The authors also point out that soft law, while non-binding, does have legal consequences.

Soft law and the role it should play in international law does have its critics in the doctrine, particularly as regards the matter of whether or not soft law should constitute a part (a module) of public international law. These radically critical voices come mostly from the traditional flank of the doctrine as, although liberalisation is the order of the day, diplomatic law remains deeply rooted in the centuries-old tradition. For reasons directly linked with the very nature of diplomatic law then, seeking solutions to the problems of international diplomatic law in subsidiary law-making processes in the light of the inefficacies of traditional legal instruments or failures to reach agreements leading to international treaties, can be seen as reasonably doubtful.

One of the critics of soft law is J. Klabbers who maintains that the relatively popular assumption that soft law is an integral part of international law is theoretically inconsistent and cannot be supported[5], even though domestic and international courts

---

(2000), pp. 421-456; U. MÖRTH (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation, an Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham , Edward Elgar Publishing, 2004; A. T. GUZMAN, T. L. MEYER, *International Soft Law*, in «Journal of Legal Analysis» (dalej jako: JLA) 2 (2010), pp. 171-225.

[3] For instance financial organisations, see i.e.: CH. BRUMMER, *Why Soft Law Dominates International Finance – and not Trade*, in «Journal of International Economic Law», 3, (2010), p. 623-643. See also: A. SCHÄFER, *Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law*, paper for the EUSA Ninth Biennial International Conference, Austin, Texas, March 31- April 2, 2005 (text available at: www.aei.pitt.edu

[4] D. SHELTON, *Normative Hierarchy in International Law*, in «AJIL», 100, 2, (2006), p. 292.

[5] Similar opinion has been expressed during UN colloquium on sustainable development and progressive development of international law by Y. KOLOSOV, *Making Better International Law: The International Law Commission at 50*, in «Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law», (1998).

occasionally refer to these non-binding rules in their judgments[6]. The author argues that accepting soft law solutions as legal instruments would result in relativization of legal relations and obligations according to the following pattern: obligations 'less' and 'more' binding, agreements 'legally binding'[7] as opposed to agreements 'politically binding', agreements 'morally binding' versus agreements 'legally binding', etc. Klabbers rejects the argument of the proponents of treating soft law as part of international law whereby soft law becomes the panacea for the inflexibility of law (in general, but international and diplomatic law in particular) and its failures to 'keep up' with the needs of the international community. According to Klabbers, from the legal perspective international agreements can be considered solely in binary terms: as either binding or non-binding (alternatively, as regulated by domestic or international laws). Moreover, his line of thought suggests that the part of the doctrine in favour of soft law is motivated by the desire to curry favour from governments as well as political (and opportunistic) multiplication of the sources of law. Indeed, he considers the soft law framework, with its multiple normative orders/systems that are legally equivalent and opposing, theoretically untenable. In his opinion, the inclusion of politically or morally binding agreements and other soft law instruments in the international legal system is risky from the perspective of the democratic oversight of the evolution of international relations. He emphasises the lack of clarity and commonality in state practice as well as the fact that this practice does not always result in establishing new regulations amending, changing or replacing traditional treaties. Consequently, no other normative order can be a real alternative to public international law, or at least no state would intentionally opt for a different system. Etiquettes and morality change with time and with the changing makeup of societies but they are not wilfully and intentionally created. Therefore agreements cannot be made to bind only morally or honorifically while failing to bind legally. Politics is not an alternative to law; to the contrary, it is the law that provides a normative system for politics. Klabbers demonstrates that the judicial decisions of the Permanent Court of International Justice and its successor the International Court of Justice corroborate this argument. In his opinion, courts (not only the ICJ but also domestic courts and the Court of Justice of the European Union) above all do not apply (or rarely so) legal instruments other than treaties and never consider treaties as non-binding (notwithstanding the cases of invalidity of treaties mentioned in Art. 43-56 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969[8]) or binding in other than legal sense (system), whereas they (occasionally) apply in their judgments legal norms other than a treaty. And even if the courts – rarely – have decided that some agreements were not legal but binding based on a non-legal premise, they eventually returned to the concept of the treaty as the basis for judgment.

[6] J. KLABBERS, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, Brill, 1996, pp. 157-164.
[7] J. KLABBERS, *op.cit.*, pp. 157-164 and 245.
[8] https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf

3. As a side note to this discussion, it is worth pointing out an interesting element of the concept introduced above, which is the role of parties' intent in any analysis of a treaty. According to Klabbers, despite the widespread opinion, this role is very limited and boils down to merely establishing the intention of being (legally) bound by the treaty – otherwise making a treaty is pointless. In addition, the intent of either party can only be assumed, and not proved, although establishing its existence can be useful in terms of separating treaties from political statements or legally binding one-sided agreements. Establishing intent thus plays a key role in separating what is – from what is not – law.

It seems that – despite the aforementioned substantial arguments – the nature of the international community nonetheless still requires what can be called 'subsidiary norm-making processes'. The reason for it is not only certain inefficiency of the treaty law-making procedures but also the changing needs and expectations of the international community. Where diplomatic relations are concerned in particular, the value of not necessarily binding agreements depends on the level of intensity (but also repressiveness) of bi- or multi-lateral relations as well as the quality and number of associated problems that cannot always be resolved within a formalized arrangement of a binding agreement.

If the term soft law is defined as any non-binding legal instruments applied in international relations that aim to exert influence on the conduct of states and sometimes have legal consequences, then international diplomacy (understood as the area of relations between states and other actors of international law regulated by diplomatic law) is certainly the area where they can be broadly applied but also one that demonstrates a profound need to do so. Considering that diplomatic law is an integral yet relatively autonomous part of public international law, its specific character cannot be overlooked and the following special features ignored: confidentiality, flexibility of the procedures created to facilitate agreements between states, a need to respect the will of states and a very careful formulation of demands. Diplomatic relations between states, more than any other affairs, call for any means by which states would not feel discouraged or pressured. These relations require patience, detailed knowledge of the given situation and painstaking, tedious daily labouring towards an agreement. From the perspective of diplomatic law, soft law is a well-recognised option despite the contradictions and imperfections it entails for a strictly legal reasoning. The current state of codification of international diplomatic law is a clear indication that the process of codification is not and must not be the only – albeit it will remain the central – factor shaping the norms of state conduct and other actors in the sphere of diplomatic relations. This sphere is not limited solely to obligations and non-obligations, law and non-law, treaty and non-treaty and to whether what-is-not-a-treaty does or does not legally matter. It is precisely this sphere of careful building of inter-state relations that more than any other area of international law requires these shades of grey that

Klabbers described as unbecoming of legal reasoning[9]. The political nature of international relations does not remove normativism from the rules of conduct yet it strongly influences the choice of legal and extra-legal instruments to safeguard effective execution of diplomatic goals. The political nature of these relations makes it difficult to persuade (encourage) states to regulate their interactions in particular matters through treaties, and even if it succeeds, the process is prolonged, sometimes ill-timed, incomplete and ineffective. This is where the only possible solution – whether permanent or temporary – is provided through soft law instruments. The law is not and must not be a dead letter but must serve to achieve concrete aims, in this case – to safeguard harmonious international relations.

4. Adopting the viewpoint that very broadly recognises all influences shaping the norms of international law requires a more in-depth reflection on the factors stimulating international, including diplomatic, processes of law-making. Among these factors, the judgements of international courts play a crucial role (similarly to the opinions of the doctrine, although these are outside of this discussion). The need for such a reflection derives from the transformation of the ICJ case-law (and the doctrine) in terms of the position, significance and degree of growth from the time of the adoption of its statute to its current status and relevance, adding the tremendous development of both areas.

The doctrine has already seen well supported arguments demonstrating that in order to advance in line with the needs and requirements of the international community, current international law will have to rely on less traditional and less institutionalised (informal) norm-making processes in addition to the traditional international agreement-making and evolving international customary law.

One of the more significant and interesting research projects in this regard was conducted by the Hague Institute for the Internationalisation of Law, which involved over 40 scholars and practitioners between 2009 and 2011 and resulted in a book-length study Informal International Lawmaking[10]. The authors point out that the 'informality' of international law-making should be understood as dispensing with certain restrictive procedures traditionally required in international law regarding either the actors (participants) of the international norm-making process or the components (different stages, their order, criteria and content) of this process. The process of international 'legislative' cooperation can be de-formalised in the sense that the participants will be chosen informally (in contrast with traditional forums created by international organisations for the purposes of treaty negotiation and comprising solely the representatives of the states and organisations involved). It does not imply that the states and organisations in question will not be able to participate or even patronise the process (e.g. through sharing physical venues or permanent staff) or that certain

[9] J. KLABBERS, *op.cit.*, pp. 157-245.
[10] A. BERMAN, S. DUQUET, J. PAUWELYN, R. A. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking: Case Studies*, The Hague, Brill, 2012.

procedural elements will be completely absent. De-formalising can entail engaging non-traditional diplomatic actors (such as heads of state, ministers of foreign affairs and diplomatic attachés) in the process of communication and negotiation and also involving other ministers and public officials, independent agencies, representatives of industries (who can also serve as consultants), non-governmental organisations[11] and private actors. Finally, output informality can simply mean achieving unconventional results in the law-making process – instead of the expected treaty or international organisation's resolution, the process may produce a specific code of conduct, a guideline, a directive, a declaration or a particular principle or policy. It is worth emphasising, however, that this informal law-making process contains many normative elements, which would typically be side-lined or even excluded from the traditional law-making process.

The concept of soft law discussed earlier in the context of subsidiary normative processes in public international law as well as in international diplomatic law sheds light on the nature of the content of the existing law, but given the flawed functionality and efficacy of the formal international and diplomatic law-making processes, the question of subsidiary normative processes corresponds to its subjective side. Coming from this perspective and considering informal law-making, A. Boyle and C. Chinkin offer a compelling argument that in the modern globalised world (and somewhat in response to the growing threat of world terrorism) it is necessary to revise the traditional approach to the forms, instruments and actors of the international law-making process in its entirety. Soft law then is a concept that can be located on the output side of the process while as far as the legal actors are concerned, in addition to states, other non-state entities such as transnational networks, non-governmental organisations and even indigenous people can take part in international law-making. According to the authors, this multilateral (informal and led by non-state actors outside of international governing bodies) law-making is a form of practicing diplomacy.

Judicial decisions of the international courts play a critical role in the refinement and constant revision of both the treaty and customary norms[12], at times providing the only way to bring the latter to light. International tribunals in their decisions interpret the content of legal norms, clarify their application, ascertain the standards regulating conduct in various legal relations, indicate the loopholes, imprecisions and flaws in regulations, as well as contribute to the arrangement and development of law.

5. Facultative courts are one of the specific features of international law where courts are subject to the will of the state, which is often lacking when legal conflict or doubt is present. International courts have four major functions: administrative control

[11] About that see: A. BOYLE, *i Ch. Chinkin w swojej pracy The Making of International Law*, Oxford Universty Press, Oxford, 2007, pp. 52-97.
[12] W. GÓRALCZYK, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2000, p. 71.

(exercised through interpreting administrative decisions in cases brought by individual actors), executive control (verifying state conduct according to the norms accepted by the international community and explicated by the court), constitutional control (intended to ascertain the position and legality of state legislation and governance in relation to the superior international law) and peace-making (conflict resolution and interpretation of international legal norms in cases brought to the court).

The judicial activity of international courts is a function of international relations and their dynamics and generally depends on the level on legal awareness and legal culture of the international community. This dynamic and legal awareness is largely shaped by diplomatic relations and the norms of diplomatic law, which is deeply rooted in the ancient legal cultures and which for centuries has been moulding a universal code of conduct and nurturing the need for respect in international relations.

The knowledge of diplomatic law, acquired thanks to the judicial activity of international courts, should serve the states to cultivate and advance this law as appropriate – in this sense the decisions of international courts play not only a motivating role but also indirectly (in a loose sense) a law-creating one[13], as they have the potential to create standards of behaviour and desired rules of conduct that can be eventually codified if accepted by the international community; they can expose the flaws and imperfections of the existing treaties and thus encourage negotiation of better ones – more relevant, more precise and more universal. As S. Nahlik put it in reference to the role of the Permanent Court of International Justice, 'regardless of the ruling in a given case, which sometimes has only secondary or momentary importance, the analyses conducted by the Court and its statements based on these analyses assist in great measure in ascertaining or at least clarifying the meaning of a particular norm of international law'[14]. This claim is equally relevant in the case of modern international courts. Only the continued activity of international courts in resolving international conflicts deriving from international agreements can improve both these agreements and their execution[15]. Only an active, authoritative, well-functioning and dependable international court with universal competences can play the role of a catalyst for the creation of good (precise, inclusive of the interests and rights of all international actors, effective and universal) law as well as disseminate it. Although concrete decisions are only relevant to the parties in a particular case, the norm applied to the decision will be treated as the presumed norm of international law in subsequent decisions[16]. It will aid

[13] K. WOLFKE, *Rozwój i kodyfikacja prawa międzynarodowego, wybrane zagadnienia z praktyki ONZ*, Wrocław 1972, p. 81; also A. AUST, *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge universty Press, 2009, p. 10.

[14] S. NAHLIK, *Prawo międzynarodowe i stosunki międzynarodowe*, Kraków, 1981, p. 99.

[15] L. EHRLICH, *Prawo międzynarodowe,* Warszawa 1958, p. 27; as well as I. GAWŁOWICZ, M. A. WASILEWSKA, *Postulat o integrującą rolę sądownictwa międzynarodowego w prawie międzynarodowym publicznym,* [in:] *Modele integracji międzynarodowej: uniwersalny, kontynentalny, sektorowy – a państwo, prawo, idee*, T. SMOLIŃSKI (ed.), Szczecin 2006, pp. 189-206.

[16] A. KLAFKOWSKI, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1979, p. 128.

the rise of a global civil society[17], a new international community – an international community of law.

The argument that international judicial activity has a crucial, if indirect, impact upon international legal order is favoured by a number of opinion makers within the doctrine of international law.

In B. Lu's analysis of the doctrine's appraisals and criticisms of the effectiveness of the International Court of Justice as well as the means by which this effectiveness could be increased and its influence on international law-making augmented, he advocates deep restructuring aimed to reform the court in terms of its jurisdiction and broadening its interpretive role in international conflict resolution[18].

J. D'Aspremont takes it further by considering a systemic integration of international law through domestic courts, highlighting their role in interpreting public international law and their influence on the international legal order. While the author recommends strengthening the dialogue between domestic and international courts as a way of solidifying the relations between domestic and international legal systems, however, he also points out the dangers involved, including the possibility of limiting the role of public international law entirely. The process that gives shape to international law is fragmentary and decentralised[19].

Similarly critical towards the inefficacy of the International Court of Justice and the potential countermeasures, but even more forcefully expressed, is S. Gozie Ogbodo's opinion, rare in the doctrine, that appointing judges from the states that are permanent members of the UN Security Council, the so-called Great Powers, is detrimental to the International Court. The author, however, is less concerned with the impact of the Court on international law-making and concentrates more on concrete proposals to improve the procedures of the ICJ and to frame its output in the perspective of the emergent global concerns such as world terrorism, human trafficking and environmental challenges. Gozie Ogbodo recommends strengthening of the Court's advisory role, which in his opinion has been so far an underappreciated instrument, accessible to few but having the potential to become a forceful device in the hands of the Court which could use it to increase its real contribution to shaping the international

---

[17] A. WEJKSZNER, *Wpływ globalizacji na rozwój międzynarodowych organizacji pozarządowych i ewolucję globalnego społeczeństwa obywatelskiego*, in W. MALENDOWSKI (ed.), *Wpływ globalizacji na procesy rozwojowe współczesnego świata. Istota – uwarunkowania – tendencje*, Poznań, 2004, pp. 65 – 79.

[18] B. LU, *Reform of the International Court of Justice – a Jurisdictional Perspective*, in «Perspectives», 5, 2004, passim.

[19] J. D'ASPREMONT, *The Systemic Integration of International law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order*, in A. NOLKAEMPER, O. FAUCHALD (eds), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Oxford, Hartpub, 2012, pp. 141-165.

legal order. This last recommendation seems particularly pertinent in the sphere of international diplomatic law[20].

According to M. Balcerzak, the specific regimen of treaties protecting individual rights does not create conditions separating them from international law; to the contrary, they still constitute its integral part, where international (here: regional) courts, in addition to interpreting and applying the normative rules within their jurisdiction (which is their fundamental role), also make contributions to the classical international law[21]. Particularly significant here is the opinion of L. Antonowicz who points out that international jurisdiction is an integral fabric of the evolution and codification of international law[22].

Improving international diplomatic law, refining it, identifying and fixing the loopholes in it has become, somewhat 'incidentally' in an effort to advance public international law, the central role of the active international jurisdiction and it is worth emphasising the special role the courts play in interpreting customary norms, whose origin, meaning and scope are often highly difficult to establish.

International diplomatic law in particular often appeals to good faith and good will of the parties, to trust and confidentiality, to an open and accepting attitude. Executing the decisions of international courts therefore requires implementing additional safeguards and protective measures. Practical implementation of the decisions of the ICJ and other international courts should be guaranteed by effective, independent and impartial world institutions. The Security Council[23] is not adequate in this area and the Court itself could be equipped with the added authority to impose fines on noncompliant parties or request suspending members; such competencies could also be granted to the United Nations General Assembly.

The statute of the ICJ plays a crucial role not only in public international law but also in the sphere of diplomatic law. The regulations of Art. 38 of the ICJ Statute are invoked in the doctrine always in the context of the sources of international law and the opinions regarding their relevance can be divided into two main strands. According to some, Art. 38 of the ICJ Statute directly enumerates (in a technical, formal sense) the grounds for court's jurisdiction and, for the purposes of establishing the sources of international law, the Article should be treated as a guide. The second set of opinions argues that since the preamble of the Statute states that the Tribunal's decisions are based on international law, Art. 38 of the ICJ Statute determines not only the basis of

---

[20] S. GOZIE OGBODO, *An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century*, in «18 Annual Survey of Int'L&Comp Law», 1, (2007).

[21] M. BALCERZAK, *Immunitet państw i organizacji międzynarodowych a ochrona praw człowieka. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, in «Kwartalnik Prawa Publicznego», 3, (2003), pp. 109-110.

[22] L. ANTONOWICZ, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa, Allegro, 2000, p. 34.

[23] M.N. SHAW, *The International Court of Justice: a Practical Perspective*, in «The International and Comparative Law Quarterly», 46, (1997). See also: W.M. REISMAN, *The Enforcement of International Judgments*, in «The American Journal of International Law», 63, (1969), pp. 11 – 26.

its own sentencing but also the sources of international law[24]. If some of the statements of the Court's Statute are of such key importance to international law and its understanding of fundamental issues, then so should be the decisions of the Court itself.

International courts thus have a significant, if indirect, impact on the development of diplomatic international law, even though both the impact and the development have little to do with the traditional way of understanding the process of law-making.

The lack of active involvement of international actors in international jurisdiction can lead to a devaluation of the courts' role and position in international law, which would be a highly undesirable result. The most universal international court in the world, the World Court, or the International Court of Justice, is not particularly active and this limited judicial activity does not produce conditions for maintaining a role suitable for a court of this magnitude. The significance and role of international courts in general seem to be rising, however, as international judiciary has experienced tremendous growth in recent decades. International courts of human rights have been established for the benefit of individual applicants; specialised courts with recognised competences in a specific field (e.g. the International Tribunal for the Law of the Sea) and finally international criminal courts. Global developments, threats to the peace, the intensity of international relations and their remarkable expansion clearly point to the need for strengthening the role of the international court system (and the ICJ in particular) in today's world as well as modern international law, together with diplomatic law. In some issues, such as diplomatic protection or the use of privileges and the application of immunity where treaty regulations are negligible or non-existent, the guidance of international courts is virtually indispensable.

[24] J. GILAS, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1999, p. 50; see also: S. NAHLIK, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego,* Warszawa, Allegro, 1967, p. 373 as well as: D. J. BEDERMAN, *International Law Frameworks*, New York, Foundation Press, 2001, p. 12.

Marina Gigante

IL BULLISMO AL FEMMINILE*

ABSTRACT	
Il saggio si propone di approfondire l'analisi del fenomeno del bullismo femminile, ignorato o non conosciuto nella percezione comune e solo di recente oggetto di adeguata attenzione a livello scientifico. Una forma di prevaricazione psicologica e verbale che rompe lo stereotipo di un bullismo quale violenza fisica e diretta declinata al maschile e che oggi appare ancor più pericoloso in quanto dispone degli strumenti offerti dal web.	The essay aims to deepen the analysis of the phenomenon of bullying women, ignored or not known in the public mind and only recently given the necessary attention at the scientific level. A form of psychological and verbal abuse that breaks the stereotype of a bullying as physical and direct male abuse male and that today is even more dangerous because it has the tools offered by the Web.
Bullismo – aggressività – vittima - bulla	**Bullying – aggressiveness – victim – bully**

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del bullismo: definizioni e fenomenologia. - 2. Le ricerche in Italia e in Europa. - 3. I risvolti penali e civili del bullismo. - 4. Il bullismo al femminile. - 5. Il profilo psicologico della prevaricatrice e della vittima. - 6. Gli effetti del bullismo femminile sullo sviluppo personale e sociale.

1. L'interesse della società e dei media nei confronti del fenomeno del bullismo è sorto già sul finire degli anni '70. La ricerca scientifica internazionale[1] ha, da diversi decenni, elaborato e sperimentato "sul campo" numerose metodologie e programmi d'intervento, con l'intento di prevenire e contrastare il diffondersi delle prevaricazioni tra alunni di scuola primaria e secondaria.

Il norvegese Dan Olweus, che, negli anni Settanta aveva condotto una serie di osservazioni nel contesto scolastico, così definisce il fenomeno del bullismo: «Uno studente è oggetto di azioni di bullismo, ovvero è prevaricato o vittimizzato, quando viene esposto, ripetutamente nel corso del tempo, alle azioni offensive messe in atto da parte di uno o di più compagni»[2].

---

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

[1] D. OLWEUS, *Bullismo a scuola*, Firenze, Giunti, 1996; S. SHARP, P.K. SMITH, *Bulli e prepotenti nella scuola. Prevenzione e tecniche educative*, Trento, Erickson, 2008.

[2] *Ibidem.*

Il lavoro di Olweus ha prodotto un'ampia eco nella comunità scientifica internazionale e, in special modo, nel mondo anglosassone, dove, soprattutto grazie al lavoro condotto da Peter Smith, gli studi sul bullismo ripresero nuovo vigore sul finire degli anni Ottanta, assumendo progressivamente maggiore diffusione e spessore scientifico.

In Italia, l'interesse verso il fenomeno del bullismo è relativamente recente. Illuminanti, tuttavia, le parole nel 1886 di De Amicis che, nell'indimenticabile libro cuore, così descrive Franti: il "bullo torinese"

> È malvagio. Quando uno piange, egli ride. Provoca tutti i più deboli di lui, e quando fa a pugni, s'inferocisce e tira a far male. Non teme nulla, ride in faccia al maestro, ruba quando può, nega con una faccia invetriata, è sempre in lite con qualcheduno. Egli odia la scuola, odia i compagni, odia il maestro[3].

Bisognerà aspettare i primi anni Novanta affinché un gruppo di ricercatori coordinati da Ada Fonzi dell'Università di Firenze dia inizio alla prima indagine, sul territorio nazionale, sul fenomeno del bullismo. I risultati della ricerca furono sorprendenti: in Italia, la frequenza di casi di bullismo risultò essere maggiore che negli altri paesi d'Europa. Il fenomeno veniva riscontrato quasi totalmente in ambito scolastico e la frequenza degli episodi tendeva a decrescere con l'aumentare dell'età degli scolari, anche se, la gravità delle fattispecie aumentava nell'ambito delle scuole superiori. Gli episodi di bullismo coinvolgevano maggiormente i maschi.

L'indagine produsse un notevole impatto nel circoscritto settore della comunità scientifica, ma non ottenne un analogo risultato nel contesto sociale e culturale della società italiana. Gli studi della Fonzi e dei ricercatori da lei coordinati non furono adeguatamente recepiti da quei settori scolastico, ed educazionale, che sottovalutando il fenomeno, ne minimizzavano la portata, probabilmente nella convinzione che i rapporti di forza e di gerarchia tra gli studenti, da sempre esistiti, contribuivano a formare e maturare il carattere degli adolescenti, costituendo una sorta di apprendistato.

L'interesse dei media e, conseguentemente, la sensibilizzazione della pubblica opinione nei confronti del fenomeno del bullismo, fu la conseguenza di gravi episodi di cronaca, come il caso verificatosi nel 2006 in un istituto professionale di Torino, quando quattro ragazzi molestarono un coetaneo disabile, riprendendo la scena con una telecamera per poi pubblicare il video su Youtube. L'episodio ebbe risvolti di carattere penale e l'insegnante, presente in aula, fu condannata per concorso omissivo in violenza privata, in quanto secondo l'accusa, lasciò che avvenisse la violenza da parte dei compagni del ragazzo senza fare nulla per impedirlo.

Il susseguirsi di episodi di cronaca di bullismo, che ormai non passavano più inosservati all'occhio dei media, indusse il governo a istituire una commissione

[3] E. DE AMICIS, *Cuore*, Firenze, Giunti, 2004.

ministeriale di esperti con lo scopo di studiare il fenomeno e adottare tecniche e strategie per prevenire e fronteggiare gli episodi di violenza nella scuola. Sulla scorta di tale interesse, sono sorte in diverse regioni centri di ascolto con il compito di monitorare e contrastare il fenomeno, ormai ritenuto dilagante.

Quando si parla di adolescenti che vessano i compagni si fa normalmente riferimento ai maschi, anche se sono frequenti, in ambito scolastico episodi di bullismo al femminile.

Meno violento e meno visibile, il bullismo al femminile è ritenuto, a torto, meno pericoloso e, pertanto, sottovalutato e non adeguatamente studiato e monitorato. Persino Olweus tendeva ad attribuire alle ragazze una parte passiva di perseguitate a fronte dei maschi persecutori. Gli studi si sono dunque concentrati sui rapporti maschio-maschio e maschio-femmina, e solo in tempi più recenti il fenomeno del bullismo è stato osservato anche nel rapporto femmina-femmina.

Anche se ben mascherato e indiretto, il fenomeno del bullismo al femminile risulta non meno pericoloso di quello che vede il sesso maschile come protagonista. Se i maschi risultano più violenti e aggressivi, le ragazze mettono in pratica tecniche più articolate basate, essenzialmente, sulla parola, arma sottile ma in grado di tormentare una coetanea e sull'esclusione sociale fino all'isolamento.

In Italia, il termine bullismo[4] è stato coniato di recente e il suo uso è piuttosto inflazionato sui mass-media e in ambito scolastico. Il dizionario Treccani, così definisce termine bullo: «giovane arrogante, violento, teppista, bravaccio: un giovinastro di mala vita, uno di quelli che si chiamavano 'buli'». Sul dizionario Devoto e Oli del 1993 il bullo è un "teppista, sfrontato", ma anche «in senso non cattivo, bellimbusto, che si rende ridicolo per la vistosità e l'eccentricità dell'abbigliamento». Bisogna attendere gli anni Novanta perché il termine bullismo compaia su alcuni dizionari nella sezione "neologismi".

Il bullismo è un abuso di potere. Secondo gli studi che per primi hanno affrontato questo problema, perché una relazione tra soggetti possa prendere questo nome devono essere soddisfatte tre condizioni: 1. si verificano comportamenti di prevaricazione diretta o indiretta; 2. queste azioni sono reiterate nel tempo; 3. sono coinvolti sempre gli stessi soggetti, di cui uno/alcuni sempre in posizione dominante (bulli) ed uno/alcuni più deboli e incapaci di difendersi (vittime)[5].

Non tutte le manifestazioni aggressive fra coetanei vanno tuttavia inquadrate sotto l'etichetta di bullismo, in quanto con tale espressione si intende un tipo di relazione fra un ragazzo e un proprio coetaneo (o un gruppo di coetanei) caratterizzato da tre elementi:

---

[4] Bullying in inglese, mobbing o mobbning in Scandinavia. Il significato che noi oggi diamo al termine bullismo deriva da quello anglosassone. Sull'Oxford Dictionary del 1990, "bully" denota una "persona che usa la propria forza o potere per intimorire o danneggiare una persona più debole".

[5] E. BUCCOLIERO, M. MAGGI, *Bullismo, bullismi. Le prepotenze in adolescenza, dall'analisi dei casi agli strumenti d'intervento*, Milano, FrancoAngeli, 2005.

a. Asimmetria della relazione. Deve essere presente uno squilibrio nel rapporto di forza tra un ragazzo (vittima) e un ragazzo/i (prepotente). Questo squilibrio può essere dovuto a una diversa forza fisica, ad un maggior prestigio sociale, familiare, intellettivo. Il più delle volte si tratta di uno squilibrio che riguarda differenze nel carattere e nella personalità che impediscono alla vittima di difendersi dai comportamenti di prepotenza.

b. Intenzionalità. Il ragazzo che si trova in una posizione di maggior forza rispetto al compagno si avvale della propria superiorità per infliggere un danno al più debole attraverso atti aggressivi intenzionali di varia natura.

c. Persistenza. Sebbene anche un singolo episodio va considerato come una forma di bullismo, è più opportuno parlare di bullismo quando questo tipo di relazione persiste nel tempo[6].

Esistono differenti tipologie di bullismo, che si dividono principalmente in bullismo diretto e bullismo indiretto. Il bullismo diretto è caratterizzato da una relazione diretta tra vittima e bullo.

La letteratura distingue ulteriormente in considerazione della natura della prevaricazione: psicologica (esclusione, maldicenza), prevalentemente femminile; verbale (prese in giro, minacce, insulti), sia maschile che femminile; fisica (aggressioni, tormenti), prevalentemente maschile. In questa terza categoria vengono generalmente compresi anche il danneggiamento degli oggetti personali, i furti e le estorsioni. Restano esclusi, ma di volta in volta riconducibili ad una delle categorie appena enunciate, gli scherzi pesanti che spesso sono tra le forme di umiliazione più pesanti per ragazzi di questa età[7].

Nel bullismo fisico: il bullo colpisce la vittima con pugni, calci, spintoni, sputi o la molesta sessualmente; nel bullismo verbale: il bullo prende in giro la vittima, dicendole frequentemente cose cattive e spiacevoli o chiamandola con nomi offensivi, sgradevoli o minacciandola, dicendo il più delle volte parolacce e offese contro la vittima; nel bullismo psicologico: il bullo ignora o esclude la vittima completamente dal suo gruppo o mette in giro false voci sul suo conto; nel cyberbulling o bullismo elettronico: il bullo invia messaggi molesti alla vittima tramite sms o in chat o la fotografa/filma in momenti in cui non desidera essere ripreso e poi invia le sue immagini ad altri per diffamarlo, per minacciarlo o dargli fastidio.

Il bullismo indiretto è meno visibile di quello diretto, ma non meno pericoloso, e tende a danneggiare la vittima nelle sue relazioni con le altre persone, escludendola e isolandola per mezzo soprattutto del bullismo psicologico e quindi con pettegolezzi e calunnie sul suo conto**.**

2. Le prime ricerche effettuate sul fenomeno del bullismo a scuola risalgono ai

[6] OLWEUS, *op. cit.*
[7] BUCCOLIERO, MAGGI, *op.cit.*

lavori pionieristici di Olweus in Norvegia. In tale contesto lo studioso rilevò l'incidenza del problema in un ampio campione della popolazione scolastica norvegese (scuole elementari, medie e superiori), riscontrando un'elevata gravità del fenomeno e una sua presenza in tutte le fasce di età[8].

A partire da questa prima indagine, nel tempo si sono moltiplicate le ricerche volte ad indagare sia la frequenza del fenomeno del bullismo nelle scuole delle diverse nazioni europee sia ad esplorare le dinamiche psicologiche e relazionali che si innescano tra i soggetti coinvolti nel fenomeno.

Le diverse indagini descrittive condotte sul fenomeno del bullismo hanno consentito di evidenziare una serie di variabili che sembrano presentarsi in tutti i paesi considerati e che quindi permettono di definire alcune caratteristiche peculiari del bullismo: la percentuale degli alunni che subisce prepotenze diminuisce al crescere della loro età, anche se gli episodi di prepotenza più gravi si manifestano proprio tra i ragazzi più grandi il cui comportamento aggressivo si configura come maggiormente pericoloso; i maschi, rispetto alle femmine, assumono molto più spesso il ruolo di bulli, mentre i risultati sul genere delle vittime sono poco concordi: in alcuni studi sembrano non emergere differenze di genere, in altre ricerche i maschi sarebbero vittimizzati con più frequenza; le ragazze, rispetto ai loro compagni, sono più coinvolte in forme di bullismo indiretto, mentre i maschi sono più implicati nelle forme di bullismo diretto. Inoltre, mentre i maschi scelgono come loro vittime ragazzi appartenenti ad entrambi i generi, le ragazze vittimizzano soprattutto altre ragazze; le prepotenze avvengono soprattutto nel cortile o durante la mensa e, in generale, si manifestano quando è minore il controllo esercitato dagli insegnanti; gli alunni sembrano essere particolarmente restii a raccontare ad altre persone gli episodi di prepotenze di cui sono vittima, sia per paura di rappresaglie da parte dei prepotenti sia per vergogna o paura di non essere creduti. Le figure cui comunque chiedono più spesso sostegno sono soprattutto gli amici e i genitori e, solo in casi minori, gli insegnanti[9].

Il fenomeno è stato affrontato tardivamente in Italia rispetto ad altri Paesi europei nei quali, fin dagli anni Settanta, è stato oggetto d'indagini e riflessioni, come per esempio nei paesi scandinavi. Il primo importante progetto sul fenomeno del bullismo in Italia risale al 1993 ed è stato curato da Ada Fonzi[10] dell'Università di Firenze. Per

---

[8] Nello specifico, Olweus rilevò una percentuale media del 15% di alunni che, indipendentemente dal ruolo di prepotente o di vittima, era stato coinvolto, in alcune occasioni, nel fenomeno delle prevaricazioni. Di questi alunni, il 7% aveva dichiarato di essere stato prepotente, mentre il 9% aveva affermato di aver subito le prevaricazioni dai compagni. Solo una piccola percentuale (1,6%) sembrava appartenere ad una categoria mista, ovvero a quella costituita da alunni che assumevano al tempo stesso il ruolo di vittima e di bullo.

[9] BACCHINI, *op. cit.*, p. 11 e ss.

[10] A. FONZI, *Il bullismo in Italia. Il fenomeno delle prepotenze a scuola dal Piemonte alla Sicilia*, Firenze, Giunti Editore, 1997. La prima ricerca realizzata dall'Università di Firenze risale al 1997 ed è stata condotta al livello nazionale coinvolgendo 5000 studenti.

questo progetto è stato messo a punto un questionario anonimo da somministrare agli studenti, adattando i questionari di Olweus[11] e Whitney e Smith[12].

I risultati di questa prima ricerca sono stati sorprendenti: un'elevata percentuale di alunni delle elementari, dichiarava di avere subito prepotenze da parte dei compagni di scuola "qualche volta o più alla settimana". Nella scuola media si osservava una diminuzione del fenomeno, pur mantenendo una percentuale superiore rispetto ad altri paesi europei.

Questa prima indagine ha indotto i ricercatori ad estendere il campione. Nuove ricerche hanno interessato quindi gran parte del territorio nazionale, fornendo una stima quantitativa sulla diffusione del fenomeno e permettendo di indagare su aspetti più specifici che riguardano questo fenomeno (differenze fra i generi, tipologie delle azioni commesse, ecc.)[13].

Ciò che era stato evidenziato dalla prima ricerca, curata da Ada Fonzi, è stato confermato dai risultati ottenuti nelle altre regioni italiane: la diffusione del fenomeno è maggiore rispetto a quella di altri paesi europei e questo dato permane anche laddove si osserva una diminuzione legata al passaggio al ciclo di studi superiori (elementari-medie).

Allo stato attuale disponiamo di dati che riguardano diverse città italiane. Il bullismo sembra essere ampiamente diffuso nelle scuole del territorio nazionale, anche se vi sono differenze tra le diverse province che indicano l'influenza dei fattori ambientali nel manifestarsi del fenomeno.

In effetti, la maggiore frequenza del bullismo nel contesto italiano non può essere attribuita semplicemente ad una maggiore aggressività degli studenti italiani rispetto a quelli delle altre nazioni europee; esistono, infatti, delle differenze di natura metodologica sia rispetto agli strumenti utilizzati per la rilevazione delle prepotenze in Italia sia rispetto al diverso contesto culturale in cui sono avvenute le varie somministrazioni. Alcune rilevazioni hanno sostanzialmente confermato i dati emersi negli altri paesi. Ad esempio, il numero dei soggetti coinvolti in episodi di bullismo tende a decrescere con l'età e si confermano anche le differenze di genere già riscontrate nelle altre nazioni europee. Un dato particolarmente rilevante, però, è quello relativo all'elevato numero di ragazze coinvolte nel bullismo nelle scuole di

---

[11] D. OLWEUS, *op.cit.*

[12] *Ibidem.*

[13] BACCHINI, *op. cit.* Secondo l'indagine sulle condizioni dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia condotta da Telefono Azzurro e Eurispes su 1496 studenti di scuole italiane di età compresa tra i 12 e i 18 anni, le forme di prevaricazione più comunemente messe in atto sono la diffusione di informazioni false o cattive sul proprio conto (25,2%), provocazioni e prese in giro ripetute (22,8%) ed essere ripetutamente oggetto di offese immotivate (21,6%). Il 10,4% dei ragazzi intervistati ha riferito di subire una continua esclusione/isolamento dal gruppo dei pari. Si riscontra una certa prevalenza di vittime di sesso maschile per quanto riguarda gli episodi di danneggiamento (13,7% di maschi contro 8,7% di femmine), minacce (7% contro 4,2%) e percosse (4,1% contro 2,5%). Le forme di bullismo indiretto (verbale e relazionale) appaiono molto più diffuse rispetto alle forme di bullismo fisico.

Napoli e Palermo, fenomeno questo che contraddice lo stereotipo culturale che vede la donna meridionale sottomessa al maschio e relegata ad un ruolo subalterno nelle interazioni sociali. Rispetto invece alla tipologia di prepotenze, le offese verbali risultano essere le più diffuse, mentre particolarmente frequenti nel contesto napoletano sono anche i furti subiti a scuola. A differenza degli altri stati europei, emerge anche che i luoghi in cui si manifestano di più le prevaricazioni sono la classe e i bagni; questo dato consente di riflettere nello specifico sul minore controllo esercitato dai docenti italiani e sul carattere di quotidianità che il bullismo assume nel nostro paese. Bisogna aggiungere che è solitamente un ragazzo a perpetrare prepotenze nei confronti di un altro compagno, fenomeno questo che consente di differenziare il bullismo da altre manifestazioni aggressive, quali quelle del nonnismo e delle baby-gang[14].

3. Inquadrare il fenomeno del bullismo come una mera problematica criminale, che può essere risolta con leggi speciali e repressive, sarebbe certamente errato, inutile e dannoso. Il bullismo, infatti, va affrontato come un fenomeno sociale che necessita di interventi preventivi e mirati.

Dal punto di vista del diritto penale, il bullismo non costituisce una fattispecie autonoma di reato, ma può essere riconducibile ad altre fattispecie quali percosse o lesioni (art. 581 e 582 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), ingiuria o diffamazione (art. 594 e 595c.p.), furto (art. 624 c.p.) o danneggiamento di cose (art. 635 c.p.), molestia o disturbo (art. 660 c.p.), stupro (art. 609 c.p.), interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis c.p.). Il razzismo e i futili motivi sono un'aggravante per tutte le fattispecie di reato. Il bullismo è spesso sanzionato con pene maggiori dovute all'aggravante dei futili motivi. Il reato di stupro sussiste non solo in presenza di lesioni o concupiscenza, ma di un generico gesto verso la zona genitale con l'intenzione di affermare una superiorità del bullo sulla vittima.

> La Corte di Cassazione ha indicato di custodire in carcere e non in comunità gli adolescenti autori di gravi e reiterati episodi di prevaricazione e teppismo. Se di fronte a eventi di particolare gravità e a comportamenti prepotenti che si configurano come apertamente delinquenziali il ricorso all'autorità giudiziaria e a severe misure repressive risultano necessari, è vero che il fenomeno del bullismo a scuola richiede primariamente la messa in atto di risposte educative da parte del contesto scolastico che ne è palcoscenico[15].

Il fenomeno del bullismo è stato, ultimamente, affrontato anche in ottica civilistica. Una sentenza del Tribunale di Milano[16] ha recentemente ampliato il

---

[14] BACCHINI, *op. cit*.
[15] S. CARAVITA, *L'alunno prepotente. Il gioco crudele. Studi e ricerche sui correlati psicologici del bullismo*, Firenze, Giunti, 2004.
[16] Trib. Milano, 7 giugno 2013, n. 8081.

principio di culpa in vigilando condannando il MIUR (Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca) al risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti da un adolescente vittima di episodi di bullismo avvenuti durante l'orario scolastico.

Il tribunale di Milano ha poi quantificato il danno causato all'alunno: "danno psicologico" costituito da una sindrome, causata dall'aggressione e dalle percosse subite sulla persona dell'attore, descrivibile come "disturbo dell'adattamento con ansia ed umore misti e sua progressione verso un disturbo depressivo minore, cronico, poco più che moderato; fobia sociale, disturbo del ritmo circadiano del sonno tipo, fase del sonno ritardata, in soggetto con caratteristiche dipendenti ed evitanti di personalità". Pertanto il MIUR dovrà pagare per i postumi riportati ed i conseguenti problemi (disagi, ansia e paura) "un ciclo di sostegno terapeutico delle durata di anni due con un ritmo settimanale di sedute".

4. E' interessante osservare la doppia faccia della stessa medaglia di questo fenomeno sociale che investe tutte le età, con precisi tratti tutti al femminile, dati da un lato, dalla crescente visibilità dell'opinione pubblica e dall'altra, dalla sua continua svalutazione da parte di un pubblico impreparato, disorientato e incapace a volte, di decodificare i chiari messaggi di aiuto di vittime e bulli. Si autoalimenta così un processo disfunzionale: genitori deresponsabilizzati, alle prese con una lenta e inadeguata maturazione che delegano agli insegnanti affaticati dall'impegno scolastico di classi numerose e problematiche, i quali, a loro volta, aspirano alle "bacchette magiche" di esperti. Figure professionali queste ultime, provviste di "miracolose ricette pronte per l'uso", e che in tal senso, con fermezza, invitano ciascun attore, attraverso la valorizzazione dei ruoli e competenze precise, a ripristinare i canali della comunicazione. Questo quanto accade a volte sul campo, mentre nel frattempo l'immaginario collettivo continua ad attribuire al sesso femminile tratti e caratteristiche difficilmente riconducibili ad atteggiamenti violenti sempre più taciuti dalle vittime per il timore di una ulteriore vittimizzazione. Episodi di bullismo anche femminile che in alcuni casi hanno condotto la vittima al gesto estremo del suicidio. Siamo in presenza di una nuova forma di bullismo? Il bullismo è indagato su diversi fronti da illustri studiosi, ormai non soltanto nella sua forma tradizionale agita a scuola, ma anche attraverso uno sguardo attento alla sua nuova e consolidata espressione di cyberbullyng, che presenta linee guida e postulati precisi e inconfutabili.

> Questo tipo di comportamento offensivo, di recente attuazione, prende il nome di cyberbullyng, o bullismo elettronico, o cyber bullismo, o bullismo in internet. Comunque lo si voglia denominare, rappresenta una nuova forma di bullismo, che fa uso dei nuovi mezzi tecnologici, per molestare i pari[17].

[17] A. CIVITA, *Cyberbullyng: un nuovo tipo di devianza*, Milano, FrancoAngeli, 2011.

Infatti, l'uso di internet offre l'opportunità di nascondersi dietro l'anonimato per agire liberamente senza freni inibitori, consentendo così al soggetto operante di esprimere la propria personalità nascosta. Si sperimentano, così, nuove forme di relazioni sociali che, se da un lato, offrono a molti giovani, ulteriori occasioni di confronto e di crescita, dall'altra, però possono implementare il rischio di trasformare la rete da una risorsa ad un pericolo in quanto esposto a possibili aggressioni crudeli e pericolose, benché virtuali.

Se l'interazione face to face, consente di percepire la reazione dell'altro, in quella virtuale verrebbe a mancare il feedback, di modo che la percezione del danno arrecato assumerebbe visibilità attraverso tempi diversi e, per quel che è grave, più lenti. Intervenire, dunque, su danni provocati da aggressioni relazionali a mezzo della rete, può risultare, per i motivi espressi, meno tempestivo[18].

Quando i genitori pensano alle conseguenze del bullismo, immaginano aggressioni, nasi sanguinanti, occhi pesti, minacce, insulti: bullismo fisico e diretto verbale. Infatti, il bullo per definizione è un maschio e le caratteristiche e il comportamento appartengono alla sua identità di genere.

C'è tuttavia un altro tipo di esperienza di bullismo, senza percosse e ossa rotte, il bullismo nelle ragazze è psicologico, sottile, in apparenza meno violento, ma non per questo meno pericoloso, anzi, per le sue caratteristiche riesce ad arrivare lì dove la violenza fisica non arriva e ad assumere conseguenze, meno visibili.

Il bullismo femminile è un bullismo psicologico, anche se non sono da escludere casi di violenza fisica tra ragazzine e può definirsi come aggressione relazionale.

Il fenomeno bullismo nel rapporto ragazza-ragazza consiste in un'aggressione relazionale e differisce dallo stereotipo di bullismo maschile, prettamente fisico. La prevaricatrice utilizza crudeli commenti o minacce di natura verbale, spesso si serve della rete: sms, whatsapp o email su internet[19].

La diversa tipologia del bullismo maschile e femminile rispecchia il differente modo di interagire. Normalmente, i ragazzi passano il loro tempo libero in attività fisiche: sport, giochi, ecc, mentre le ragazze, tendenzialmente, preferiscono socializzare con altre ragazze. Non deve, dunque, sorprendere che il modo di mettere in atto un comportamento prevaricatore, diverga tra i due sessi. Il bullismo nel rapporto ragazza-ragazza è del tipo indiretto e psicologico. Le bulle mettono in giro calunnie, storie imbarazzanti sulle loro vittime, le prendono in giro sul loro aspetto fisico, sul loro carattere, sul modo di vestire, di comportarsi, attribuiscono alle loro vittime soprannomi oltraggiosi, le dileggiano con canzonette, rime ed altro. Il mezzo utilizzato oltre che verbale e diretto, può anche essere mediatico: per esempio, riportando le calunnie su Facebook o altri social network, utilizzare il loro indirizzo email per inviare assillanti messaggi attingendo alla mail list della vittima.

---

[18] A. CIVITA, *Un malessere sociale: la dipendenza da internet*, Milano, FrancoAngeli, 2014.

[19] A.D. RAYLE *et al*, *Adolescent Girl-to-Girl Bullying: Wellness-Based Interventions for School Counselors*, in «Journal of School Counseling», 5, 6(2007).

Armi molto utilizzate sono gli sguardi**,** dei veri e propri messaggi in codice che trasmettono derisione o avvertimenti e minacce. Quando ci si trova di fronte a una sola bulla, la vittima può far finta di nulla, o con il tempo imparare a sostenere lo sguardo; ma quando gli occhi minacciosi sono numerosi, è difficile schivarli. Un ultimo mezzo spesso usato è il sorriso, non un vero sorriso, ma una maschera che nasconde cattive intenzioni e accuse. A volte si tratta di un'increspatura delle labbra, ma spesso si trasforma in risate sguaiate con lo scopo di intimidire e creare disagio[20].

Il fine ultimo della prevaricatrice è l'ostracismo: tenere fuori la vittima dal gruppo. Il principale problema del bullismo femminile è dato dalla riluttanza della vittima a riferire gli abusi[21]. Spesso la decisione se denunciare la violenza o meno dipende dalla percezione di se stessa della vittima e della fiducia della stessa nei confronti degli adulti e delle istituzioni scolastiche. Ricerche effettuate indicano che un forte legame di fiducia tra studenti e insegnanti, riduce le frustrazioni emozionali patite dalle vittime del bullismo[22].

Un fattore che contribuisce al problema delle aggressioni relazionali è dato dalla tipicizzazione del processo di socializzazione femminile perpetuato nel modello adottato dalle famiglie, scuole e comunità in genere. Le aggressioni relazionali tra ragazze, spesso sono correlate ai modelli imposti dai ruoli e identificazioni di genere. Gilligan[23] è stato il primo a riconoscere come i processi di socializzazione femminile incoraggino le adolescenti a conformarsi nei ruoli stabiliti di accoppiamento e sessuale e adottino gli stereotipi delle caratteristiche femminili come accentuare le relazioni interpersonali, la protezione materna, la dipendenza e la passività.

> Simili forme di sviluppo femminile sfociano in rigide aspettative di un comportamento femminile nelle relazioni interpersonali e possono predisporre le adolescenti ad essere coinvolte in aggressioni relazionali[24].

Per esempio, dalle adolescenti che si identificano nei tradizionali ruoli di genere, ci si aspetta che sappiano mantenere con gli altri armoniose relazioni interpersonali e che soffochino le loro reazioni rispetto a situazioni che provocherebbero la loro collera[25].

Tuttavia, le adolescenti che non hanno appreso il modo di gestire in modo diretto

---

[20] B.M. FRACAS, *Bambine aggressive: il bullismo al femminile*, in http://www.guidapsicologia.it/0019_bambine-aggressive-il-bullismo-al-femminile.html, 2008, (ultima consultazione 21 giugno 2015).

[21] D.L. ESPELAGE, M.K. HOLT, *Interviews with Middle School Students: Bullying, Victimization, and Contextual Variable*, in «Journal of Emotional Abuse», 2 (2001), pp. 49-62.

[22] J. UNNEVER, D. CORNELL, *Middle School Victims of Bullying: Who Reports Being Bullied?* In «Aggressive Behavior», 30(2004), pp. 373-388.

[23] ESPELAGE, HOLT, *op. cit.*

[24] A.D. RAYLE et al., *op. cit.*

[25] H. HATCH, D.K. FORGAYS, *A Comparison of Older Adolescent and Adult Females' Responses to Anger-Provoking Situations*, in «Adolescence», 36(2001), pp. 577-570.

il confronto con gli altri, in presenza di situazioni conflittuali, possono adottare differenti tattiche per imporsi e avere il controllo sugli altri. Le adolescenti possono, così, manipolare gli altri usando espressioni dissimulate di collera per la risoluzione di conflitti, o imposizione di dominio, utilizzando il tradizionale potere femminile a proprio vantaggio contro gli altri Come, per esempio, quando tra le adolescenti conoscono ognuna i segreti dell'altra e li divulgano in un momento di collera[26].

5. La bulla, leader del gruppo, è in grado di capire il punto debole della vittima e di colpirla nella sua fragilità. La prevaricatrice, di solito, un'adolescente o preadolescente con un grande bisogno di dominare gli altri si ritiene superiore alle altre e dotato di un'elevata autostima nutre scarsa empatia per la propria vittima. È di solito un soggetto dominante che ricorre alla violenza anche con gli adulti ed è capace di istigare anche i propri compagni all'attuazione di forme di prepotenza.

Per tale ragione, riesce a imporsi sulle coetanee, organizzando e ponendosi al vertice di veri e propri clan dove i compiti e i ruoli sono ben definiti. Il "branco", nella maggior parte dei casi è composto da sole ragazze, ma non sono da escludersi gruppi misti, con la presenza, sempre marginale, di qualche ragazzo. Non è improbabile trovare nel "branco" delle ex vittime o ragazze dalla debole personalità, che "spalleggiate" dalle coetanee più aggressive intravedono possibilità di riscatto.

Le bulle riescono a imporsi con la violenza: sono determinate, intolleranti, si arrabbiano per un nonnulla, sono invidiose delle qualità che riconoscono nelle altre persone.

> Per quanto concerne lo studio dei fattori responsabili delle condotte aggressive, nel corso degli anni sono state formulate ipotesi diverse. Infatti, mentre in passato alcuni studiosi avevano rilevato nei bulli l'esistenza di un deficit sociocognitivo secondo il quale i ragazzi prepotenti sarebbero incapaci di leggere le emozioni o le intenzioni altrui, ricerche più recenti hanno evidenziato che il bullo è in realtà un individuo socialmente competente che utilizza però le proprie competenze sociali per fini strumentali, ovvero con lo scopo di manipolare la situazione a proprio vantaggio[27].

In generale, la vittima di aggressioni relazionali, "è solitamente una persona più ansiosa ed insicura degli altri studenti, è dotata di scarsa autostima e, se attaccata dai compagni, tende a reagire chiudendosi in se stessa e piangendo. La vittima è anche una persona isolata ed esclusa dalla classe e ha difficoltà nel chiedere aiuto agli altri; presenta problemi nell'assunzione del comportamento assertivo e nel riconoscimento delle emozioni e tende a negare il problema assumendo ad esempio comportamenti di auto colpevolizzazione[28].

---

[26] N.R. CRICK, A. ROSE, *Toward a Gender-Balanced Approach to Social- Emotional Development: a Look at Relational Aggression*, in P.H. Miller, E.K. Scholnick (Eds.), *Feminist Approaches to Developmental Psychology*, New York, Routledge, 2000.
[27] BACCHINI, *op. cit*.
[28] *Ibidem*.

Anche per la vittima, Olweus[29] ha individuato due diverse tipologie: la vittima passiva o sottomessa, che corrisponde al quadro delineato sopra e che è caratterizzata da un modello reattivo ansioso o sottomesso associato (nel caso dei maschi) alla debolezza fisica; la vittima provocatrice, che tende a procurare reazioni negative nei compagni attraverso l'assunzione di atteggiamenti irritanti ed iperattivi. Quest'ultima tipologia presenterebbe, secondo Olweus, una combinazione del modello reattivo ansioso ed aggressivo, e mostrerebbe spesso delle difficoltà di concentrazione ed attenzione sul piano cognitivo.

Riguardo al contesto familiare, Olweus[30] ha rilevato nelle vittime innanzitutto un atteggiamento di particolare prudenza e di particolare sensibilità presente fin dalla nascita e ha evidenziato che tali ragazzi in pratica avrebbero instaurato da piccoli rapporti più intimi e positivi con i loro genitori ed, in particolare, con la madre. Questa stretta dipendenza dalla figura materna determinerebbe delle difficoltà nei ragazzi a gestire tutte le altre relazioni sociali. In generale, le famiglie dei ragazzi vittime di prepotenze appaiono particolarmente coese e protettive al punto da coinvolgere attivamente i figli nelle vicende familiari più riservate.

> Infine, un'ulteriore riflessione ha riguardato gli effetti psicologici della condizione di vittima: le vittime, infatti, sarebbero più inclini a manifestare in futuro forme di ansia, insicurezza, isolamento sociale, bassa autostima e disturbi depressivi[31].

La vittima della bulla, in genere, è una coetanea, molto spesso compagna di classe, incapace di reagire, di ribellarsi o anche solo di denunciare l'accaduto. Si tratta di ragazze timide, con un sano rapporto famigliare o comunque ragazzine molto diligenti. La vittima spesso perde la propria autostima e si trascina anche altri disturbi, come quelli che riguardano il comportamento alimentare o attacchi di panico. In altri casi, nella ragazza oppressa scatta un processo di autodenigrazione, accompagnato dalla bramosia di entrare a far parte del gruppo di bulli[32].

Lo sviluppo e il mantenimento delle relazioni interpersonali riveste importanza nello sviluppo e nel benessere psico-fisico della ragazza adolescente, ma può anche predisporre le ragazze a essere coinvolte in episodi di aggressioni relazionali sia nel ruolo di vittima che in quello di prevaricatrice[33].

Le ricerche indicano le seguenti tipologie di vittime:

- Le ragazze che non reagiscono.
- Le coetanee che sembrano differenti dalla prevaricatrice e dal suo gruppo.
- Le ragazze che sono più ricche o più povere rispetto alla prevaricatrice.
- Le compagne di scuola che entrano nella pubertà prima o dopo della

[29] OLWEUS, *op.cit.*
[30] OLWEUS, *op.cit.*
[31] BACCHINI, *op. cit.*
[32] FRACAS, *op. cit.*
[33] RAYLE *et al.*, *op. cit.*

prevaricatrice.
- Le coetanee diversamente abili[34].

Gli studi più recenti hanno evidenziato che il bullismo non consiste semplicemente in un'interazione conflittuale tra un prepotente ed una potenziale vittima ma si connota nei termini di un fenomeno anche gruppale. Le modalità di prevaricazione, infatti, avvengono soprattutto in classe o, comunque, in presenza di altri ragazzi che possono assumere dei ruoli più o meno attivi nel favorire o ostacolare le prepotenze, schierandosi ad esempio dalla parte del bullo o della vittima o assumendo semplicemente una posizione da osservatori esterni. Gli episodi di bullismo infatti innescano spesso dei meccanismi di gruppo che sono stati ampiamente analizzati nell'ambito della psicologia dello sviluppo[35].

Si può citare, a tal proposito, la teoria dell'apprendimento sociale di Bandura[36], secondo la quale esistono diversi meccanismi di modellamento del comportamento: il bullo ad esempio ottiene spesso ammirazione da parte dei compagni diventando una sorta di modello con cui identificarsi e in base al quale comportarsi. È il caso soprattutto dei bulli passivi o gregari che, per via di una loro personale insicurezza e attitudine alla dipendenza interpersonale, si fanno influenzare dal modello che essi valutano positivamente e tendono a lasciarsi coinvolgere nelle attività prevaricatorie per soddisfare un proprio bisogno di autoaffermazione. Questa forma di contagio sociale si può associare anche ad un meccanismo d'indebolimento del controllo e dell'inibizione delle tendenze aggressive. In altre parole, se il comportamento del bullo preso come modello viene ricompensato attraverso varie modalità di rinforzo positivo, si attiva negli "spettatori" una diminuzione delle normali inibizioni che i ragazzi posseggono verso la propria aggressività. Infine, la partecipazione di altri ragazzi ad episodi di prepotenza può anche essere giustificata da una riduzione del senso di responsabilità individuale, dovuta a sua volta ad una diffusione o diluizione della responsabilità e del senso di colpa. Si spiegano in base a tale meccanismo anche le resistenze degli altri compagni ad intervenire a sostegno della vittima.

Alle volte si può rilevare una sorta di bullismo tradizionale in cui gli scontri avvengono non in rapporto gruppo singolo ma gruppo-gruppo, sempre di genere femminile[37].

Nell'individuazione dei ruoli ricoperti all'interno del fenomeno bullismo, generalmente si è soliti indicare: il prepotente (prende l'iniziativa nel fare prepotenze) la vittima (subisce le prepotenze).

L'accento posto sulla natura gruppale del bullismo ha consentito ad alcuni

---

[34] RAYLE *et al., op. cit.*
[35] BACCHINI, *op. cit*.
[36] A. BANDURA, *Self Efficacy: Toward a Unifying Theory of Behavioral Change*, in «Psychological Review», 84, 2(1977), pp. 191 -215.
[37] L. DONETTI, *Bullismo femminile bullismo tra ragazze*, in http://www.informagiovani-italia.com/bullismo_femminile_tra_ragazze.htm (ultima consultazione 10 giugno 2015)

autori[38] di individuare e definire i ruoli che anche gli altri compagni assumono all'interno della classe scolastica. Gli studiosi si sono serviti, a tal proposito, di un questionario, il cosiddetto "Ruoli dei partecipanti", attraverso cui hanno potuto riconoscere sei ruoli implicati nel fenomeno del bullismo:

L'Aiutante (assume una posizione secondaria in qualità di seguace del bullo) il Sostenitore (rinforza il comportamento del bullo ridendo o incitandolo a continuare; il difensore (consola e difende la vittima cercando di far cessare le prepotenze); l'Esterno (si estranea dalla situazione rimanendo indifferente)[39].

I bambini che hanno ruoli simili in manifestazioni di bullismo tendono inoltre ad aggregarsi, formando più facilmente dei sottogruppi amicali. Per quanto concerne le differenze di genere, c'è da aggiungere che i bulli, gli aiutanti e i sostenitori sono soprattutto maschi, mentre le ragazze assumono più spesso il ruolo di difensore ed esterno. Non ci sono differenze di genere, invece, per il ruolo di vittima.

Infine, come per il prepotente e il ragazzo prevaricato, le ricerche di Salmivalli e altri[40] hanno riscontrato un'elevata stabilità dei ruoli a distanza di anni[41].

6. Nelle ragazze, in maniera molto più accentuata, la propria autostima dipende molto dal fatto di costruire un rapporto di complicità con le proprie coetanee e di trovare in loro, conferme, anche per quanto riguarda il proprio aspetto fisico. Offese e denigrazioni possono pertanto andare minare l'autostima e portare le ragazzine a sperimentare vissuti quali insicurezza, ansia, senso di inferiorità o ancora, sintomi psicosomatici quali mal di testa, mal di pancia, stanchezza che non sono da sottovalutare[42].

Le conseguenze del bullismo possono essere, a distanza di tempo, molto gravi. I bulli hanno un'elevata probabilità di incorrere in comportamenti antisociali mentre le vittime sono più inclini alla depressione e a una scarsa realizzazione personale. Anche l'essere spettatori di comportamenti di bullismo può avere effetti negativi perché attiva un'identificazione con modelli aggressivi che vengono vissuti come vincenti all'interno del contesto sociale[43].

Gli effetti negativi del bullismo femminile sullo sviluppo personale e sociale sono rilevanti. L'adolescenza è un periodo di rapidi e intensi cambiamenti psicologici che comportano uno sviluppo sociale, morale ed emozionale[44].

---

[38] C. SALMIVALLI et al., *Bullying as a Group Process: Participant Roles and Their Relations to Social Status within the Group*, in «Aggressive Behavior», 22, 1(1996).
[39] BACCHINI, *op. cit*.
[40] SALMIVALLI *et al*., *op. cit*.
[41] *Ibidem*.
[42] S. LAURI, *Quando il bullo è donna*, 2014, in www.milano-psicologa.it/bullismo-femminile.html, (ultima consultazione 10 luglio 2015).
[43] BACCHINI, *op. cit*.
[44] J.E. NURMI, M.E. POOLE, V. KALAKOSKI, V., *Age Differences in Adolescent Future- Oriented Goals, Concerns, and Related Temporal Extension in Different Sociocultural Contexts*, in «Journal of Youth and Adolescence», 23(1994), pp. 471-487.

Per le ragazze, molti cambiamenti accadono in rapporto con lo sviluppo relazionale nelle famiglie e con le coetanee[45].

Spesso, l'adolescenza è un periodo più vulnerabile per le ragazze che per i ragazzi, perché i problemi legati alla socializzazione incidono, in modo più incisivo, sul mondo femminile. Conseguentemente, le esperienze negative di molte ragazze adolescenti vittime di episodi di bullismo, comportano l'insorgenza di fenomeni di stress, disturbi legati al cibo e spesso abusi sessuali.

Conseguentemente, quando una ragazza diviene vittima di episodi di bullismo, gli effetti emozionali e sociali, sono oltremodo dannosi, proprio per l'importanza che il genere femminile ripone nelle relazioni interpersonali[46].

I disturbi psicologici che derivano da episodi di bullismo, includono una bassa autostima, disturbi dell'attenzione, arretramento sociale, ansietà, depressione e, in casi estremi, tendenza al suicidio[47].

Il bullismo incide sull'adattamento sociale e sul benessere fisico e psichico e gli effetti negativi del bullismo, si riscontrano anche rispetto ai rendimenti scolastici. Le conseguenze di episodi di bullismo sono numerose, considerato che le aggressioni relazionali avvengono, per lo più nella scuola, per le vittime. Le vittime del bullismo, infatti, soffrono di bassa autostima di scarsi rendimenti scolastici e assenteismo[48].

Una diminuzione di fiducia sulla programmazione del proprio futuro conclude la lista dei possibili danni causati dal bullismo qualunque sia la forma attraverso la quale questo preciso tipo di violenza venga agito.

> Riconoscere l'esistenza del bullismo non è impresa facile, ma attraverso il dialogo con persone esperte si impara a capire in che cosa consiste questo fenomeno, in modo da prendere coscienza del suo manifestarsi e delle conseguenze immediate e future che comporta[49].

Se si vuole comprendere e porre fine alle strategie della violenza comunicativa è necessario promuovere tra i ragazzi una maggiore consapevolezza del loro operato. Anche rispetto al bullismo virtuale, il corretto comportamento degli adulti dovrebbe essere improntato al dialogo e all'uso degli strumenti privilegiati dell'ascolto dell'altro, mentre, spesso, si tende ad anteporre una comoda comprensione ad oltranza degli atteggiamenti giovanili piuttosto che la promozione e sensibilizzazione nei giovani della consapevolezza dei propri sentimenti negativi e delle proprie

---

[45] C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

[46] J.A. PAQUETTE, M.K. UNDERWOOD, *Young Adolescents' Experiences of Peer Victimization: Gender Differences in Accounts of Social and Physical Aggression*, in «Merrill-Palmer Quarterly», 45(1999), pp. 233-258.

[47] A.E. GRILLS, T.H. OLLENDICK, *Peer Victimization, Global Self-Worth, and Anxiety in Middle School Children*, in «Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology», 31(2002), pp. 59-68.

[48] *Ibidem.*

[49] CIVITA, *Cyberbullyng: un nuovo tipo di devianza*, cit.

frustrazioni[50].

Se, dunque, il bullismo a prescindere dall'orientamento di genere, è ormai considerato una nuova forma di devianza, tra i compiti dell'adulto va ricordato quello di porre dei limiti e dei confini precisi all'interno di un "contesto relazionale importante". Affettività, empatia, guida e regole diventano, così, alcuni degli elementi costitutivi di "bacchette magiche" richieste agli esperti chiamati a operare sul campo e da condividere con gli adulti coinvolti nel processo di crescita e sviluppo dei giovani, sia in qualità di genitori e docenti sia nella veste di semplici spettatori di un fenomeno sociale da osservare con attenzione se si vuole evitare il rischio di dover guardare gli stessi giovani attori questa volta però nella parte di devianti o criminali e le vittime nelle vesti di soggetti depressi, o ancor peggio, suicidi.

[50] S. ABBRUZZESE, *Bullismo e percezione della legalità*, Milano, FrancoAngeli, 2008.

Michele Indellicato

ETICA E PENSIERO RELAZIONALE*

Tutta la nostra dignità consiste nel pensiero. È con questo che dobbiamo nobilitarci e non già con lo spazio e il tempo che potremmo riempire. Studiamoci dunque di pensar bene: questo è il principio della morale.

(Pascal, *Pensieri*, n. 347)

ABSTRACT	
L'etica e il pensiero relazionale si impongono oggi come necessari non già per una conoscenza di una verità qualsiasi, ma per una conoscenza integrale della verità nel suo fondamentale legame alla vita; una verità che sappia contenere in sé tutta la pienezza dell'umano, dell'esistenza e quindi l'essere unitario e totale. Oggi, invece, si pone l'urgenza di una ragione plurale, di un pensiero aperto ed ermeneutico, per dirla con Gadamer, che ci aiuti a cogliere la verità della vita e della persona nella sua poliedrica relazione con la realtà e che ci orienti, al tempo stesso, nella ricerca di un dialogo profondo, vero e costruttivo tra i saperi.	The ethical and relational thinking are necessary today not for knowledge of any truth, but for a complete knowledge of the truth in its fundamental relationship with the life; a truth that is able to contain within itself all the fullness of human existence. Today we need a plural reason, an open thinking to help us in understanding the truth of life and of the person in its multifaceted relationship with reality and that guide us, at the same time, in searching of a profound dialogue, genuine and constructive between different knowledges.
Etica - pensiero relazionale - verità della persona	**Ethics - relational thinking - truth of the person**

SOMMARIO: 1. Ragione e fede: necessità di un dialogo. – 2. Ethos e pathos per la ricerca della verità. - 3. Relazione etica e responsabilità del pensare. – 4. I limiti della ragione assoluta.

L'etica e il pensiero relazionale si impongono oggi come necessari non già per una conoscenza di una verità qualsiasi, ma per una conoscenza integrale della verità nel suo fondamentale legame alla vita; una verità che sappia contenere in sé tutta la pienezza dell'umano, dell'esistenza e quindi l'essere unitario e totale. Di qui i limiti

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

di una prospettiva razionalista autoreferenziale, chiusa nella definizione della propria autosufficienza, priva di ogni giustificazione e dell'assolutizzazione del sapere scientifico. Oggi, invece, si pone l'urgenza di una ragione plurale, di un pensiero aperto ed ermeneutico, per dirla con Gadamer, che ci aiuti a cogliere la verità della vita e della persona nella sua poliedrica relazione con la realtà e che ci orienti, al tempo stesso, nella ricerca di un dialogo profondo, vero e costruttivo tra i saperi. Consapevoli che l'unità del sapere non è unicamente questione archeologica, riferibile alle origini dell'attività riflessa dell'uomo, ma è piuttosto meta, sforzo continuo e ideale regolativo.

1. «Nelle dispute di problemi naturali non si dovrebbe cominciare dall'autorità delle Scritture, ma dalle sensate esperienze e dalle dimostrazioni necessarie». Con queste parole, nelle famosa Lettera alla Granduchessa Madre Cristina di Lorena (fine dell'estate 1516), Galileo Galilei apriva le porte di una questione abissale: quali sono i limiti dell'autonomia scientifica? Fin dove la scienza può spingersi senza la Rivelazione? Senza un sapere ultimo dell'uomo e della sua salvezza? Scrittura e natura procedono entrambe "dal Verbo divino", scriveva il pisano alla nobildonna, «quella come dettatura dello Spirito Santo, questa come osservantissima esecutrice degli ordini di Dio». La Scrittura ci parla della salvezza, delle verità rivelate e soprannaturali, ma non delle conoscenze naturali, quelle che possiamo conoscere con i sensi e con l'intelligenza matematica. Essa non può essere usata per confutare una verità dimostrata dalla scienza sperimentale.

A circa cinquecento anni di distanza, la distinzione posta dal Galilei resta ancora al centro del dibattito scientifico, tema di discussione, per scienziati, teologi, filosofi ed esegeti. La scienza moderna, nata con l'idea cartesiana di rendere l'uomo possessore della natura ha escluso di principio ogni domanda sull'origine e sul significato globale dell'essere, sul senso dell'esistenza umana. Il risultato è che la mera scienza dei fatti non solo non ha nulla da dirci circa il senso dell'essere, ma crea, soprattutto se viene assolutizzata, «meri uomini di fatto»[1].

È una tendenza dominante tra gli scienziati oggi cercare di dimostrare la propria scientificità facendo ricorso a un intransigente materialismo e a un rigoroso metodo naturalistico. In tale prospettiva, misura del sapere sarebbe soltanto l'empiricamente attestabile. Ma una visione di questo tipo deriva da una considerazione distorta della storia della scienza. Nel nostro tempo, infatti, caratterizzato dall'enorme progresso scientifico-tecnologico, si pensa di escludere l'etica perché non rientra in ciò che può essere empiricamente verificabile. «Noi sentiamo, scrive Wittgenstein, che, anche una

[1] E. HUSSERL, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, tr. it. di E. Filippini, Milano, Il Saggiatore, 1966/2002, p. 35.

volta che tutte le possibili domande scientifiche abbiano avuto risposta, i nostri problemi vitali non sono toccati»[2].

La stessa Enciclica *Fides et ratio*[3] di Giovanni Paolo II mette in evidenza tutta intera la preoccupazione del Papa se si considera che l'argomentare razionale viene da molti intrapresa per tenere la stessa ragione lontana da obiettivi che consideriamo irrinunciabili non solo per il pensiero filosofico ma per la stessa dignità di vivere da uomini. Come, ad esempio, non porsi questioni ultime? Perché sdegnare le verità oggettive? E, soprattutto, perché escludere sin dall'inizio che si possa pervenire a fornire un fondamento trascendente a queste verità? Il monito di Wojtyła è rivolto a tutti i pensatori, e in particolare ai filosofi, affinché si impegnino positivamente e criticamente su tali obiettivi, evitando atteggiamenti fideistici o che assolutizzino la ragione[4].

L'agnosticismo, lo scetticismo e il relativismo inducono infatti a rendere irrilevanti per l'esistenza tutti quei problemi sui quali l'uomo si sente chiamato al coinvolgimento etico e da un pensare relazionale.

> Di recente hanno assunto rilievo diverse dottrine che tendono a svalutare perfino quelle verità che l'uomo era certo di aver raggiunte. La legittima pluralità di posizioni ha ceduto il posto ad un indifferenziato pluralismo fondato sull'assunto che tutte le posizioni si equivalgono […]. Si ha l'impressione di un movimento

---

[2] L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni* (1914-1916), 7, a cura di A. G. Conte, Torino, Einaudi, 1964, prop. 6.52, p. 81. «L'etica, se è qualcosa, è soprannaturale, mentre le nostre parole esprimono solamente fatti» (ID, *Conferenza sull'etica*, in *Lezioni e conversazioni sull'etica, l'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, a cura di M. Ranchetti, Milano, Bompiani, 1987, p. 12). E più avanti, accennando al concetto di "valore assoluto" chiamato in causa nel discorso etico, sottolinea: «Nessuna descrizione possibile per me sarebbe adatta a ciò che io intendo per valore assoluto, in quanto tutte le possibili espressioni sarebbero da ritenere prive di senso, essendo la loro mancanza di senso […] la loro essenza peculiare» (Ivi, p. 18). Ed ancora: «L'etica […] in quanto sorge dal desiderio di dire qualcosa sul significato ultimo della vita, il bene assoluto, l'assoluto valore, non può essere una scienza […], ma un documento di una tendenza sull'animo umano che io personalmente non posso non rispettare profondamente e che non vorrei, a costo della vita, porre in ridicolo» (*Ibidem*). «Credere in Dio vuol dire che i fatti del mondo non sono poi tutto. Credere in Dio vuol dire che la vita ha un senso» (WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, cit., p. 774).

[3] Cfr. Giovanni Paolo II, *Fides et ratio* (14 settembre 1948), Bologna, Edizioni Dehoniane, 1998.

[4] L'Enciclica *Fides et ratio* testimonia la cura che pone nel respingere sia la "gnosi" (cfr. n. 37) sia il "fideismo" (cfr. nn. 52-55), cioè sia la sudditanza alla ratio sia una contrapposizione ad essa puramente reattiva. L'originalità cristiana viene sostenuta con una sorprendente sfida rivolta alla filosofia di oggi: l'invito all'"audacia della ragione". Non si tratta di mettere a confronto "verità forti" e "verità deboli" ma di analizzare se esse siano il frutto dell'audacia del pensare. Sulla particolare responsabilità del filosofo, Husserl dedicò negli anni Venti e Trenta del secolo scorso riflessioni molto interessanti. In uno scritto del 1924, nel sottolineare la valenza strettamente personale della responsabilità del filosofo, si ricorda come questi sia "membro e funzionario dell'umanità": la sua non può che essere, oltre che strettamente personale e individuale, una "responsabilità per la comunità" (Cfr. E. HUSSERL, *Meditation über die Idee eines individuellen und Gemeinschaftslebens in absolute Selbstveratwartung*, in *Husseliana*, Bd. VIII, hrsgv. R. Bohem, Den Haag, Nijhoff, 1959, pp. 197 ss. Scrive Lévinas: «Essere Io significa, dunque, non potersi sottrarre alla responsabilità» (E. LÉVINAS, *La traccia dell'altro*, tr. it. di F. Ciaramelli, Napoli, Pironti, 1979, p. 36).

> ondivago: la riflessione filosofica mentre, da una parte, è riuscita a immettersi sulla strada che la rende sempre più vicina all'esistenza umana e alle sue forme espressive, dall'altra, tende a sviluppare considerazioni esistenziali, ermeneutiche o linguistiche che prescindono dalla questione radicale circa la verità della vita personale, dell'essere e di Dio […]. Con falsa modestia ci si accontenta di verità parziali e provvisorie, senza più tentare di porre domande radicali sul senso e sul fondamento ultimo della vita umana, personale e sociale[5].

In una società come la nostra dove anche la massiccia presenza e invadenza dei mezzi di comunicazione disorientano nella ricerca della verità e compromettono la possibilità di un pensiero profondo vi è la necessità di recuperare una capacità di vivere con dignità e di pensare in modo saggio per tracciare un percorso esistenziale che dia senso alla vita. Lo stesso Papa Francesco, nella sua recente Enciclica *Laudato sì*, afferma che quando i mass media e il mondo digitale

> diventano onnipresenti, non favoriscono lo sviluppo di una capacità di vivere con sapienza, di pensare in profondità, di amare con generosità […]. Questo ci richiede uno sforzo affinché tali mezzi si traducano in uno sviluppo culturale dell'umanità e non in un deterioramento della sua ricchezza profonda. La vera sapienza, frutto della riflessione, del dialogo e dell'incontro generoso fra le persone, non si acquisisce con una mera accumulazione di dati che finisce per saturare e confondere, in una specie di inquinamento mentale[6].

Non si può non condividere a questo punto la critica di "dimenticanza dell'Essere" mossa alla modernità da Martin Heidegger. Scrive Giovanni Paolo II: «È accaduto che, invece di esprimere al meglio l'attenzione verso la verità, la ragione sotto il peso di tanto sapere si è curvata su se stessa diventando, giorno dopo giorno, incapace di sollevare lo sguardo verso l'altro per osare di raggiungere la verità dell'essere. La filosofia moderna, dimenticando di orientare la sua indagine sull'essere, ha concentrato la propria ricerca sulla conoscenza umana»[7]. Nonostante la ragione abbia accumulato numerose conoscenze in ogni campo del sapere e abbia raggiunto livelli altissimi in senso tecno-scientifico, si può dire con Heidegger che nessuna epoca quanto la nostra ha saputo meno che cos'è l'uomo[8].

Non si giustifica dunque una ragione totalizzante e autoreferenziale, si ha invece bisogno di allargare gli orizzonti della razionalità e di una ragione che riconosca i propri limiti nella ricerca della verità, perché, per dirla con Pascal, «il supremo passo

---

[5] GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, *op. cit.*, n. 5.

[6] PAPA FRANCESCO, Enciclica *Laudato si'*, a cura di C. Simonelli, Roma, Piemme, 2015, n. 47. «L'umanità si è modificata profondamente e l'accumularsi di continue novità consacra una fugacità che ci trascina in superficie in un'unica direzione. Diventa difficile fermarci per recuperare la profondità della vita […]. Non rassegniamoci a questo e non rinunciamo a farci domande sui fini e sul senso di ogni cosa» (Ivi, n. 113).

[7] *Ibidem*.

[8] Cfr. M. HEIDEGGER, *Kant e il problema della metafisica*, tr. it. di M.E. Reina, Genova, Silva, 1962, pp. 275-276.

della ragione sta nel riconoscere che c'è un'infinità di cose che la sorpassano. È ben debole se non giunge a riconoscerlo»[9].

2. È necessario oggi che la filosofia riscopra e ritrovi la sua dimensione sapienziale per orientare l'umanità verso un senso ultimo e globale della vita, perché una filosofia che non si pone interrogativi sul senso dell'esistenza incorrerebbe nel grave pericolo di degradare la ragione a funzioni puramente strumentali, senza alcun pathos ed ethos per la ricerca della verità. Abbiamo avuto esperienza come il positivismo, il neo-positivismo, il relativismo, il nichilismo non hanno per niente dato un contributo circa il senso della vita ma, al contrario, rifiutando ogni fondamento, hanno rinnegato il senso della vita stessa. Di qui il bisogno di una

> filosofia di portata autenticamente metafisica, capace cioè di trascendere i dati empirici per giungere, nella ricerca della verità a qualcosa di assoluto, di ultimo, di fondante […]. In questo senso la metafisica non va vista in alternativa all'antropologia, giacché è proprio la metafisica che consente di dare fondamento al concetto di dignità della persona in forza della sua condizione spirituale[10].

La filosofia dell'essere, nel quadro della tradizione metafisica cristiana, è una filosofia dinamica che vede la realtà nelle sue strutture ontologiche, causali e comunicative e trova la sua forza e perennità nel fatto di fondarsi sull'atto stesso dell'essere, che permette «l'apertura piena e globale verso tutta la realtà, oltrepassando ogni limite fino a raggiungere Colui che a tutto dona compimento»[11]. Proprio la pretesa superiorità concettuale sul cristianesimo avanzata dal razionalismo, idealismo, positivismo e scientismo ha avuto come inevitabile esito il nichilismo di oggi, producendo quel nulla che insidia anche il pensiero post-moderno. Fare professione di nichilismo non è ribellarsi, ma accondiscendere senza limiti all'universale volontà di potenza, e ciò è molto chiaro in Nietzsche. Molti scienziati

---

[9] B. PASCAL, *Pensieri*, n. 267. È utile poi recuperare la distinzione tra pensiero e conoscenza. Come ha dimostrato Hanna Arendt nell'opera *The Life of Mind* reinterpretando i testi kantiani, il pensare e il conoscere obbediscono a due diversi ordini di interesse: rispettivamente al significato e al sapere. «Il bisogno di ragione, scrive Arendt, non è ispirato dalla ricerca di verità ma dalla ricerca di significato. E verità e significato non sono la stessa cosa. L'errore di fondo, anteriore a tutte le fallacie metafisiche specifiche, consiste nell'interpretare il significato secondo il modello della verità» (H. ARENDT, *La vita della mente*, tr. it. di G. Zanetti, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 97). Anche Heidegger scrive: «Il pensiero non conosce nella grandezza del suo sorgere il concetto (Begriff). Ciò non è dovuto al fatto che il pensiero non sia ancora sviluppato (…). Tutti i grandi pensatori del pensiero greco, compreso Aristotele, pensano facendo a meno del concetto. Pensano dunque meno esattamente e meno acutamente? No, anzi al contrario pensano più adeguatamente. Il che al tempo stesso significa: il pensiero resta sul suo cammino. Il cammino del pensiero muove verso ciò che ha dignità di problema. Ciò che l'assente è nel suo essere resta anche per Aristotele una domanda perennemente aperta» (M. HEIDEGGER, *Che cosa significa pensare?*, tr. it. di U. Ugazio e G. Vattimo, Milano, SugarCo, 1979, vol. II, p. 83).

[10] GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, *op. cit.*, n. 90.

[11] Ivi, n. 97.

autorevoli hanno considerato la metafisica e la religione a fondamento e guida della ricerca scientifica: si pensi ad Einstein, Planck, Zichichi, Prigogine, Della Porta, per citarne alcuni.

La scienza deve misurarsi con il senso della vita perché non è possibile una scienza che sia contro la vita, ed è qui che vien fuori la dimensione dell'etica. Mondo scientifico, mondo filosofico e mondo religioso non sono mondi chiusi e antitetici, né possono essere realtà autoreferenziali: di qui il bisogno di un'etica e di un pensiero relazionale che consentano e promuovano l'interconnessione dei saperi. La ripresa della filosofia dell'essere deve essere vista, dunque, come alternativa sia alle categorie della modernità sia al nichilismo che ne è derivato, connotandosi così come la premessa per la costruzione di quella metafisica intesa come apertura incondizionata all'eccedenza. Proprio in quanto pensiero dell'essere, essa si fa guidare non dal razionalistico *reddere rationem*, ma dal dovere di vincere la costante tentazione del pensiero di chiudersi in sé. L'orizzonte dell'essere eccede la logica del calcolo e della forza, e consente che la finitudine dell'uomo trovi il riconoscimento di tutta la dignità che le spetta. La "ragione" dei moderni vuol "dare ragione" della finitudine, vuole per così dire riscattarla da tutto ciò che la rende finita e così la sopprime. La filosofia dell'essere si pone, invece, a servizio della finitudine stessa: di bisogni che arricchiscono, di domande che rendono sapienti, di differenze da amare; e così consente all'uomo di incontrare e di amare l'Infinito che egli non è, e che per lui è bene non diventare mai.

Si tratta oggi di ripensare la ragione in termini di pluralità, dinamicità, di rompere l'orizzonte immanentistico in cui l'uomo moderno si è chiuso, quell'orizzonte che la filosofia contemporanea cerca di infrangere quando punta sul "frammento" o sulla "debolezza del pensare", piuttosto che su un pensiero forte. Il rinchiudersi dell'io nel recinto della propria autosufficienza lo conduce a un rapporto con la temporalità del "qui e ora" sradicato da ogni relazione con il mondo e con lo svolgersi del tempo in rapporto all'essere e al suo senso. L'isolamento di una ragione chiusa in se stessa, senza ethos e pathos per la ricerca della verità, porta verso un ripiegamento egoistico sfociando nel nichilismo assoluto che, secondo Florenskij, altro non è se non il frutto amaro del terminismo razionalista che ha ucciso ogni legame con la vita e con la realtà[12].

3. Anche Lévinas insiste sulla relazione etica e critica la struttura del pensiero occidentale e afferma che la stessa filosofia non è più relegata in un esclusivo ambito teoretico. «Tutto questo, scrive Lévinas, sembra indicare una rottura con la struttura teoretica del pensiero occidentale. Pensare non significa più contemplare, ma avventurarsi, essere implicato in ciò che si pensa, essere 'imbarcati' – evento

[12] Cfr. P.A. FLORENSKIJ, *Il significato dell'idealismo*, tr. it. di R. Zugan, Milano, SE, 2012, pp. 65-66. Quest'opera risulta una meditazione sul senso più profondo del mistero della vita, un'appassionata ricerca dell'unità integrale della conoscenza e della sua interiore bellezza.

drammatico dell'essere-nel-mondo»[13]. Lévinas, infatti, insiste nell'affermare che la filosofia occidentale è stata per lo più un'ontologia, «una riduzione dell'Altro al Medesimo, in forza dell'interposizione di un termine medio e neutro che garantisce l'intelligenza dell'essere»[14].

La relazione con l'essere, che si esplica come ontologia, consiste nella neutralizzazione dell'ente per comprenderlo o per impossessarsene. Non è una relazione che si connota nel segno della autenticità e della reciprocità, ma come riduzione dell'altro al medesimo.

> Il possesso, infatti, afferma l'Altro, ma all'interno di una negazione della sua indipendenza. 'Io penso' equivale a 'Io posso' – ad una appropriazione di ciò che è, ad uno sfruttamento della realtà. L'ontologia come filosofia prima è una filosofia della potenza. Essa porta allo Stato e alla non-violenza della totalità, senza premunirsi contro la violenza di cui vive questa non-violenza e che appare nella tirannia dello Stato. La verità che dovrebbe riconciliare le persone esiste qui anonimamente. L'universalità si presenta come impersonale e qui si rivela un'altra inumanità[15].

L'ontologia, «filosofia del potere»[16], come filosofia prima che non mette in questione il Medesimo, è «una filosofia dell'ingiustizia»[17]. Lévinas condanna la filosofia occidentale, una civiltà che, attraverso il "primato dell'identico" e la "dissacrazione della natura", ha generato il mondo inumano e che, a causa di una ragione totalizzante, ha prodotto un sapere-potere negando l'alterità dell'altro sotto la forma dell'identità dell'identico. L'umanesimo che secondo Lévinas ha inizio alle soglie della modernità con l'Illuminismo contiene in sé dei principi chiamati da lui umanità – quali Uomo, Ragione, Stato, Libertà, Pace che, lungi dall'essere ideali umani, si sono tramutati in «perversioni dell'uomo e del suo umanesimo»[18], e che si annunciano nell'odio dell'uomo contro l'altro uomo.

Lévinas denuncia la violenza implicita nella tradizione filosofica occidentale in quanto pretesa di ridurre la molteplicità e l'alterità del reale ad un unico ordine di senso, in quanto pensiero dell'identità, riduzione/assimilazione dell'altro all'io. La filosofia occidentale

> coincide con quel disvelamento dell'Altro in cui l'Altro, manifestandosi come essere, perde la propria alterità. Sin dalla sua infanzia, la filosofia è affetta da un orrore verso l'Altro, da un'inguaribile allergia. Per questo essa è essenzialmente una

---

[13] E. LÉVINAS, *Tra noi. Saggi sul pensare all'altro*, tr. it. di E. Baccarini, Milano, Jaca Book, 1998, p. 38.
[14] E. LÉVINAS, *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, tr. it. di A. Dell'Asta, Milano, Jaca Book, 1998, p. 41.
[15] Ivi, p. 44.
[16] *Ibidem*.
[17] *Ibidem*.
[18] E. LÉVINAS, *Difficile libertà*, tr. it. di G. Penati, Brescia, La Scuola, 2000, p. 129.

> filosofia dell'essere, per la quale la comprensione dell'essere rimane l'ultima parola […]. Per questo, anche, essa diviene filosofia dell'immanenza e dell'autonomia, o ateismo. Il Dio dei filosofi, da Aristotele a Leibniz, passando per il Dio degli Scolastici, è un dio adeguato alla ragione, un dio compreso che non potrebbe turbare l'autonomia della coscienza, la quale ritrova se stessa attraverso tutte le sue avventure, ritorna presso di sé come Ulisse che, lungo tutte le sue peregrinazioni, si spinge unicamente verso la sua isola natale. La filosofia che fa parte della nostra tradizione riconduce a tale ritorno non soltanto il pensiero teoretico, ma ogni movimento spontaneo della coscienza[19].

Al pensiero della totalità, Lévinas propone la rottura della totalità su basi etiche, proprio in virtù dell'appello etico che proviene della radicalità del volto altrui. «L'apertura ad un 'tu' in grado di conoscere, amare e dialogare continua ad essere la grande nobiltà della persona»[20]. Il volto dell'altro mi inquieta, mi interpella ribaltando il mio profondo attaccamento egoistico all'essere e mi rende soggetto responsabile, non più accentrato su di me ma decentrato in altri, in relazione etica con essi.

> Ciò, osserva Signore, carica il soggetto che si relaziona al Volto nella sua nudità di un senso di 'responsabilità' infinito, mettendo nell'impossibilità di respingere l'appello di questa responsabilità, che non richiede nemmeno una 'scelta', essendo prima di qualsiasi incontro/scontro tra libertà e non libertà. Qui la responsabilità per Altri non si congiunge, come richiesto correntemente, con la libertà, ma con la fraternità, che Lévinas pone irrevocabilmente prima della libertà e quindi al di qua di ogni impegno preliminare[21].

Anche la filosofia di Mounier insiste sulla necessità di un pensiero dinamico che sia etico e relazionale e che si traduca in impegni, in testimonianza. Più propriamente il filosofo francese parla di un pensiero cristiano come engagé, che si deve porre non solo il problema della verità, ma anche quello dell'efficacia storica della verità[22].

---

[19] E. LÉVINAS, *Scoprire l'esistenza con Husserl e Heidegger*, tr. it. di F. Sossi, Milano, Raffaello Cortina, 1998, p. 217.

[20] PAPA FRANCESCO, *Laudato si'*, *op. cit.*, n. 119.

[21] M. SIGNORE, *Per un'etica della responsabilità come dia-cronia e an-archia*, in ID (a cura di), *Questioni di etica e di filosofia pratica*, Lecce, Milella, 1995, p. 42. Cfr. dello stesso autore *Lo sguardo della responsabilità*, Roma, Studium 2006. Interessanti riflessioni filosofico-morali sul concetto di responsabilità si trovano nel bel volume di Hans Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr. it. di P.P. Portinaro, Torino, Einaudi, 1990. La prima e compiuta tematizzazione dell'etica della responsabilità si deve a Max Weber, per il quale essa è propriamente l'etica dell'uomo politico, l'etica secondo la quale «bisogna rispondere delle conseguenze (prevedibili) delle proprie azioni» (M. WEBER, *La politica come professione*, in ID, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr. it. di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1976, p. 109).

[22] I due poli dell'engagement sono per Mounier il pensiero e l'affrontement. In uno scritto del 1934, poi ripreso in *Révolution personnaliste et communautaire*, e cioè *Lignes de départ*, Mounier elabora per la prima volta, all'interno del suo pensiero e quasi come punto di partenza del suo discorso, la categoria di engagement, laddove indica come percorsi formativi della persona la meditazione, la ricerca della vocazione, la capacità di spoliazione e, appunto, l'impegno: «*L'engagement*,

Il pensare per il filosofo di "Esprit" non è un astratto esercizio intellettuale, né un meditare a vuoto, ma un «porre l'amore nel cuore del mondo»[23]. Si opera così, attraverso il pieno recupero del senso delle cose, la saldatura fra trascendenza e incarnazione. Mounier sente la necessità di un pensiero relazionale aperto, non autoreferenziale e di una ragione non declinata in un senso puramente strumentale ma che si connoti come ragionevolezza. Di qui il bisogno di una "riforma intellettuale", che sia orientata a una necessaria purificazione del pensiero, a una liberazione del messaggio cristiano sia dal razionalismo sia da falsi spiritualismi, per affermare una filosofia che dia forza a un pensiero dinamico, capace di confrontarsi con le nuove prospettive della modernità. Il compito principale della filosofia, secondo Mounier, deve essere quello di restituire alle nuove generazioni il coraggio di un pensare responsabile, capace di discernimento e che si misuri con il compito di un impegno concreto nella storia.

4. Si ha necessità nel nostro tempo di un'etica e di un pensiero relazionale che distinguano ragione-fede-scienza non già per separarli in mondi chiusi, ma per unirli convinti che, alla luce dell'apporto che ciascuna di esse potrà dare, si potrà meglio rispondere alle tre famose domande kantiane: "che cosa posso sapere", "che cosa posso fare" e "che cosa posso sperare".

Dopo Kant, nell'idealismo e nel suo culmine, in Hegel, la sfera della "fede" viene sempre più inglobata nella ragione. Tutto, secondo il filosofo tedesco, deve piegarsi e soggiacere alla forza della "ragione" tanto che nella *Fenomenologia dello Spirito* afferma che la filosofia può deporre il suo vecchio significato "di amore della sapienza", per dichiararsi sapere conseguito e raggiunto una volta per sempre in modo definitivo[24].

Sebbene l'idealismo assoluto hegeliano sia stato criticato poi da Marx ed Engels come il massimo della menzogna e della distorsione ideologica, oppure come l'approdo ultimo della metafisica, dopo il quale solo la ragione scientifica ha credibilità nella ricerca della verità, tuttavia si può dire che lo spirito dell'eredità hegeliana non si è affatto estinto ma addirittura potenziato. Gli attacchi sferrati alla

---

reconnaissance de son incarnation» (E. MOUNIER, *Révolution personnaliste et communautaire*, in *Œuvres*, vol. I, Paris, Ed. du Seuil, 1961, p. 17). Nel successivo *Manifeste au service du personnalisme*, del 1936, Mounier riprendeva il tema proponendo una più precisa definizione del termine come engagement responsabile, cioè adesione della persona «ad una gerarchia di valori liberamente adottati, assimilati e vissuti attraverso un impegno responsabile e una costante conversione» (ID, *Manifeste au service du personnalisme*, in *Œuvres*, vol. I, cit., p. 523).

[23] E. MOUNIER, *Cristianità nella storia*, tr. it. di R. Laurenza, Bari, Ecumenica, 1979, p. 92. Sulla responsabilità del pensare e in particolare dell'impegno intellettuale del cristiano illuminanti sono due scritti di Mounier, rispettivamente del 1939 e del 1943, e cioè *Responsabilité de la pensée chrétienne* e *Affrontement chrétienne*.

[24] Cfr. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, tr. it. di E. De Negri, Firenze, Nuova Italia, 1963, vol. I, p. 4. Nell'*Introduzione* alle *Lezioni sulla Filosofia della storia*, il filosofo tedesco rimarca con orgoglio che la realtà deve piegarsi alla ragione, alla sua "infinita potenza".

credenza religiosa e alla metafisica sia dal materialismo storico che dal materialismo positivista e dalla stessa psicoanalisi di Freud hanno portato alle estreme conseguenze il processo di distruzione della metafisica. Il pensatore che più di tutti ha percepito con acutezza le conseguenze di questo processo è stato Nietzshe. La sentenza più decisiva con la quale ha raffigurato questo processo è stata detta da lui, per bocca del celebre pazzo che in pieno giorno si aggira in mezzo alla gente nel mercato gridando "Dio è morto" (*La gaia scienza*, libro III, aforisma 125). Ma com'è morto questo Dio? Ucciso dagli uomini, un "assassinio" che ha caratterizzato la modernità. Con Nietzsche entriamo nella post-modernità, un'epoca certamente complessa e disordinata da un punto di vista spirituale.

Alla fine dell'*Archeologia del sapere*, M. Foucault, tipico filosofo della post-modernità, conclude il suo discorso con queste parole significative e rivolgendosi ai filosofi afferma: «È possibile che abbiate ucciso Dio sotto il peso di quello che avete detto; ma non illudetevi di costruire, con tutto quello che dite, un uomo che vivrà più di lui»[25]. Questa conclusione esprime in modo chiaro il senso di vuoto e di disorientamento in cui la coscienza contemporanea viene a trovarsi, con il pericolo che l'attenzione che essa dedica alla finitezza umana possa implicare la rinuncia a "fondare la verità". Per molti esponenti dell'attuale filosofare, infatti, la ricerca di un fondamento assoluto equivale alla logica del *reddere rationem*, alla identificazione del pensare con il tornare di conto, dunque all'assolutizzazione dell'identità dell'io: alla chiusura in sé.

Il nichilismo nietzscheano non è l'ultima parola, come pure la fede esaltata nella sovranità della ragione ha mostrato tutti i suoi limiti. È necessario che l'uomo prenda coscienza del fatto che in lui si forma un meraviglioso nesso inscindibile tra la capacità del pensiero e dell'infinito e la consapevolezza della sua miseria esistenziale, come ha ben insegnato Pascal[26].

Approfondire il pensiero della *conditio humana* consente di scrutare nella propria interiorità e scoprirvi sia la molteplicità delle prospettive sia, al tempo stesso, i limiti dell'umano agire, comprendendo così l'errore che l'uomo commette quando divinizza se stesso.

La filosofia moderna si è nutrita del cristianesimo e ha impegnato in questa operazione la ragione umana a livelli alti, ma non ha tenuto conto dell'insegnamento più importante della tradizione patristica e scolastica: che la ragione è chiamata ad aprirsi a Dio, che è *capax Dei*, e che per questo non deve farsi essa stessa Dio. L'essere coscienti di ciò può costituire una nuova via di accesso alla dignità dell'uomo: anziché incasellarlo in "categorie forti" che spesso lo hanno condotto all'autoreferenzialità, lo si deve vedere come proteso all'autotrascendimento, che solo

[25] M. FOUCAULT, *Archeologia del sapere*, tr. it. di G. Bogliolo, Milano, Rizzoli, 1980, p. 275.
[26] Cfr. PASCAL, *Pensieri*, *op. cit*. Per un approfondimento di tale argomento, cfr. A.G. Manno, *Qui est homo?*, Napoli, ESI, 2002.

può far riscoprire in noi il senso di una fede in qualcosa che è più dell'uomo e lo sostiene nel suo cammino terrestre: lo spirito[27].

Occorre cambiare prospettiva: non bisogna cercare il conflitto tra fede e ragione laddove esso non c'è. Tutti i grandi pensatori della Rivoluzione scientifica sono stati perseguitati. Ciò non significa che in quel periodo si sia prodotto un conflitto intrinseco tra fede e ragione. Galilei, Cartesio, Newton, Copernico sono stati grandi teologi laici, con una propria visione teologica e filosofica tanto che il senso di molti concetti fondativi delle loro teorie non si può capire se non si fa riferimento a questa visione teologica di fondo. Come pure fare della scienza il baluardo dell'ateismo è sbagliato, perché significa assegnare alla scienza qualcosa che non le appartiene affatto, creando scissioni controproducenti sia per le scienze naturali sia per le scienze umane. La stessa fede non cresce a partire dal risentimento e dalla messa in questione della razionalità, ma solo a partire dal suo fondamentale apprezzamento e da una più ampia ragionevolezza. La scienza e la ragione sono forze e potenze dello spirito. E questo è l'orizzonte che entrambe le ingloba e le circoscrive, ma non è da esse circoscritto, inglobato ed esaurito[28].

«La fede e la ragione sono come le due ali con le quali lo spirito umano si innalza verso la contemplazione della verità. È Dio ad aver posto nel cuore dell'uomo il desiderio di conoscere la verità e, in definitiva, di conoscere lui perché conoscendolo e amandolo, possa giungere anche alla piena verità su se stesso»[29].

Einstein scrive che la più bella cosa che possiamo provare è "il sentimento del lato misterioso della vita" ed afferma:

> La più bella sensazione è il lato misterioso della vita. È il sentimento profondo che si trova sempre nella culla dell'arte e della scienza pura. Chi non è più in grado di provare né stupore né sorpresa è per così dire morto; i suoi occhi sono spenti. L'impressione del misterioso, sia pure misto a timore, ha suscitato, tra l'altro, la religione. Sapere che esiste qualcosa di impenetrabile, conoscere le manifestazioni dell'intelletto più profondo e della bellezza più luminosa, che sono accessibili alla nostra ragione solo nelle forme più primitive, questa conoscenza e questo sentimento, ecco la vera devozione: in questo senso, e soltanto in questo senso, io sono fra gli uomini più profondamente religiosi[30].

---

[27] Cfr. D. ANTISERI, *La riscoperta della fede nel nuovo secolo*, in «Il tempo», 15 aprile 2001, pp. 1-13.
[28] Cfr. K. JASPERS, *Metafisica*, tr. it. di U. Galimberti, Milano, Mursia, 1972, pp. 67 ss.
[29] GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, *op. cit.*, n. 1.
[30] A. EINSTEIN, *Come io vedo il mondo*, tr. it. di R. Valori, Roma, Newton, 1988, p. 21. La verità razionale che brilla alla mente, la costruzione dell'eccelso edificio delle matematiche con le sue leggi ineccepibili, la meravigliosa armonia e la bellezza affascinante dell'universo, insieme con il timore reverenziale e l'umiltà che determina il mistero nascosto dietro ai fenomeni genera in Einstein quell'unità di scienza e di fede che egli ha sempre affermato nella sua vita. «La scienza può essere creata, egli scrive, solo da coloro che sono veramente assorbiti dall'aspirazione alla verità e alla comprensione. Questo tipo di sensazioni, tuttavia, deriva dalla sfera della religione. A questa appartiene la fiducia nella possibilità che le leggi valide per il mondo dell'esistenza sono razionali, cioè comprensibili con la ragione. Io non posso concepire uno scienziato vero senza una fede

Dalle ideologie, dalle metafisiche, dalle onto-teologie ci si difende non insistendo sul finito, e tanto meno infinitizzandolo, ma collocandosi in un orizzonte in cui sia consentito al finito di stare davanti all'Infinito. L'uomo non è il padrone del senso della vita e la mancanza di senso si risolve nell'angoscia, in quella malattia mortale che per Kierkegaard era la disperazione. Riemerge, così, impellente la necessità di un pensiero etico e relazionale che si apra alla fede, come pure si impone come irreprimibile la domanda metafisica di fronte ai fallimenti di filosofie come il positivismo, l'idealismo, il marxismo, il neo-positivismo, sorretti da una ragione che, negato Dio, ha popolato la terra di mostri, di gulag e di lager. Queste catastrofiche esperienze hanno messo in evidenza la fragilità di un credo democratico fondato su un pensiero chiuso in sé e su un ottica di riduzionismo immanentistico che fa della "Democrazia" e delle "Rivoluzioni" una "Gerusalemme Celeste dell'uomo senza Dio"[31].

Una ragione umana, aperta, dinamica e forte non vuole avere la meglio sulla propria finitudine e nemmeno conquistare la verità nonostante la finitudine, vuole stare di fronte all'Infinito sul fondamento di domande e bisogni che l'Infinito rende importanti.

---

profonda. La situazione di può rappresentare con un immagine: la scienza senza la religione è zoppa, la religione senza la scienza è cieca» (A. EINSTEIN, *Idee e opinioni*, tr. it. di F. Fortini, Milano, Schwarz, 1965, p. 46). Anche Planck è consapevole che la scienza è limitata, parziale e non ci dà mai la piena conoscenza della realtà sensibile e ciò lo allontana dal pericolo del razionalismo e della presunzione di esaustività ad esso connessi. Per questo Planck si appellava alla dimensione metafisica dell'uomo e affermava che la scienza conduce ad un punto oltre il quale non ci può guidare. Scienza e religione non sono in contrasto, devono distinguersi non per separarsi ma per unirsi perché hanno bisogno l'una dell'altra per completarsi nella mente di ogni uomo che desidera seriamente riflettere (cfr. M. PLANCK, *Scienza, Filosofia e Religione*, tr. it di F. Selvaggi, Milano, Fabbri, 1973).

[31] Cfr. R. GATTI, *Dare un'anima alla democrazia: legge naturale e diritti dell'uomo. Kelsen e Maritain*, in «Studium», XCIII (1997) n. 5, pp. 663-692.

Rosa Indellicato

LINEE PER UNA PEDAGOGIA DELLA VIRTÙ IN ANTONIO ROSMINI*

«L'educazione è il momento che decide se noi amiamo abbastanza il mondo da assumercene la responsabilità e salvarlo così dalla rovina, che è inevitabile senza il rinnovamento, senza l'arrivo di esseri nuovi, di giovani. Nell'educazione si decide anche se noi amiamo tanto i nostri figli da non estrometterli dal nostro mondo lasciandoli in balìa di se stessi, tanto da non strappargli di mano la loro occasione d'intraprendere qualcosa di nuovo, qualcosa d'imprevedibile per noi; e prepararli invece al compito di rinnovare un mondo che sarà comune a tutti»
H. Arendt

ABSTRACT	
Rosmini ritiene importante che l'educando debba essere indotto gradualmente a scoprire l'intera estensione e potenzialità della propria ragione e di tutte le sue capacità per essere in grado di aprirsi alle domande ultime o prime attinenti alla verità, al bene, alla giustizia, all'orizzonte di senso, affinché possa realizzare la sua umanità nella pienezza di tutte le sue espressioni. Di qui l'importanza della responsabilità educativa degli adulti che dovranno guidare i discenti verso un percorso esistenziale dotato di senso, altrimenti la stessa prospettiva educativa risulterà astratta e velleitaria.	Rosmini holds important that educating have to gradually be induced to discover the whole extension and potentiality of his own reason and all of his abilities to be able to open to the connected last or first questions to the truth, to the good, to the justice, to the horizon of sense, so that can realize his humanity in the fullness of all of his expressions. Of here the importance of the educational responsibility of the adults that you must drive the discentis toward an existential run endowed with sense, otherwise the same educational perspective will result abstract and fanciful.
Persona – verità - virtù	**Person – truth – virtue**

SOMMARIO: 1. Pedagogia della virtù. – 2. Persona e verità come finalità della pedagogia personalistica. – 3. Unitarietà e dignità della persona. – 4. L'unità del metodo e libertà d'insegnamento.

1. Rosmini nel saggio *Sull'unità dell'educazione* esordisce:

Sono nei nostri tempi due maniere di uomini egualmente ben intenzionati ed egualmente pieni d'amore dell'umanità, che rivolgendo i loro sguardi a questo

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

> spettacolo morale che il presente stato del mondo ci somministra, rimangono colpiti da due affetti non pur diversi ma interamente contrari; mentre gli uni si ritraggono da quello spaventati quasi da una scena di orrore che non possono sostenere, gli altri non finiscono di rimirarlo quale prospetto abbellito delle ridenti immagini o più fecondo almeno di speranze inesauribili[1].

Dunque, due modi diversi opposti di leggere e di vivere la storia del tempo, dai quali Rosmini prende le distanze. Egli non si ritrova nella cupa disperazione dei primi, potremmo dire, i conservatori, che declamano in guisa di «profeti che annunziano sventura», né nell'illusione degli altri, i progressisti, che imitano senza vedersene «la favolosa voce delle sirene»[2]. Volgendo l'attenzione alle urgenze del «presente stato del mondo»[3], Rosmini si pone nell'attitudine metodologica di pensare e operare nel suo tempo che, ai suoi occhi, appare soprattutto moralmente piagato e, pertanto, profondamente bisognoso di ricostruzione morale. Con aspetti diversi dal tempo di Rosmini, anche oggi, agli inizi del terzo millennio, viviamo una crisi che è di natura morale ed educativa, per cui sia l'etica sia la pedagogia sono sollecitate a dare risposte alla storia del nostro tempo, unitamente al contributo di altri saperi. La pedagogia, disciplina teorico-pratica, ha subito nel corso dei secoli una continua evoluzione. Nata infatti etimologicamente dalla figura, nell'antica Grecia, del pedagogo che era lo schiavo che accompagnava i fanciulli a scuola[4], la pedagogia ha avuto progressivamente il significato di riflessione sull'educazione e di proposta di modelli formativi, fino ad assumere, negli ultimi tempi, un assetto culturale articolato e complesso tanto da riconoscersi nella direzione delle scienze dell'educazione.

Lo spettacolo morale, «lo stato presente dell'universo morale»[5], che interpella il giovane prete filosofo è ancora disperatamente dominato dal «conflitto che fa il vizio colla virtù»[6]. La meditazione di Rosmini sui mali del tempo evidenzia la sua preoccupazione etico-educativa, e, in presenza dei mali sociali, interroga la giustizia di Dio (*Teodicea*) nelle vicende degli uomini e ricerca il senso provvidenziale ma anche definitivamente insondabile del male nella storia. Emerge così una

---

[1] A. ROSMINI, *Sull'unità dell'educazione*, in *Scritti vari di metodo e di pedagogia*, Torino, Utet, 1883, pp. 1-2.
[2] Ivi, p. 2.
[3] Ivi, p. 1.
[4] Cfr. H.I. MARROU, *Histoire dell'éducation dans l'Antiquité*, Paris, Le Seuil, 1948 /1971; tr. it. di U. Massi, *Storia dell'educazione nell'antichità*, Roma, Studium, 2008. Per un approfondimento storico-culturale sul pensiero pedagogico dell'età classica e sui guadagni conseguiti, in materia, dal Cristianesimo antico medievale (Platone-Aristotele), e quindi sul riconoscimento dell'educando come persona e sulla necessità della comunicazione interpersonale tra maestro e alunno, cfr. G. FLORES D'ARCAIS, *Il contributo del pensiero classico medievale alla pedagogia*, in AA.VV., *Il problema pedagogico*, Atti del X Convegno del Centro Studi Filosofici di Gallarate 1954, Brescia, Morcelliana, 1955, in particolare p. 19.
[5] Ivi, pp.1-2.
[6] Ivi, p.3.

provvidenziale gestione della storia come sapiente pedagogia divina. Il filosofo vede in Dio l'educatore per eccellenza, che si preoccupa di educare l'umanità con un fine costante e sublime e quindi di ordinare e dirigere tutti gli avvenimenti del mondo, per il trionfo del bene. Per questo vede la sapienza divina come esempio da imitare da parte dell'educazione umana[7]. Perciò, Rosmini riflettendo sullo stato profondamente lacerato e disordinato dell'universo morale, si interroga al tempo stesso sui risvolti pratici e positivi che l'opera di una ordinata ricomposizione affidata alla sapienza dell'educazione potrebbe arrecare alla società del tempo. Rosmini è per la pedagogia della virtù che, facendo tesoro dei comportamenti etici esemplari, compie il graduale perfezionamento morale dell'umanità. Virtù e vizio, fedeltà e infedeltà, religione ed empietà hanno sempre condotto i loro fili alla tessitura unica della storia umana. Dinanzi a questo quadro Rosmini suggerisce di essere realisti ed attenti ai dati dell'esistente senza dividersi fra visioni catastrofiche e visioni di ingenuo ottimismo. La sua è una pedagogia della virtù che l'uomo è chiamato a edificare al fine di educare sugli stessi canoni della pedagogia divina. Per educare alla virtù, secondo il filosofo roveretano, è necessario che ci si abitui, sin da piccoli, con buoni esempi da imitare sin da quando si vive nel primo nucleo educativo, che è quello della famiglia. Qui Rosmini concorda con Aristotele quando afferma che alcuni modelli positivi possono essere rintracciati nei maestri e, ancor prima, nei genitori, dato che la famiglia costituisce, secondo lo Stagirita, il primo imprescindibile nucleo educativo[8]. È proprio della virtù, secondo Aristotele, l'essere una «disposizione per cui l'uomo diventa buono e per cui compie bene la sua funzione»[9]. Una disposizione che non nasce né per natura né contronatura, ma che si acquisisce e perfeziona attraverso l'abitudine[10]. Il carattere continuativo della virtù, il suo essere abito di vita, non nel rispetto di consuetudini esteriori, ma come qualità stabile dell'anima, la collega strettamente all'educazione, in particolare a quei primi momenti del processo educativo di cui la famiglia porta la responsabilità. E su questo tema Aristotele insiste con fermezza quando afferma che «non è piccola la differenza tra l'essere abituati subito, sin da piccoli, in un modo piuttosto che in un altro; al contrario c'è una differenza grandissima, anzi è tutto»[11]. Ed ancora: «Bisogna essere guidati in un certo modo, subito, fin da piccoli […] a godere e a soffrire di ciò che è conveniente. La retta educazione, infatti, è questa»[12]. Sembra assurdo, oggi, parlare di continuità di atteggiamenti virtuosi, di vita virtuosa, in una società caratterizzata da "liquidità", da "amore liquido", non stabile, in cui le caratteristiche dominanti del nostro tempo

[7] Cfr. A. ROSMINI, *Prefazione* agli *Opuscoli filosofici*, vol. I, in ID., *Introduzione alla filosofia*, a cura di P.P. Ottonello, Roma, Città Nuova, 1979, pp. VI-VII.
[8] Cfr. ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, VIII, 12, 1162, a 6-7. Su questa tematica, cfr. P. IMPARA, *L'educazione come etico-politica in Aristotele*, Milano, Bruno Mondadori, 2007.
[9] ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, II, 6, 1106, a 14-24.
[10] Ivi, II, 1, 1103, a 14.
[11] Ivi, II, 1, 1103, b 20.
[12] Ivi, II, 3, 1400, b 11.

sembrano essere più la frantumazione del tempo, dell'identità del soggetto, delle relazioni. Rosmini invece ci ammonisce ad un'opera educativa sostenuta da un amore solido, da relazioni stabili, infatti afferma che se vogliamo migliorare le generazioni a venire è necessario tornare alla Bibbia, per cui chi ama il proprio figliolo lo corregge per tempo[13]. Quest'opera di educazione eminentemente morale è affidata alla gestione della politica e si configura come pedagogia sociale. La religione, come scuola della esemplare pedagogia divina, e la politica, come luogo di elaborazione e di fruizione della faticosa pedagogia umana, costituiscono i due cardini del progetto educativo rosminiano. Per questi motivi il pensare di Rosmini è un pensare dinamico, ermeneutico ed operativo e, tenendo presente la vita e la testimonianza dei santi, sottolinea che l'educazione sia una azione reale e sia fortemente sollecitata a fare i conti con l'esistente in modo critico e a proporre quadri di riferimento valoriali. Dunque non solo opera di lettura, di analisi, ma anche di interpretazione critica e di azione morale che fronteggi il nichilismo e critichi l'indifferenza verso un'azione educativa significativa. Una pedagogia come arte che riscopra l'amore per l'uomo, che educhi alla responsabilità e alla partecipazione attiva e si riproponga, quindi, come "scienza dei fini", andando oltre le certezze verso le verità e orientandosi verso la Verità, non tanto guardando all'utopia, quanto, e soprattutto, rivisitando i grandi ideali, quelli dei santi, e che la *paideia* cristiana ha diffuso: il rispetto per la persona, la ricerca della verità, della giustizia, l'impegno per il bene comune, la solidarietà, la pace. A questa sottolineatura della preminente dimensione morale dell'uomo, conduce la distinzione rosminiana della filosofia dalla pratica, della scienza dall'arte e dalla vita. Di qui, la diversità tra la filosofia e l'uso della filosofia per il quale l'uomo non già con i soli ragionamenti, ma con i fatti e con le operazioni che sono fuori di tutta la scienza e di tutti i libri, «realizza quello che la filosofia insegna nelle parole e nei libri e converte le massime di lei in sentimenti»[14]. La scienza e l'arte dell'educazione

---

[13] Cfr. A ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, a cura di F. EVAIN, Roma, Città Nuova, 1981, pp. 411-412. A tal proposito la Bibbia continua a trasmetterci una grande saggezza quando, anziché chiedere subito agli uomini la conversione a Dio, chiede prima un'altra conversione, cioè quella del cuore dei padri verso i figli. Questo significa che il primo cambiamento deve riguardare il *modus vivendi* e *operandi* dell'adulto nell'educare i piccoli (cfr. *Sir* 48,10; *Mal* 3,24; *Lc*, 1,17). Sul tema dell'ascolto degli adulti verso i più piccoli, cfr. M. MONTUSCHI, *Diventare piccoli per essere grandi*, Assisi, Cittadella, 2011. C'è anche un modello educativo delineato dalla riflessione aristotelica in cui il legame tra etica ed educazione si instaura a monte. L'educazione, infatti, secondo lo Stagirita, costituisce una precondizione dell'etica, e ciò emerge chiaramente quando afferma: «Colui che si prepara ad essere virtuoso deve essere educato e fornito di buone abitudini» (ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, X, 9, 1180, a 14-16). Proprio perché la virtù va costruita e si forma nel tempo, è una realtà secondo Aristotele che si acquisisce con l'abitudine e secondo un processo educativo faticoso che in questa prima fase è eterodiretto. In questo senso l'educazione può essere pensata come quel periodo «alla cui fine si ha quella capacità cosciente della propria vita che fin dall'antichità chiamiamo virtù» (R. SPAEMANN, *Glück und Wohlwollen: Versuch über Ethik*, Stuttgart, Klenn-Cotta, 1989; tr. it. a cura di M. AMORI, *Felicità e Benevolenza*, Milano, Vita e Pensiero, 1998, p. 20).

[14] A. ROSMINI, *Degli Studi dell'Autore*, n. 62, in *Introduzione alla Filosofia*, a cura di P.P. OTTONELLO, ENC, n.62, Roma, Città Nuova, 1979, p.137.

tendono insieme a perfezionare l'uomo rendendolo sapiente, e per dare immagine visibile alla natura essenziale dell'educazione, Rosmini la considera come provocazione sistematica di esperienze di vita, necessarie allo sviluppo del soggetto educando, esperienze che servono a condurre alla costruzione funzionale dei saperi: "saper fare, saper essere, saper diventare". Sapienza unitaria e totale risulta costituita di due parti congiunte: la prima si conosce, si insegna, si scrive; «l'altra poi è tale, che né si insegna dalle cattedre, né si può scrivere nei libri, ed ha la sua propria ed unica sede nell'animo e nella volontà […]; e tuttavia ella è quasi la stessa scienza, discesa dalla mente, trasfusa nella realità del sentimento, penetrata nella vita, dove con pieno e beneficentissimo imperio governa»[15]. Riteniamo davvero che in Rosmini vi sia il convincimento che non appartiene al *proprium* dell'educazione se non quello che è legato all'agire educativo, sia che si tratti dell'interazione educatori-educandi sia che si tratti degli studi che preparano o ne rendano possibile il processo.

A perfezionare l'uomo nella sapienza è chiamata, dunque, l'educazione: «Tutto lo scopo dell'arte di educare deve essere la perfezione dell'uomo»[16].

Rosmini appartiene a quel gruppo di maestri di scienza e di vita, i cui insegnamenti non sono per nulla datati nel tempo perché posseggono una vitalità ed un respiro capaci di raggiungere l'intera umanità e l'uomo di tutti i tempi e rispondere ai perenni interrogativi che accompagnano la vita dell'uomo. Rosmini insiste sulla principale finalità educativa che è quella della formazione dell'uomo, tenendo presente la pedagogia della cura e la pedagogia della virtù, cura dell'altro specie quando l'altro è il "debole" o il "povero". Dunque una pedagogia ancorata ai valori, ai principi di santità, che porteranno ad una formazione spirituale esemplare. Il roveretano ricorda poi che tutta l'opera educativa deve essere supportata dall'amore e dal rispetto per i fanciulli e che gli educatori non si facciano prendere dalla collera nel loro agire. «Questa brutta e irrazionale passione non dee apparire giammai nel volto o negli atti dei genitori o dei precettori; dee sempre risplendervi una manifesta ragione, una luminosa giustizia, dee trasparire ancora la benevolenza, la mansuetudine»[17]. Dal desiderio di far risplendere, al tempo stesso, la semplicità e la profondità del messaggio evangelico scaturisce un'altra peculiarità della spiritualità rosminiana: la sua *santità intelligente*, che potrà appartenere a tutti e potrà essere conseguita da ogni persona seguendo l'esempio di vita virtuosa e di amore testimoniato dal cristiano e che deve essere espressione di *tutto* l'uomo, quindi anche della sua intelligenza e della sua volontà, che sono i migliori doni ricevuti da Dio. La cura educativa non deve ambire al successo in funzione di se stessa, ma si deve porre in attesa della maturazione dell'evento educativo in quanto costruzione di un progetto in vista dell'identità personale. La figura del maestro che "si prende cura" si intreccia con il

[15] Ivi, n.62, cit., p.138.
[16] *Lettera al Conte L. A. Parravicini* (giugno 1842), in A. ROSMINI, *Epistolario completo,* cit., vol. VIII, p. 171.
[17] A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., p. 411.

destino interiore del discepolo nei sentieri incerti della coscienza laddove l'intenzionalità inconscia del discepolo lo attende per essere aiutato a "prendere" la sua forma. La cura educativa si configura non solo in termini psicologici, certamente importanti per la vita affettiva del bambino (si pensi alla psicologia di Winnicott e altri), ma in qualcosa di molto più profondo. Le capacità e le risorse del soggetto in-formazione non si sviluppano se non esiste un "altro" che si prende cura di lui e pone le condizioni perché ciò che è possibile si traduca in esperienza umana. L'evento educativo allora assume la dimensione della "buona reciprocità"; e se non si può pensare un maestro senza discepoli, non si può neppure pensare un discepolo senza maestro. La cura educativa si pone, in tal modo, come condizione teorica e oltrepassamento tanto dell'*educare* quanto dell'*educere* e, secondo Rosmini, si connota come un modo di essere, un atteggiamento nel quale confluiscono sentimenti diversi come la premura, la benevolenza, la pazienza, la mansuetudine, l'attesa, la speranza, l'affetto, la gratuità, il dono. *I care*, ripeteva don Milani[18], e ciò significa pensare all'educazione in termini di cura, farsi carico di un altro e accompagnarlo per un tratto di strada, allo scopo di aiutarlo a scoprire e sperimentare il valore dell'umano inteso sia in senso generale sia nella prospettiva personale del suo "farsi uomo". L'incontro dialogico tra l'io e il tu, secondo Buber, rimane il cuore delle dinamiche educative, che sono irriducibili a una tecnica didattica e organizzativa perché coinvolgono le persone, il loro umanarsi, il libero apprendimento reciproco. L'educatore deve riconoscere l'alterità dell'altro, del "tu" che gli sta dinanzi per averne cura[19]. Buber sostiene che l'educazione non è solo *educere* ed *educare*, e cioè far venir fuori le qualità migliori affinché le potenzialità del bambino giungano ad attuazione e siano sempre coltivate. Significa anche prestare attenzione e curare ciò che si può ricevere da altri, dal mondo, ciò che non è già inscritto nelle potenzialità del soggetto. Ciò significa che l'educatore deve preoccuparsi di preparare l'incontro tra il bambino e il contesto educativo che lo circonda.

> Il mondo, cioè tutto il mondo circostante, natura e società, 'educa' l'uomo: ne suscita le forze, lascia che esse afferrino e compenetrino i suggerimenti del mondo […]. Si ha cura del rapporto educativo sottraendolo alla corrente priva di intenzione dell'educazione universale: curandolo come intenzione. Così solo nell'educatore il mondo diventa il vero soggetto del proprio agire[20].

L'educatore nel suo operare deve essere animato dalla speranza di migliorare

[18] Cfr. DON L. MILANI-Scuola di Barbiana, *Lettera a una professoressa*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1967; ID., *Esperienze pastorali*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1953; cfr. anche E. BALDUCCI, *L'insegnamento di don Lorenzo Milani*, Roma-Bari, Laterza, 2002. Sulla modalità di individuare i tratti costitutivi dell'identità umana che dobbiamo coltivare in ciascuno, cfr. M.C. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità*, Roma, Carocci, 1999.
[19] Cfr. M. BUBER, *Sull'educativo*, in ID., *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo (MI), San Paolo, 1993, in particolare p. 168.
[20] *Ibidem.*

l'uomo e la società, per questo deve impegnare l'intelligenza e la ragione, oltre che il cuore e la mente nelle proprie azioni, sicché più agisce con volontà intelligente, più la sua unione con Dio risulterà piena ed il suo esempio illuminante per gli altri. La volontà intelligente, inoltre, non indica una volontà che si basa sulle sole ragioni umane, ma quella volontà che unisce in un tutto armonico ragioni dell'intelletto e ragioni della fede, luce naturale e luce soprannaturale. Del dialogo tra ragione e fede in Rosmini, più volte Giovanni Paolo II farà cenno nel suo pontificato. E riferendosi al lavoro intellettuale di Rosmini proteso a far conoscere il Vangelo, Woytjła così si esprime: «Il suo animo era particolarmente sensibile al grande problema dell'armonia tra fede e ragione […] per ricercare i modi sempre più adatti di comunicare la dottrina cristiana agli uomini della cultura e del sapere favorendo un conveniente aggiornamento del linguaggio e del dialogo»[21].

Potremmo parlare più propriamente di sapienza soprannaturale e Rosmini ha prediletto esempi di santità che hanno integrato l'agire morale con la razionalità scientifica e la santità della fede. A tal proposito cita i grandi esempi che raggiungono livelli altissimi di testimonianza cristiana, quali Benedetto, Agostino, Ambrogio, Anselmo, Tommaso d'Aquino, Caterina da Siena, Francesco di Sales, Ignazio di Loyola, Teresa d'Avila.

2. «Il principio di tutto l'uomo spirituale è l'amore della verità», scrive Rosmini su un quaderno d'appunti spirituali del 1827[22]. La luce o verità, abbiamo visto, splende nell'uomo dalla nascita come sorgente che viene dal Dio nascosto, per poi completarsi nella grazia come percezione del Dio rivelatosi. La prima verità diventa legge morale naturale, luce di verità, la seconda verità conduce al soprannaturale, fuoco di carità[23].

---

[21] GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai sacerdoti dell'Istituto della Carità riuniti per il Capitolo Generale Speciale*, 10 novembre 1988; dieci anni più tardi, nel 1998, Giovanni Paolo II nella *Fides et Ratio* scrive: «Il fecondo rapporto tra filosofia e parola di Dio si manifesta anche nella ricerca coraggiosa condotta dai pensatori più recenti, tra i quali mi piace menzionare, per l'ambito occidentale, personalità come John Newman, Antonio Rosmini, Jacques Maritain, Étienne Gilson, Edith Stein […]. Una cosa è certa: l'attenzione all'itinerario spirituale di questi maestri non potrà che giovare al progresso nella ricerca della verità e nell'utilizzo a servizio dell'uomo dei risultati conseguiti» (GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Fides et Ratio*, Roma, Libreria Città del Vaticano, 1998, n. 74).

[22] Archivio Rosminiano, Stresa, A2, 65 / B1-3.

[23] Cfr. PAPA FRANCESCO, Lettera Enciclica *Lumen Fidei*, Roma, 29 giugno 2013, Libreria Città del Vaticano. «È urgente perciò, si legge nell'Enciclica, recuperare il carattere di luce proprio della fede, perché quando la sua fiamma si spegne anche tutte le altre luci finiscono per perdere il loro vigore. La luce della fede possiede, infatti, un carattere singolare, essendo capace di illuminare *tutta* l'esistenza dell'uomo. Perché una luce sia così potente, non può procedere da noi stessi, deve venire da una fonte più originaria, deve venire, in definitiva, da Dio. La fede nasce nell'incontro con il Dio vivente, che ci chiama e ci svela il suo amore, un amore che ci precede e su cui possiamo poggiare per essere saldi e costruire la vita. Trasformati da questo amore riceviamo occhi nuovi, sperimentiamo che in esso c'è una grande promessa di pienezza e si apre a noi lo sguardo del futuro. La fede, che riceviamo da Dio come dono soprannaturale, appare come luce per la strada, luce che orienta il nostro cammino nel tempo. Da una parte, essa procede dal passato, è la luce di una memoria fondante, quella della vita di

Per Rosmini il binomio persona-verità è inscindibile perché è capace di creare quelle condizioni storiche e spirituali necessarie per la costruzione di una civiltà a misura d'uomo, che rispetti e promuova la dignità dell'uomo contro tutte le logiche spersonalizzanti e antipersonali. Il personalismo può tentare di dare risposte al nostro tempo perché ha come punti di riferimento due valori prioritari: la verità e la persona. Spesso, infatti, vi è un errore di fondo che fa corrispondere verità ad astratto e persona a concreto. L'errore è di prospettiva, perché come non c'è verità senza persona così non c'è persona senza verità. La verità è l'essere nella sua positività e nel suo valore reale; la persona è il soggetto di quella positività e di quel valore. All'una e all'altra appartiene la realtà in senso pieno, per cui sussistendo questo felice connubio tra verità e persona, qualsiasi diffidenza nei confronti della persona come antitesi della verità cade. Il nucleo fondamentale della persona è, secondo Rosmini, l'essere, *esse et persona convertuntur*[24] e quindi il discorso antropologico si orienta in senso metafisico. Collocare la persona nell'ambito della metafisica significa coglierne l'essenza profonda e garantirne il valore trascendente. Consigliava i filosofi a non fregiarsi del nome della scuola cui appartenevano, ma dell'unico nome di *amici della verità*. Ai suoi confratelli insegnava che, anche nelle discussioni, se si mantenevano "perfettamente unanimi nell'amare la stessa verità", la diversità di opinioni non avrebbe alterato per nulla la scambievole loro dilezione[25].

Lo stesso rapporto educativo deve caratterizzarsi come un rapporto interpersonale che metta al centro l'alunno, mentre il maestro diventa un maieuta che, con la massima sollecitudine e la testimonianza esemplare, lo aiuta nella ricerca della verità e di tutti quei valori che lo avviano al percorso della perfezione morale. Per la pedagogia personalistica cristiana "educare" significa fondamentalmente *educere* (trarre fuori), ma anche *educare* (coltivare) ciò che la persona umana strutturalmente e ontologicamente è: corporeità, intelligenza, volontà, coscienza morale, socialità, religiosità. Pertanto il compito dell'educatore è quello di promuovere i "germi", le capacità, oggi diremmo, con Sen e Nussbaum, le *capabilities*, che ogni persona possiede già alla sua nascita e che porta con sé sul piano fisico, morale, sociale e religioso, capacità, costitutive della vita e che, se portate alla realizzazione, rendono la stessa pienamente umana[26]. Il fine primario dell'educazione che ingloba tutti gli

---

Gesù, dove si è manifestato il suo amore pienamente affidabile, capace di vincere la morte. Allo stesso tempo, però, poiché Cristo è risorto e ci attira oltre la morte, la fede è luce che viene dal futuro, che schiude davanti a noi orizzonti grandi, e ci porta al di là del nostro "io" isolato verso l'ampiezza della comunione» (ivi, n. 4).

[24]Cfr. M. MANGANELLI, *Persona e personalità nell'antropologia di Antonio Rosmini. Linee di una apologetica del cristianesimo*, Milano, Marzorati, 1967.

[25]Cfr. A. ROSMINI, *Regole Comuni*, n. 20, in ID., *Regole dell'Istituto della Carità*, a cura dei Padri Rosminiani, Bellinzona, Bertolotti, 1883, pp. 296-297.

[26]Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Capacità personale e democrazia sociale*, Reggio Emilia, Diabasis, 2007, in particolare p.111. La stessa filosofa afferma che «una vita a cui venga negata una qualunque di queste possibilità, non importa quale, dovrebbe essere considerata deficitaria, al punto di perdere il suo carattere 'umano'» (ivi, p. 142); cfr. anche A. SEN, *Commodities and Capabilities*, Amsterdam, North

altri fini, è il continuo perfezionamento interiore e personale, morale, la piena e integrale formazione che si realizza favorendo e potenziando la spontanea e armonica maturazione di tutte le capacità del discente. In tutta la filosofia e la pedagogia di Rosmini riaffiora chiaramente la *paideia* platonica che salda in perfetta unità "verum", "bonum" e "pulchrum" (verità, bontà, bellezza), supportata dalla concezione agostiniana dell'*ama et fac quod vis* e della *veritas habitat in interiore homine*[27]. Per il filosofo roveretano dunque la finalità precipua dell'educazione è quella della formazione della persona umana nella sua integralità. Una persona intesa come unità di intelligenza e carattere, come persona morale, spirituale e libera, chiamata ad un destino di salvezza oltre la vita. Rosmini è deciso quando afferma che lo spirito dell'uomo va educato a ritenere essenziale e necessario l'amore di Dio, va educato a riconoscere Dio come principio ordinatore di tutte le cose e tutte le cose come quelle che da lui devono essere ordinate. Tale pedagogia influenzerà poi tutta la pedagogia del primo Novecento in particolar modo il personalismo di Stefanini[28].

Rosmini è piuttosto critico per quanto riguarda il criterio di facilità che deve adottarsi nel processo educativo perché ritiene che l'educatore faccia bene ad adoperarlo per il modo di esprimersi e la chiarezza delle idee, ma diventa pericoloso quando viene applicato all'apprendimento. È vero che non si devono affaticare le menti dei fanciulli ma nel campo della conoscenza della verità, in particolare della verità morale, il semplificarla togliendo tutto ciò che appare difficile, la impoverisce e la distrugge. Invece le grandi verità trasmesse ai fanciulli, anche se immediatamente da loro non comprese, sono il seme che si svilupperà nel corso della loro vita e diverrà gradualmente luce e verità della loro intelligenza. Infatti la natura delle verità morali ha una certa

> profondità inesauribile che col primo sguardo non si attinge, per cui è necessario insistere sopra ciascuno […] e così gradualmente si arriva a comprendere la natura intima di tale verità, la quale non è mai abbastanza investigata da non avere ancora nel suo fondo qualcosa così segreto e misterioso da incutere alla mente indagatrice riverenza e virtuosa curiosità[29].

Holland, 1985; ID., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, Mondadori, 2011, pp. 116-149.

[27]Non si dà educazione, se non come accompagnamento del soggetto a riflettere e a una progressiva capacità di stare-rientrare in se stesso. Risuona, per Rosmini, molto efficace l'invito di Agostino «noli foras ire, in te ipsum redi, in interiore homine habitat veritas» (D.BASSI (a cura di), *De vera religione*, Firenze, Testi Cristiani, 1930, XXXIX, 72). Sul concetto di verità di Rosmini in rapporto con Agostino, cfr. P. PRINI, *Rosmini postumo*, Stresa, Sodalitas, 1999, in particolare p. 64. Per un approfondimento dell'idea di libertà in S. Agostino, cfr. A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., n. 592, pp. 333-334.

[28] Cfr. L. STEFANINI, *Il personalismo educativo*, Roma, Bocca, 1955. Cfr. anche U. MURATORE, *Idea di persona in Antonio Rosmini*, in AA.VV, *Rosmini e Stefanini. Persona, Etica, Politica*, Atti del II Convegno della Fondazione "Luigi Stefanini" (settembre 1997), Milano, Prometheus, 1998.

[29] A. ROSMINI, *Unità dell'educazione*, in SP2, cit., pp. 38-39.

Per un processo educativo efficace è necessario che ci siano gli uomini migliori, dice Rosmini, perché non è cosa così leggera possedere le chiavi del cuore umano e quantunque questo cuore nei fanciulli sia tenero e semplice, tuttavia è sempre un cuore umano con le sue inclinazioni, le sue pieghe, i suoi misteri. Per metterci le mani ci vogliono uomini colti, preparati e dotati di esperienza[30]. Secondo il roveretano va prestata molta attenzione a tutto il progetto di formazione della persona[31] dai suoi primi anni fino all'Università, progetto che deve essere fondato sulla legge naturale dell'arte dell'educare la quale vuole «che l'uomo si formi, e poi si adoperi»[32]. Nel volere il bene, la volontà, secondo Rosmini, uscita dallo stato di minorità, gioca un ruolo importante, fortificato dalla ragione, «ond'essa diviene autrice delle azioni dell'uomo: niente si dee fare nel suo regno, se non di suo volere e consenso: e il suo volere e il suo consenso, non dee essere che per la giustizia e la virtù»[33]. In virtù della sua concezione della giustizia (dare a ciascuno il suo), Rosmini conia la prima massima: *Desiderare unicamente e infinitamente di piacere a Dio, cioè di essere giusto*[34]. L'uomo deve agire rettamente per essere giusto e testimoniare la verità attraverso gli atti umani, come peraltro afferma Wojtyła che la persona si rivela attraverso l'atto[35] e per Rosmini: «Umano dicesi l'atto proprio dell'uomo: quello che l'uomo fa colle potenze che sono di lui solo, non comuni a' bruti. Le potenze dell'uomo solo, non comune a' bruti, sono l'intelletto e la volontà»[36]. Rosmini vuole recuperare il significato della pedagogia del divino maestro attraverso un cammino di responsabilità, perché amare è voler bene, e «non si può voler un bene infinito all'amato, se chi ama non conosce o non ha alcun bene infinito da comunicare»[37].

3. La persona è in Rosmini il punto di convergenza di tutte le attività umane e va considerata nella sua complessa integrità e mai divisa in natura umana, natura intellettiva, natura spirituale o, peggio ancora, in un negativo e separatore dualismo di anima e corpo. Non si può frantumare o dividere questa integrità, per questo il filosofo roveretano è contro tutti coloro che tendono a mettere in luce solo la natura umana o corporale dell'uomo, rendendolo così un oggetto senz'anima, sia contro coloro che fideisticamente chiudono la persona dell'uomo in una spiritualità disincarnata che, invece, è ricca di passioni, di sentimenti, di aspirazioni intellettive,

[30] Cfr. Ivi, pp. 40-45.
[31] Cfr. Ivi, pp. 47-64.
[32] Ivi, p. 48.
[33] A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., p. 390.
[34] Cfr. A. ROSMINI, *Massime di perfezione cristiana*, a cura di Alfeo Valle, Roma, Città Nuova, 1976, pp. 37-40.
[35] Cfr. K. WOJTYŁA, *Persona e atto*, tr. it., Milano, Bompiani 2001/2005.
[36] A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., p. 322. Il filosofo di Rovereto poi specificherà che l'intelletto «non è meramente una potenza, ma di più egli è un elemento costitutivo dell'umana essenza» (ivi, p. 299).
[37] A. ROSMINI, *La perfezione della vita cristiana*, a cura di C. BERGAMASCHI, Stresa, Edizioni Rosminiane, 2010, p. 115.

umane e sociali. Rosmini parla della persona come "soggetto intelligente" e, con una definizione più esplicita, specifica che «si chiama persona un individuo sostanzialmente intelligente, in quanto contiene un principio attivo, supremo ed incomunicabile»[38]. Il filosofo roveretano considera la persona un essere reale, un individuo esistente e concreto, un essere intelligente che possiede la luce dell'intelletto per conoscere il mondo e salire verso l'infinito. È anche un principio attivo, un essere morale, comprendente sia le attività che partono dalla persona sia quelle che riceve dal mondo esterno[39]. La persona è anche un principio supremo che non dipende da altri principi ed è incomunicabile nel senso che non può cedere parte di se stessa, senza «cessar di essere quell'individuo ch'egli era prima»[40]. Rosmini afferma che nell'uomo «il principio, il punto più elevato dell'esistenza, non è veramente sensitivo anzi egli è propriamente intellettivo, e il sensitivo non gli è aggiunto che come un cotale istrumento, come un suddito, come un mezzo al suo fine, come materia di cognizione»[41]. Se un individuo non *intende* e non *opera*, non ha una "volontà intelligente", non è persona. Se tale individuo ha solo il principio sensitivo, non fa parte degli uomini. È grazie alla volontà intelligente, elemento tipicamente personale nell'uomo, che egli «diventa autore delle sue proprie azioni. L'elemento personale è adunque qualche cosa di eccelso: la sua dignità dee rispettarsi, essa non può mai essere sacrificata a libido di chicchessia»[42].

Poiché il principio supremo di personalità è la volontà intelligente e dunque la libertà, Rosmini può affermare che la sede della libertà giuridica è la persona umana. Infatti la libertà personale costituisce la fonte originaria di tutte le altre libertà, da quella civile a quella religiosa a quella politica. Forte è nel personalismo di Rosmini il legame tra il soggetto e la verità, quella verità che, evangelicamente, ci rende liberi. Scrive Rosmini: «La dignità dell'elemento personale consiste unicamente in questo, ch'egli è quell'elemento, pel quale l'individuo può aderire in tutto se stesso alla verità, all'essere in tutta la sua pienezza contemplato oggettivamente»[43]. Emerge chiaramente come per Rosmini la persona è una realtà ontologicamente costituita su

---

[38] A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., n.832, p.461.

[39]Per comprendere come nasce nell'uomo la moralità, cfr. A. ROSMINI, *Trattato della coscienza morale*, Roma, Città Nuova, 2012, in particolare pp. 60-63.

[40] A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., nn. 834-836, pp. 461-462.

[41] Ivi, n. 838, p. 462.

[42] A. ROSMINI, *Filosofia della politica*, a cura di M. D'ADDIO, Milano, Marzorati, 1972, p.140.

[43] Ivi, p.138. La dignità è l'eccellenza infinita della persona, per la qualcosa essa ha ragione di fine e merita di per sé amore, deriva da un elemento divino che la trae fuori dai suoi confini aprendola all'infinito: «È l'essere universale che sta presente alle nature razionali e che le illumina, questo elemento, che è manifestamente una scintilla del fuoco divino […], quest'idea – l'idea dell'essere lume dell'intelligenza – per la sua universalità perfetta ha un'estensione infinita, e rende il soggetto che la possiede di una capacità infinita. Per questa idea nell'uomo si ammira una singolare contrarietà di natura per la quale egli ci si mostra manifestamente un essere limitato ed ora ci s'ingrandisce e ci apparisce come infinito: egli è veramente un misto di finito e d'infinito» (A. ROSMINI, *Principi della scienza morale*, a cura di U. MURATORE, vol. 23 dell'ed. naz. crit., Roma, Città Nuova, 1990, p. 114).

una pluralità di piani ontici ed aperta al trascendente. La persona è certamente un dato ontologico, ma la moralità è un compito che si realizza progressivamente e attraverso un dinamismo spirituale che sempre più si perfeziona nel dinamismo dell'amore dell'essere e in tensione continua verso l'infinito.

Certamente oggi la filosofia di Rosmini costituisce un punto saldo di riferimento che, in un tempo come il nostro, dominato da relativismo e nichilismo, può indicare sicure piste di orientamento e solidità alla vita morale attraverso il riconoscimento di principi universali. Si tratta di

> confrontare i problemi morali del nostro tempo, scrive Rigobello, con quel nucleo genetico problematico del pensiero rosminiano […]. Nella situazione interrogativa in cui Rosmini si poneva intorno al pensiero soggettivistico del suo tempo, possiamo trovare analogie con le nostre istanze di ripresa di un discorso morale fondato, di disciplina razionale dell'esistenza, di una disciplina normativa della vita morale alla luce dell'idea dell'essere. La situazione da cui emergono queste istanze […] è la radicalizzazione nichilistica del tramonto della metafisica, dell'ambiguità della dimensione ontologica, della decostruzione dello stesso soggetto. Non si tratta più di reagire al relativismo soggettivistico, ma addirittura di ritrovare l'identità e la consistenza della stessa soggettività[44].

Rosmini è strenuo difensore della persona e della sua dignità perché essa è l'unico soggetto che possiede quel principio supremo, sublime, attivo, cioè è dotato di volontà intelligente, che nessun'altra creatura possiede. Difendere l'intelligenza dell'uomo, l'autonomia e l'indipendenza del pensiero, l'essere reale, ideale e morale, significa difendere l'autonomia della persona umana.

Il filosofo roveretano mette in guardia dal pericolo del "guasto" del principio supremo perché ciò porterebbe alla perdita dell'uomo e della sua dignità; e per evitare tale perdita è necessario l'impegno etico degli uomini di cultura, dei giuristi, dei politici, dei filosofi e di quanti lavorano per il bene della persona e della comunità. Se si evita il "guasto" e la "perdita" del principio supremo si salva l'uomo e quindi la persona. Illuminanti sono a riguardo le parole di Rosmini che così afferma:

> Essendo dunque il principio attivo supremo dell'uomo quello in cui solo tiene la sua sede tanto il peccato e l'ingiustizia, quanto la santità e la giustizia; guasto e perduto il principio supremo, è guasto e perduto l'uomo; salvato il principio supremo è salvato l'uomo […]. Sanata la *persona* è sanato l'uomo; eziando che rimanga non interamente sanata la *natura* dell'uomo; qualsivoglia in ordinazione nella natura umana non pregiudica all'uomo perché essa non giunga a corrompere la sua persona[45].

---

[44] A. RIGOBELLO, *Ripensare oggi la prospettiva etica di Antonio Rosmini e Luigi Stefanini*, in AA.VV, *Rosmini e Stefanini, Persona, Etica, Politica*, Atti del II Convegno della Fondazione "Luigi Stefanini" (settembre 1997), Milano, Prometheus, 1998, pp. 143-144. Sulla validità del personalismo rosminiano oggi, cfr. C. RIVA, *Attualità di A. Rosmini*, Roma, Studium, 1970.

[45] A.ROSMINI, *Opuscoli morali*, a cura di R. Bessero Belti, Padova, Cedam, 1965I, p. 198.

La persona, dunque, è sede di intelligenza e luce divina, di libertà e di volontà ed è sede non solo del principio attivo supremo al quale sono collegati tutti gli altri derivanti della natura umana, bensì di tutte le attività umane. In particolare essa è sede e fonte del diritto e, avendo in sé tutti i costituitivi del diritto, «è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto»[46]. Dal momento che la persona è sede e fonte del diritto, mentre lo Stato è solamente il tutore di tali diritti, nessuna lesione sociale, morale, giuridica, politica può essere fatta alla persona. Si ha «lesione dei diritti umani, scrive Rosmini, ogni qualvolta vi è attentato di turbare o di danneggiare le innate facoltà, la persona o la natura umana»[47]. Rosmini spiega che si verificano le lesioni contro la persona ogni qualvolta si attenta alla libertà personale, quando si spoglia l'uomo della volontà ostacolando il suo diritto alla conoscenza e inducendolo nell'errore; quando si spoglia l'uomo della virtù e dell'appagamento della felicità[48].

La persona è dunque sorgente di diritto, fonte unica di diritto e di diritti innati e acquisiti; essa è il diritto stesso. Dire essenza del diritto significa che quell'essenza è anche sempre «il principio e il fonte di tutte le altre cose della medesima specie»[49]. Rosmini tiene infine a sottolineare che la dignità della persona viene da Dio, da cui ha ricevuto il "lume" dell'intelligenza e verso cui deve tendere come fine indefinito "sublimissimo".

4. Rosmini insiste sull'unità del metodo e a tal proposito afferma che come è necessario ricondurre ad unità la molteplicità degli oggetti che concorrono all'intera formazione dell'uomo, altrettanto deve essere per il metodo. E il metodo deve operare sulle tre parti dell'uomo: intelletto, cuore e vita. L'intelletto deve trovare il cuore che gli risponda, e dal cuore deve procedere ogni virtù per abbellire la vita. Nel 1839 si accinse a scrivere un Trattato che spiegasse un metodo per poter efficacemente educare; tale opera dal titolo *Del principio supremo della metodica e di alcune sue applicazioni in servigio dell'umana educazione*, aveva il fine di indagare sul metodo specifico con cui la pedagogia diviene "arte dell'educare". Questo metodo è «il metodo espositivo, che insegna a comunicare agli altri nel modo migliore le nostre cognizioni»[50].

---

[46] A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Padova, Cedam, 1967, I, n. 52 p.192.
[47] Ivi, I, n.86, p. 198.
[48] Cfr. Ivi, nn. 101-127, pp. 201-209.
[49] Ivi, I, n. 50, p. 191. Nella persona dunque ci sono elementi fondamentali che la costituiscono e che sono al tempo stesso inscindibili, come il corpo e lo spirito, la natura e l'anima intelligente, l'intervento umano e l'intervento di Dio. Rosmini afferma che è costante sentenza «dell'ecclesiastica tradizione quella che afferma aver Dio in creando il primo uomo posto gl'immutabili costitutivi della natura umana. Ora uno di questi costitutivi si è che ogni individuo dell'umana natura intuisca l'essere. Collo stesso soffio dunque […] pose in pari tempo ed effettuò questa legge che 'l'essere ideale sia manifesto ad ogni nuovo individuo dell'umana specie'. La moltiplicazione degli umani individui volle che avvenisse per l'opera dell'uomo stesso mediante la generazione» (A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, cit., n. 831, p. 460).
[50] A. ROSMINI, *Del principio supremo della Metodica e di alcune sue applicazioni in servigio*

Rosmini si preoccupa di come l'educatore deve insegnare, perché non basta che ci sia intelligenza e amore per i fanciulli, ma vuole suggerire come i maestri devono agire per mettere in pratica i metodi, perché un maestro o un educatore è chiamato ad usare le regole di questo metodo, ordinandole e semplificandole, per educare la gioventù[51].

Non basta conoscere e applicare queste regole. Ritiene necessario ordinarle, trovarne la connessione e la subordinazione, risalendo al primo supremo principio da cui le altre regole dipendono: si tratta di trovare la legge della gradualità educativa. Rosmini ritiene utile un metodo di insegnamento che tenga in considerazione, per quanto riguarda i contenuti, le varie fasce di età di fanciulli e quindi la loro possibilità di apprendere, e che al tempo stesso non separi le diverse discipline, ma favorisca una interconnessione dei saperi, ciò che noi oggi chiamiamo interdisciplinarità. Scrive Rosmini: «Le materie dovrebbero essere perfettamente concatenate tra loro, sicché il piano degli studi presentasse una perfetta unità, giacché l'istruzione enciclopedica o frammentaria è atta a formare dei saccenti ma non degli uomini ben istruiti»[52]. Si rende necessario oggi più che mai comprendere e studiare più a fondo il pensiero rosminiano, come già fece nel lontano 1916 Giovanni Gentile in una ristampa di un'antologia di *Scritti pedagogici*, tra cui anche l'*Unità dell'educazione* che così

---

dell'umana educazione, n. 6, in SP1, cit., p. 22. Rosmini parla, oltre che del *metodo espositivo*, anche di un *metodo polemico*, che insegna a difendere le nostre cognizioni e di un *metodo critico*, che insegna a separare ciò che è vero da ciò che è falso; questi sono i primi tre metodi che presiedono agli uffici della mente verso le verità conosciute (cfr. ivi). Poi il filosofo roveretano distingue altri tre metodi che chiama *dimostrativo* (per le esatte dimostrazioni), *induttivo* (che parte da ciò che si conosce per arrivare a ciò che ancora non si conosce) e *percettivo-induttivo* (che non si accontenta dei dati, ma cerca dati nuovi). Questi sono i tre metodi che presiedono agli uffici della mente verso le verità da conoscersi. Quest'ultimo metodo è quello di Bacone, a cui si devono gli immensi progressi fatti dalla Fisica nei tempi moderni (cfr. ivi).

[51]Cfr. ivi, n. 8, p. 25.

[52] A. ROSMINI, *Della libertà d'insegnamento*, in SP2, cit., p. 166. Anche Mounier afferma che negli istituti dove si trovano riuniti i maestri di diverso orientamento ideologico questi ultimi non siano dei distributori di materie giustapposte le une alle altre ma prendano coscienza in modo sempre più completo della loro persona dietro la loro funzione, e si rendano conto della necessità di formare tra di loro una comunità educativa, al fine di ordinare il loro insegnamento» (E. MOUNIER, *Manifeste au service du personnalisme*, in «Oeuvres», Paris, Editions du Seuil, 1961-1963, p. 555). La prima funzione della scuola deve essere quella di insegnare a vivere e non di accumulare solo conoscenze per questo Mounier si oppone ad «ogni registro totalitario della scuola, che invece di preparare progressivamente la persona all'uso della libertà e al senso delle sue responsabilità la isterilisce già in partenza piegando il fanciullo alla cupa beatitudine di pensare mediante delega, di agire per parola d'ordine e di non avere altra ambizione che quella di essere sistemato, tranquillo e considerato in un mondo soddisfatto» (*ibidem*). Sulla valenza pedagogica delle discipline, cfr. P.L. GROSSMAN, *The making off a Teacher: Teacher Knowledge and Teacher Education*, New York, Teachers College Press, 1990; cfr. anche S. BROWN-D. MCINTYRE, *Making Sense of Teaching*, Buckingam (England), Open University Press, 1993. È necessario che l'istruzione e l'educazione siano modulate a seconda delle professioni e destinazioni in modo che i fanciulli possano trovare risposte concrete all'esigenze e bisogni della loro vita (cfr. A. ROSMINI, *Della libertà d'insegnamento*, cit.) e relativamente al metodo è necessario che le lezioni siano presentate non secondo la preparazione dell'uomo dotto ma seguendo lo sviluppo naturale dell'intelligenza del fanciullo.

presentava: «[…] spogliato delle sue forme contingenti, il pensiero svolto dal Rosmini in questo scritto è profondamente vero oggi come nel 1826, quando fu scritto: vero per i cattolici e per i non cattolici, e perfino per coloro che si credono di non credere in nessun Dio»[53].

Risulta alquanto singolare il fatto che gli scritti riuniti sotto il titolo *Della libertà d'insegnamento* siano composti in stile giornalistico e giuridico che, a partire dalla nozione e fondamento giuridico della libertà d'insegnamento, trattano temi riguardanti il diritto-dovere di insegnare e di apprendere.

Stabilito che la libertà di insegnamento è «l'esercizio non impedito della propria potenza di insegnare in modo onesto e inoffensivo»[54], Rosmini afferma che i diritti di insegnare e imparare sono anteriori ad ogni legge civile[55]. Il diritto di insegnare non esiste se «non alle seguenti condizioni: 1 che ci sia scienza in colui che insegna; 2 onestà in ciò che insegna; 3 inoffensività nel modo di insegnare»[56].

Quindi passa ad esaminare chi sia il titolare di questo diritto e quale titolarità ne abbia e come debbano interagire tra di loro. A tale proposito individua sei titolari: 1) la Chiesa cattolica, 2) i dotti, 3) i padri di famiglia, 4) coloro che economicamente mantengono istitutori e maestri, 5) la Provincia e i comuni, 6) il Governo Civile.

Se quelli che insegnano non riconoscono l'autorità della morale ciò che insegnano non è onesto, falsano il concetto di libertà e «alla libertà vera sostituiscono una *libertà bastarda* d'insegnare tutto ciò che di erroneo può cadere in un cervello disordinato, e che di perverso può ascendere da un cuore corrotto»[57].

Il concetto di libertà attraversa costantemente le riflessioni di Rosmini: da *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa* alla *Teodicea*, il valore della persona e della sua libertà può essere considerato il filo conduttore di tutta la sua produzione. Il roveretano parla di "civilissima religione del Cristo" perché posta a fondamento della libertà in tutte le sue forme, una libertà che è essa stessa fondamento di civiltà, sottolineando che senza un fondamento religioso gli stessi diritti dell'uomo sarebbero privi di una base solida. La libertà di educazione deve essere anche libertà della Chiesa di insegnare. «La Chiesa Cattolica ha un dovere e diritto divino d'ammaestrare, universalmente tutti, e governati e governi»[58].

Rosmini si sofferma poi sui doveri dei governi civili riguardo al diritto-dovere dei dotti circa l'insegnamento e specifica che questi doveri sono tre: 1 di non mettere all'esercizio del loro diritto di insegnare alcun impedimento; 2 concedere loro libertà nella scelta dei metodi che credono migliori; 3 di scegliere nell'insegnamento ufficiale maestri imparziali tra i più dotti[59]. Anche gli stessi padri di famiglia hanno

---

[53] L. PRENNA, *Introduzione*, in A. Rosmini, *Sull'unità dell'educazione*, cit., pp. 213-214.
[54] A. ROSMINI, *Della libertà d'insegnamento*, in SP2, cit., pp. 72-73.
[55] Cfr. ivi, p. 74.
[56] Ivi, p. 75.
[57] *Ibidem*.
[58] Ivi, p. 77.
[59] Cfr. ivi, pp. 83-90.

«dalla natura e non dalla legge civile il diritto di scegliere per maestri ed educatori della loro prole quelle persone nelle quali ripongono maggior competenze»[60]. Entrando più nello specifico Rosmini afferma che questo

> diritto generale contiene i diritti speciali seguenti: 1 di fare educare i loro figlioli in patria o fuori, in scuole ufficiali o non ufficiali pubbliche o private, come stimolano meglio al bene della loro prole; 2 di stipendiare appositamente quelle persone nelle quali esse credono di trovare maggiore probità, scienza e idoneità; 3 di associarsi ad altri padri di famiglia istituendo scuola dove mandare in comune i loro figliuoli[61].

Tradotto nel linguaggio corrente della politica, queste indicazioni di Rosmini possono sintetizzarsi in due parole significative: "la buona scuola", per usare un'espressione dell'attuale governo, facendo riferimento alla riforma scolastica che vuol varare per rispondere ai nuovi bisogni di educazione-formazione della nostra società. Tuttavia, avverte Rosmini «la forma costituzionale, se non offende la libertà giuridica di nessuno, se rispetta, se tutela i diritti di tutti, sarà amata da tutti: la cosa è naturale, gli uomini amano il bene che godono e non il male che soffrono»[62].

Lo Stato poi deve rendere effettiva la libertà sia di insegnare sia di apprendere e questo vuol dire garantire la pratica attuazione del diritto di libertà d'insegnamento e del diritto di apprendere in una istituzione pubblica o privata, ponendo la scuola pubblica e privata sullo stesso piano, sollecitando peraltro una costruttiva competizione verso una sempre più crescente qualità dell'istruzione al fine di migliorare la vita dell'uomo. L'istruzione per Rosmini resta una delle maggiori risorse per migliorare l'uomo, ed è significativo che una delle cinque piaghe della Santa Chiesa sia stata indicata nella scarsa formazione del clero con l'abdicazione dei vescovi dal loro primario ufficio di maestri. Il Governo civile poi se vuol essere un governo liberale e si crede obbligato a governare secondo principi di libertà, è necessario che consideri «i diritti di tutti i governati come anteriori a' suoi propri»[63]. Un governo civile, che ha per suo principio la libertà «ha tre doveri verso di tutti: 1 di non offenderli, o diminuirli, né per mezzo di leggi, né in altro modo; 2 di tutelarli; 3 di proteggerli e aiutarne l'esercizio»[64].

Il processo educativo deve essere dunque un percorso che conduce a una maggiore maturità umana e sociale avendo sullo sfondo i principi morali. La

---

[60] Ivi, p. 92.
[61] Ivi, pp. 92-93. «Primieramente anche i genitori devono rispettare ne' loro figlioli i diritti connaturali agli uomini tutti, diritti inalienabili e assoluti» (ivi, p. 93).
[62] Ivi, p. 99.
[63] Ivi, p. 116.
[64] Ivi, p. 117. Rosmini specifica pure che «il Governo deve guardarsi dal pericolo che le elezioni e le promozioni de' maestri […] non siano fatte per via delle consorterie: non ci vogliono né consorterie metodistiche né consorterie universitarie, né consorterie di maestri, né altra generazione di consorterie. Se il Governo civile abbandona fiaccamente in mano a certe consorterie le elezioni degli istitutori ufficiali […] la giustizia distributiva è bella sacrificata all'interesse della consorteria stessa […] e l'insegnamento stesso si dissecca e si isterilisce in un circolo vizioso» (ivi, p. 92).

formazione deve partire dall'educazione alla giustizia, alla bellezza, alla bontà, e i giovani vanno educati alla libertà, alla costante applicazione dei criteri di giudizio morale per giudicare la realtà. Il diritto può essere «obbedito e così ordinare la società solo se il suo fondamento ultimo riposi su valori etici e sociali primo fra tutti la giustizia»[65].

[65]*Ibidem*. Anche Aldo Moro affermò profeticamente che il destino dell'uomo è di «avere perpetuamente della giustizia fame e sete» (A. MORO, *Lo Stato*, Padova, Cedam, 1943, p. 7).

Ivan Ingravallo

OSSERVAZIONI SULLA VICENDA DELL'ILVA ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*

ABSTRACT	
Lo scritto esamina le molteplici problematiche di diritto dell'Unione europea sollevate dai più recenti interventi legislativi relativi allo stabilimento ILVA di Taranto. L'autore ritiene che la legislazione italiana adottata sia conforme al diritto dell'Unione europea. Con riferimento alla materia ambientale, occorre attendere la prassi successiva per capire se troverà conferma la volontà manifestata di adempiere agli obblighi europei.	The essay examines the many EU Law issues raised by the most recent regulatory actions concerning the ILVA plant in Taranto. The author argues that the Italian legislation complies with EU Law. Regarding the environmental matters it is necessary to wait for the next practice in order to evaluate the effective willingness to meet the EU rules.
Materia ambientale – acciaieria Ilva – diritto dell'UE	**Environmental matter – Ilva steel plant – EU law**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La compatibilità del decreto ILVA con la normativa europea in materia di aiuti di Stato. – 3. Il rispetto della normativa di diritto europeo in materia ambientale. Il diritto di rivalsa da parte dello Stato. – 4. *Segue*: il rispetto della normativa europea sui rifiuti. – 5. Le condanne contro l'Italia per violazioni alla normativa ambientale UE, con riferimento anche all'ILVA di Taranto. – 6. *Segue*: la procedura di infrazione in corso, relativa specificamente all'ILVA di Taranto. – 7. Il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti degli enti pubblici territoriali.

1. Negli ultimi anni è emersa con sempre maggiore evidenza la gravissima situazione di inquinamento ambientale prodotta in conseguenza del funzionamento dello stabilimento siderurgico ILVA di Taranto – il più grande in tutto il territorio

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

dell'Unione europea – in violazione della normativa italiana ed europea in materia ambientale, come emerso anche in occasione delle vicende giudiziarie attualmente pendenti. Questo è anche accusato di essere alla base di alcune gravi patologie (come quelle tumorali e quelle dell'apparato respiratorio) che hanno colpito con maggiore frequenza la popolazione del capoluogo jonico e delle zone limitrofe allo stabilimento[1].

In questa vicenda mostra in tutta la sua drammaticità la difficoltà di conciliare il diritto all'ambiente e alla salute con quello al lavoro[2], considerato che lo stabilimento ILVA e il suo indotto impiegano diverse migliaia di lavoratori, provenienti dall'area jonica, ma non solo. Per di più, ciò è avvenuto nel contesto della più ampia crisi economica, che colpisce anche il settore dell'acciaio e che, nella città di Taranto, ha "mietuto" altre vittime, come le attività legate al funzionamento del porto, molte delle quali versano in uno stato di profonda difficoltà.

Per far fronte alla drammatica situazione dell'ILVA di Taranto negli ultimi anni il governo ed il parlamento italiano hanno approvato numerosi atti legislativi, spesso adottati d'urgenza, ai quali si aggiungono i provvedimenti decisi dalla Regione Puglia[3]. Tra gli atti normativi di livello nazionale ricordiamo, in particolare, il decreto-legge del 3 dicembre 2012, n. 207 (convertito con la legge del 24 dicembre 2012, n. 231, "Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale"), quello del 4 giugno 2013, n. 61 (convertito con la legge del 3 agosto 2013, n. 89, "Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale") e il successivo decreto del Presidente del Consiglio del 14 marzo 2014.

Nel 2015 il governo ha approvato il c.d. "decreto ILVA" – il decreto-legge del 5 gennaio 2015, n. 1, integrato e convertito dal parlamento con la legge del 4 marzo 2015, n. 20, che è intitolato "Disposizioni urgenti per l'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo della città e dell'area di Taranto" – e, da ultimo, il 4 luglio 2015, il decreto-legge n. 92, dedicato a "Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale". Si segnala

---

[1] Per una valutazione interdisciplinare v. A.F. URICCHIO, G. CHIRONI, *Effetti dell'inquinamento atmosferico sulla salute: dalle metodologie europee alla legislazione nazionale e regionale in materia di valutazione del danno sanitario*, in A.F. URICCHIO (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, Cacucci, Bari, 2014, p. 349 ss.

[2] V., per un'attenta analisi a tal riguardo, il contributo di M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 1017 ss.; e quello di A. RICCARDI, *Il "caso Ilva": lavoro e salute ai tempi dell'emergenza*, in A.F. URICCHIO (a cura di), *op. cit.*, p. 245 ss.

[3] Per un'analisi aggiornata al 2013 v. A.F. URICCHIO, *Emergenze ambientali nell'area di Taranto: le risposte del mondo scientifico, gli interventi della legislazione d'urgenza, i possibili incentivi fiscali per le bonifiche*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2013, p. 731 ss., reperibile *online*.

peraltro che quest'ultimo decreto-legge – oggetto di un immediato ricorso alla Corte costituzionale da parte del gip di Taranto –, non è stato ancora convertito in legge, né probabilmente lo sarà, considerato che il suo nucleo fondamentale, rappresentato dall'art. 3 ("Misure urgenti per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti oggetto di sequestro giudiziario"), è stato inserito dal governo, quale art. 21-*octies*, nella legge 6 agosto 2015, n. 132, di conversione del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria[4].

Il presente contributo intende affrontare le problematiche di diritto dell'Unione europea sollevate dalla normativa approvata dalle autorità italiane in merito alla situazione dell'ILVA, con particolare riferimento al decreto-legge del gennaio 2015 e alla successiva legge di conversione. Tra i numerosi aspetti cui essi hanno riguardo, di seguito l'attenzione sarà dedicata a tre profili rilevanti per il diritto dell'Unione europea: la compatibilità della disciplina in essi prevista con la normativa europea sugli aiuti di Stato; l'esigenza di rispettare la normativa ambientale europea, specie quella in materia di gestione dei rifiuti e delle emissioni inquinanti; l'integrazione della disciplina italiana con riferimento al diritto di rivalsa dello Stato nei confronti di una delle sue articolazioni amministrative qualora la violazione del diritto dell'Unione europea, determinata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia ad essa imputabile (nel caso di specie, il riferimento è agli enti territoriali).

2. Come accennato, il primo profilo da considerare riguarda la conformità del decreto-legge n. 1/2015 con le regole europee che vietano gli aiuti di Stato alle imprese, in considerazione della circostanza che questi incidano sugli scambi intracomunitari e abbiano effetti distorsivi della concorrenza[5].

È ampiamente noto che la nozione di aiuto di Stato inserita nei Trattati – l'art. 107 TFUE dichiara che sono incompatibili con il mercato interno "gli aiuti concessi dagli Stati […] sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza" – è stata sviluppata e meglio determinata dalla Commissione e dal Consiglio, con il contributo decisivo della Corte di giustizia al fine di definirne con precisione i contorni. Si tratta ad ogni modo di una nozione

[4] Questo modo di procedere del Governo lascia perplessi, ancor più perché la legge di conversione del decreto n. 83/2015 è stata approvata con voto di fiducia. Allo stesso modo, l'art. 1 del decreto-legge n. 92/2015 è stato inserito in fase di conversione del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di enti territoriali, avvenuta con legge 6 agosto 2015, n. 125.

[5] In tema, v. la recente analisi di E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione Europea)*, in *Enc. Dir., Annali*, VI, 2013, p. 19 ss.

molto ampia[6], che non considera rilevanti i motivi alla base dell'erogazione dell'aiuto, ma gli effetti che la misura statale produce sulla concorrenza e sugli scambi intracomunitari[7].

Peraltro è lo stesso art. 107 TFUE, dopo aver posto il divieto di aiuti statali alle imprese, a prevedere talune eccezioni[8]. In alcune circostanze, infatti il divieto non opera e gli aiuti sono considerati *ipso iure* compatibili con il mercato interno: si tratta degli aiuti di carattere sociale concessi ai singoli consumatori e di quelli destinati ad ovviare ai danni provocati da calamità naturali o altri eventi eccezionali. Le vicende dell'ILVA non possono rientrare in quest'ultima categoria, poiché essa riguarda situazioni che esulano dall'ordinaria attività imprenditoriale.

In altri casi è invece possibile attivare una procedura di controllo e autorizzazione preventiva da parte della Commissione, che gode al riguardo di un'ampia discrezionalità[9], con riferimento alla concessione di aiuti, che in questi casi sono definiti "esentabili". Il Trattato indica diverse categorie di aiuti: quelli destinati a favorire lo sviluppo economico di regioni a tenore di vita basso o in cui vi siano gravi forme di sottoccupazione; quelli rivolti a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo o a rimediare a un grave turbamento dell'economia all'interno di uno Stato membro; gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni; quelli per la promozione della cultura e la conservazione del patrimonio. A queste categorie se ne possono aggiungere altre, individuate da una decisione approvata dal Consiglio su proposta della Commissione europea (art. 107, par. 3, lett. e, TFUE) o sulla base di regolamenti approvati dal Consiglio, su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo (art. 109 TFUE).

Con riferimento al decreto ILVA l'acquisizione del controllo dello Stato sull'impianto siderurgico, sotto forma di un'amministrazione straordinaria ai sensi del decreto-legge del 23 dicembre 2003, n. 347, potrebbe apparire come un aiuto pubblico ad un'impresa privata di dubbia compatibilità con le regole europee appena ricordate[10]. Durante la discussione del decreto-legge in Parlamento è stato paventato questo rischio e il Governo è stato sollecitato a richiedere alla Commissione europea di valutare la legittimità di questo intervento, ma ciò non è avvenuto.

---

[6] V. le osservazioni di G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 378 ss.; nonché E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 21 ss.

[7] In tema v. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 313 ss.

[8] V. il commento all'art. 107 TFUE di C. CELLERINO, F. MUNARI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, Giuffrè, 2014, p. 1141 ss.

[9] In tema v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Padova, Cedam, 2012, p. 808.

[10] Né appare rilevante il mero riferimento alla conformità con la normativa europea contenuto nel successivo decreto-legge n. 191/2015, che integra e modifica il decreto ILVA.

Dall'esame del decreto ILVA non emerge in base a quali elementi il Governo abbia ritenuto che l'aiuto concesso fosse compatibile con le regole del diritto dell'Unione europea, né ciò è ricavabile dalla documentazione e dalla discussione che lo hanno accompagnato in sede di conversione in legge. La Commissione, infatti, ha dichiarato che gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione di imprese in difficoltà nell'industria siderurgica sono incompatibili con il mercato comune[11].

Forse l'unica strada percorribile al fine di ritenere fondato l'intervento statale a sostegno dell'ILVA può essere quella di considerare il profilo ambientale, rispetto al quale la disciplina di diritto europeo in tema di aiuti di Stato stabilisce talune eccezioni al divieto[12]. Come detto, il decreto ILVA è finalizzato ad intervenire nei confronti di una grave emergenza ambientale e, sotto questo profilo, esso appare legittimo in base a quanto dispone il regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014. Si tratta dal c.d. regolamento generale di esenzione per categoria, il quale dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato[13].

Il regolamento generale del 2014 ha innovato rispetto al precedente regolamento (CE) n. 800/2008, che è stato abrogato nell'ambito della "strategia di modernizzazione degli aiuti di Stato" [14]. L'esperienza acquisita con il regolamento del 2008 ha consentito, con il nuovo regolamento generale di esenzione, di definire meglio le condizioni di compatibilità di talune categorie di aiuto, nonché di ampliare il campo di applicazione delle esenzioni per categoria. Riguardo all'intervento a sostegno dell'ILVA si possono richiamare le disposizioni del regolamento del 2014 relative agli aiuti per la tutela dell'ambiente (artt. 36-49), che sono più numerose e dettagliate rispetto a quelle del precedente regolamento del 2008 (artt. 17-25). L'art. 45 del regolamento n. 651/2014, dedicato agli "Aiuti agli investimenti per il risanamento dei siti contaminati", innova rispetto al regolamento n. 800/2008, che non si occupava di tale questione. Secondo l'art. 45: "Gli aiuti agli investimenti a favore delle imprese che rimediano ai danni ambientali mediante il risanamento dei siti contaminati sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, del trattato e sono esentati dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108, paragrafo 3, del trattato". Questa disposizione, interpretata estensivamente, offre una base giuridica legittima, secondo il diritto europeo, all'intervento finanziario dello Stato italiano a sostegno dell'ILVA.

---

[11] Comunicazione della Commissione su "Aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione e aiuti alla chiusura a favore dell'industria siderurgica", in *GUCE* C 70, 19 marzo 2002, p. 21 s.

[12] Sull'esenzione degli aiuti di Stato per motivi ambientali v. l'importante comunicazione del 2008 della Commissione sulla "Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale", in *GUUE* C 82, 1 aprile 2008, p. 1 ss.

[13] In tema v. E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, Cacucci, 2015, p. 153 ss.

[14] Cfr. 2° 'considerando' e art. 57 del regolamento n. 651/2014.

Un altro profilo da considerare è dato dalla circostanza che l'amministrazione controllata dello Stato è destinata a durare per un periodo di tempo breve. Ciò sembra rendere l'intervento statale deciso con il decreto del gennaio 2015 compatibile con la disciplina di diritto europeo. Inoltre, l'art. 1, co. 4, del decreto ILVA, dopo aver affermato che il commissario straordinario individua, ricorrendo a trattativa privata, l'affittuario o l'acquirente rispettando, tra l'altro, i trattati sottoscritti dall'Italia, stabilisce: "Il canone di affitto o il prezzo di cessione non sono inferiori a quelli di mercato come risultanti da perizia effettuata da primaria istituzione finanziaria con funzione di esperto indipendente". Ritroviamo in questo modo soddisfatto il criterio dell'investitore privato[15], che è utilizzato dalla disciplina di diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo al fine di vagliare la legittimità dell'intervento dello Stato a favore di un'impresa privata[16].

Un espresso richiamo al rispetto delle normativa di diritto europeo è contenuto nell'art. 3, co. 1-*ter*, del decreto ILVA (aggiunto in sede di conversione in legge). Questo dispone che l'organo commissariale dell'ILVA, al fine della realizzazione degli interventi di risanamento ambientale, nonché di quelli per ricerca, sviluppo e innovazione, "è autorizzato a contrarre finanziamenti per un ammontare complessivo fino a 400 milioni di euro, assistiti dalla garanzia dello Stato". Anche sotto questo profilo ci sembra che l'intervento dello Stato a favore dell'ILVA non sia in contrasto con la normativa di diritto europeo che vieta gli aiuti di Stato, non solo per i motivi che giustificano la richiesta di finanziamento, ma anche perché si tratta di risorse che il commissario ILVA dovrà rimborsare, configurandosi quindi la garanzia dello Stato come uno strumento volto a sostenere il pubblico interesse a intervenire a favore di ricerca, sviluppo e innovazione.

3. Il secondo profilo di interesse per il diritto dell'Unione europea che emerge dalla lettura del decreto ILVA riguarda, come ovvio, la questione ambientale. A tal riguardo, sono due gli aspetti da considerare, uno relativo al diritto di rivalsa dello Stato nei confronti di chi cagiona un danno ambientale, l'altro al rispetto della normativa europea sui rifiuti.

Il primo profilo è oggetto dell'art. 3, co. 4, del decreto ILVA, in base al quale: "Resta fermo il diritto di rivalsa da parte dello Stato nei confronti dei responsabili del danno ambientale". Il diritto di rivalsa è ispirato al noto principio di diritto internazionale dell'ambiente "chi inquina paga", secondo il quale il soggetto responsabile dell'inquinamento è tenuto a risarcire il costo per il danno causato[17].

---

[15] G. TESAURO, *op. cit.*, p. 816 ss.

[16] L. DANIELE, *op. cit.*, p. 318 ss.; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato*, cit., p. 24 s.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 635.

[17] In tema v., anche per ulteriori riferimenti, P. SANDS, J. PEEL, *Principles of International Environmental Law*, III ed., CUP, Cambridge, 2012, p. 228 ss.

Questo principio, di cui si discute il carattere generale[18], è però da tempo riconosciuto nel diritto dell'Unione europea (sin dal primo programma d'azione in materia ambientale del dicembre 1973) ed è uno dei quattro principi su cui si fonda l'intera politica ambientale dell'Unione (art. 191, par. 2, TFUE), valorizzato anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia[19].

L'art. 3, co. 4, peraltro, conferma e rende applicabile alla questione dell'ILVA di Taranto quanto è già previsto dall'art. 305 del nostro codice dell'ambiente[20], che riproduce in sostanza l'art. 10 della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Secondo questa disposizione, infatti, qualora si verifichi un danno ambientale e l'operatore non adempia agli obblighi di contenimento e ripristino previsti dalla legge e qualora l'operatore non sia individuabile o non sia tenuto a sostenere i costi, il Ministro dell'ambiente può adottare le misure di contenimento e di ripristino. Le spese saranno oggetto di rivalsa esercitabile nei confronti di chi abbia causato o concorso a causare il danno, entro un termine di cinque anni.

4. I commi 2-*bis* e 2-*ter* dell'art. 4 del decreto ILVA, aggiunti in sede di conversione, riguardano invece il rispetto della normativa europea sui rifiuti che, pur non menzionati nei Trattati europei, sono oggetto di numerosi atti di diritto derivato, in particolare regolamenti e direttive assai precise, emanati a partire dal 1975.

Entrambi la richiamate disposizioni del decreto ILVA fanno riferimento alla direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, ponendosi quindi come una sorta di "testo unico" in materia, con l'obiettivo di sistematizzare e rendere coerente e più chiara la normativa europea sui rifiuti.

In base al co. 2-*bis* del decreto ILVA l'attività produttiva e le attività di gestione dei rifiuti autorizzate in virtù di tale decreto devono rispettare quanto previsto nella direttiva del 2008 che, con speciale riguardo alla gestione dei rifiuti, stabilisce un preciso ordine di priorità gerarchica: prevenzione; preparazione per il riutilizzo; riciclaggio; recupero di altro tipo; smaltimento[21].

Il co. 2-*ter* si occupa di un profilo correlato, in quanto dispone che, al fine di "favorire il preminente interesse al recupero di rifiuti e materiali", nel rispetto di quanto stabilisce la direttiva 2008/98, taluni residui della produzione dell'ILVA possono

---

[18] V., ex multis, l'opinione espressa da A. FODELLA, *I principi generali*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 128; e da F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, il Mulino, p. 48.

[19] In tema v. S. AMADEO, *Art. 191*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1616 ss., spec. p. 1630 ss.

[20] Decreto legislativo del 3 aprile 2006, n. 152.

[21] Cfr. l'art. 4 della direttiva 2008/98, che stabilisce la gerarchia dei rifiuti.

essere recuperati, qualora risultino conformi a quanto dispongono le pertinenti normative italiane (decreto del Ministero dell'ambiente del 5 febbraio 1998) ed europee[22]. A tale ultimo riguardo, rileva il regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche. Si tratta del c.d. regolamento REACH, che ha sistematizzato la normativa di diritto dell'Unione europea sulle sostanze chimiche, contribuendo anche a renderla più comprensibile.

5. L'ultimo profilo da considerare attiene all'aspetto per così dire "patologico" della gestione ambientale dell'ILVA – ma non solo, come vedremo –, riferito alle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia ai sensi dell'art. 258 TFUE per mancato rispetto del diritto dell'Unione europea.

Negli scorsi anni lo Stato italiano è stato già condannato per infrazione della normativa europea, con riferimento anche all'ILVA di Taranto, ma non solo ad essa.

Ci riferiamo, in primo luogo, alla sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 2011, causa C-50/10, *Commissione* c. *Italia*, con la quale il nostro Stato è stato condannato per aver violato gli obblighi di controllo su di esso incombenti in virtù della direttiva 2008/1/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (c.d. direttiva IPPC, nel frattempo sostituita dalla direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali). In particolare, la Commissione lamentava la violazione da parte delle autorità italiane degli obblighi su di esse incombenti in virtù dell'art. 5, par. l, della direttiva 2008/1 (relativo alle condizioni di autorizzazione degli impianti esistenti), non avendo adottato le misure necessarie al controllo, da svolgersi attraverso l'adozione di apposite autorizzazioni ambientali, sulla prevenzione e sulla riduzione integrate dell'inquinamento proveniente da attività industriali. Nonostante la difesa italiana abbia provato a negare l'infrazione della normativa di diritto europeo, affermando di essersi conformata alla direttiva IPPC e adducendo, tra i motivi di ritardo nel rilascio delle autorizzazioni, una errata valutazione da parte delle autorità regionali, la Corte ha ritenuto fondato il ricorso della Commissione e ha condannato l'Italia.

Ricordiamo anche la successiva sentenza di infrazione del 19 dicembre 2012, causa C-68/11, *Commissione* c. *Italia*, dovuta alla circostanza che l'Italia non ha ridotto i livelli di polveri inquinanti, così come previsto dalla direttiva 1999/30/CE del Consiglio, del 22 aprile 1999 (in seguito sostituita dalla direttiva 2008/50/CE), concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il

[22] Uno dei profili maggiormente significativi della direttiva 2008/98 è la scelta di mantenere una chiara distinzione tra il recupero e lo smaltimento dei rifiuti.

biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo[23]. In questa circostanza la Commissione ha contestato all'Italia il mancato abbattimento di concentrazioni di PM10 nell'aria, in 55 aree, tra cui quella circostante l'ILVA di Taranto, in violazione di quanto previsto dall'art. 5, par. 1, della direttiva del 1999. Anche in questo caso la Corte di giustizia ha condannato l'Italia, accogliendo il ricorso presentato dalla Commissione, pur se limitatamente agli anni 2006 e 2007, e respingendo le argomentazioni presentate dallo Stato, tra cui quella per cui il rispetto dei valori limite applicabili alle concentrazioni di PM10, nella misura prevista dalla direttiva 1999/30, sarebbe stato "impossibile da raggiungere" perché avrebbe comportato l'adozione di misure drastiche sul piano economico e sociale[24].

6. Le due sentenze appena considerate riguardano anche l'ILVA di Taranto, ma non sono riferite solo a questa, poiché accertano l'infrazione da parte italiana di obblighi relativi a numerosi siti industriali. È invece tuttora in corso una ulteriore procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, aperta dalla Commissione anche a seguito di sollecitazioni provenienti da cittadini e ONG che operano nella realtà jonica[25], con riferimento specifico alla grave situazione di inquinamento causata dall'ILVA[26].

La Commissione europea, infatti, dopo aver tentato inutilmente di indurre lo Stato italiano a risolvere la situazione di violazione delle norme ambientali europee in via bonaria attraverso il ricorso alla procedura denominata EU Pilot[27] – fondata sulla comunicazione della Commissione del 5 settembre 2007, Un'Europa dei risultati-Applicazione del diritto comunitario, COM(2007)502 def. – il 26 settembre 2013 ha avviato una procedura di infrazione (n. 2177/2013) nei confronti dell'Italia, cui il 16 aprile 2014 ha fatto seguito l'invio di una lettera di messa in mora complementare e il 16 ottobre 2014 l'adozione di un parere motivato. Come è noto, questo costituisce l'ultimo passaggio della fase precontenziosa della procedura d'infrazione, a seguito del quale, se la Commissione fosse ancora convinta della violazione da parte dell'Italia della normativa di diritto europeo con riferimento all'ILVA di Taranto, potrebbe

---

[23] V. il commento di C. SCIANCALEPORE, *La condanna all'Italia per inadempimento degli obblighi in materia di inquinamento ambientale: una lezione a futura memoria*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2013, p. 163 ss.

[24] A questo riguardo, la Corte ha parlato di "argomenti […] troppo generici e imprecisi" prodotti dall'Italia.

[25] Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea del 26 settembre 2013, data in cui ha avviato la procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per l'ILVA di Taranto.

[26] Procedura n. 2177/2013, per violazione del diritto dell'Unione europea in riferimento allo stabilimento siderurgico ILVA di Taranto.

[27] Cfr. il caso 3268/12/ENVI. La pertinente documentazione è consultabile sul sito web dell'ISPRA: www.isprambiente.gov.it.

effettuare il ricorso alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 258 TFUE, al fine di far constatare l'inadempimento del nostro Stato *ex* art. 260 TFUE.

La Commissione contesta all'Italia, attraverso una dettagliata elencazione, numerose inadempienze, riferite in particolare alla violazione di alcune disposizioni della citata direttiva IPPC, fino al 7 gennaio 2014, (art. 3, par. 1, lett. b; art. 14, lett. a) e della direttiva 2010/75 sulle emissioni industriali (art. 8, par. 1), dopo tale data, con particolare riguardo al rispetto dell'autorizzazione ambientale.

La Commissione contesta, inoltre, all'Italia, il rispetto degli articoli 3 e 9 della direttiva IPPC (fino al 7 gennaio 2014) e gli articoli 11 e 14 della direttiva 2010/75 (dopo tale data), in merito, tra l'altro al mancato aggiornamento dell'autorizzazione ambientale nel 2013 e di un'azione a tutela del suolo e delle acque sotterranee.

Secondo la Commissione l'Italia sta violando gli articoli 3, par. 1, lett. b), della direttiva IPPC (fino al 7 gennaio 2014) e 11, lett. c), della direttiva 2010/75 (dopo tale data), con riferimento alla mancata adozione delle misure volte a garantire che le installazioni industriali sia gestite in modo da evitare che si verifichino fenomeni di inquinamento significativi.

Infine, la Commissione considera l'Italia inadempiente con riferimento agli articoli 6, par. 3, e 8, par. 2, della direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale e al rispetto delle richiamate sentenze rese dalla Corte di giustizia nelle cause C-50/10 e C-68/11, per quanto riguarda l'area di Taranto.

7. Per affrontare queste situazioni di violazione, alcune già sfociate in sentenze di condanna nei confronti dell'Italia, altre che ragionevolmente condurranno allo stesso risultato in un prossimo futuro, nel decreto ILVA è stato inserito, anch'esso in sede di conversione, l'art. 4-*bis*, il quale introduce una modifica integrativa alla legge del 24 dicembre 2012, n. 234, che contiene le "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle normative e delle politiche dell'Unione europea".

La legge del 2012 ha la duplice finalità di disciplinare il processo di partecipazione dell'Italia alla formazione delle decisioni e alla predisposizione degli atti di diritto dell'Unione europea (c.d. fase ascendente) e di garantire l'adempimento degli obblighi e l'esercizio dei poteri derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (c.d. fase discendente). In entrambe le fasi la legge n. 234/2012 assicura un ruolo anche alle Regioni italiane, nonché alle Province autonome di Trento e Bolzano.

Il decreto ILVA, con riferimento alla fase discendente, modifica l'art. 43 della legge n. 234/2012, che disciplina il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle Regioni o di altri enti pubblici responsabili di violazioni del diritto UE[28]. Il nuovo co. 9-*bis* dell'art. 43, ai fini della tempestiva esecuzione delle sentenze di condanna rese dalla Corte di giustizia, stabilisce che "il fondo di rotazione per l'attuazione delle

[28] Su questa disposizione si rinvia al recente commento di A. PEPE, in L. COSTATO, L.S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla Legge 24.12.2012 n. 234*, Napoli, ESI, 2015, p. 381 ss.

politiche comunitarie […] è autorizzato ad anticipare […] gli oneri finanziari" da esse derivanti. Questa modifica è volta ad evitare eccessivi ritardi nel pagamento delle sanzioni pecuniarie conseguenti a sentenze di condanna della Corte di giustizia emesse ai sensi dell'art. 260 TFUE.

La nuova disposizione aggiunge un elemento importante con riferimento a quelle infrazioni del diritto europeo che siano dovute ad amministrazioni locali. Il nuovo co. 9-*bis* stabilisce, infatti, che il fondo di rotazione sarà reintegrato delle somme anticipate "mediante rivalsa a carico delle amministrazioni responsabili delle violazioni che hanno determinato le sentenze di condanna", anche attraverso compensazioni con somme accreditate dall'UE a favore di quella amministrazione. Di conseguenza, la sanzione pecuniaria dovuta dall'Italia all'Unione europea peserà sull'amministrazione locale responsabile dell'infrazione, nei cui confronti il Governo centrale avrà diritto di rivalersi. Questa innovazione è volta a favorire una maggiore diligenza nel rispettare il diritto europeo anche da parte delle articolazioni territoriali dello Stato.

Ci sembra una integrazione legislativa di grande rilievo, anche perché, come ben si comprende, la novella legislativa non riguarda solo le condanne in materia ambientale, né tantomeno si limita a quelle relative alle vicende dell'ILVA di Taranto. Il decreto ILVA ha quindi costituito l'occasione per una innovazione legislativa a carattere generale e indeterminato, il che fa sorgere alcune perplessità sia in merito alla coerenza di questo intervento con l'oggetto del decreto-legge in commento, sia più in generale con riferimento ai requisiti di "straordinarietà ed urgenza" richiesti dall'art. 77, co. 2, Cost. per l'adozione di un decreto-legge.

Vincenzo Lamonaca

PROFILI *DE IURE CONDITO* E *DE IURE CONDENDO* SULLA DISCIPLINA DELLE SPESE DI MANTENIMENTO IN CARCERE*

ABSTRACT	
Il costo dell'esecuzione penale è stato recentemente al centro di un ampio dibattito mediatico, che ha evidenziato la scarsa conoscenza del suo funzionamento. Questo contributo intende esaminare le principali criticità, proponendo alcune modifiche funzionali al suo miglioramento.	The cost of penalties has recently been at the center of a large media debate, which highlighted the lack of knowledge of its operation. This paper will examine the main problems, proposing some changes to its functional improvement
Ordinamento Penitenziario	**Penitentiary Legislation**

SOMMARIO: 1. Le spese di mantenimento come parte delle spese per l'esecuzione penale. – 2. Il procedimento di recupero delle spese di mantenimento. – 3. Osservazioni conclusive.

1. Il costo dell'esecuzione penale è una delle principali criticità del sistema penitenziario italiano, attestandosi ad oltre 120 euro al giorno per singolo utente[1], con

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

[1] Il costo medio giornaliero del detenuto, come affermato dal Ministero della Giustizia, è convenzionalmente calcolato dividendo le risorse finanziarie del bilancio accertate a consuntivo per la presenza media accertata a fine anno (media delle presenze rilevate nei dodici mesi, nell'ultimo giorno del mese) e ulteriormente divise per 365 giorni. Nell'ambito delle risorse complessive del bilancio si tiene conto dei seguenti macro-aggregati finanziari: 1) spese per l'acquisizione di beni e di servizi (rimborsi per le spese di trasferta del personale, formazione professionale, manutenzione ordinaria degli immobili, locazioni, canoni di noleggio ed esercizio dei mezzi di trasporto, utenze e spese di riscaldamento degli uffici diversi dagli istituti penitenziari, contribuzione previdenziale); 2) spese per l'informatica di servizio (dal 2009 comprende anche le spese del laboratori centrale del DNA; 3) spese per il personale (trattamento economico fondamentale ed accessorio, contribuzione previdenziale, vestiario e armamento, mensa di servizio, buoni pasto ed altro); 4) mantenimento, assistenza, rieducazione e trasporto detenuti (da ottobre 2008 le funzioni relative all'assistenza sanitaria negli istituti ubicati nelle Regioni a statuto ordinario sono state trasferite al SSN, mentre rimangono tuttora a carico quelle relative alle regioni a statuto speciale); 5) spese di investimento (edilizia penitenziaria, acquisizione di mezzi trasporto, di beni, macchine attrezzature, servizio delle industrie penitenziarie e delle colonie agricole). L'ultima stima ufficiale effettuata dal Ministero della Giustizia è relativa

oneri a carico dello Stato, come previsto dall'art. 2, comma 1, l. 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative della libertà (da ora O.P.)[2]. Invero, quest'ultima disposizione, facendo propria l'*eadem ratio* alla base dell'introduzione dell'istituto, ad opera del codice penale del 1930[3], prevede che le spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive siano poste a carico dello Stato, escludendo però quelle di mantenimento, e cioè quelle concernenti gli alimenti ed il corredo, per le quali è prescritto il rimborso da parte dei condannati ai sensi degli artt. 145[4], 188, 189[5] e 191 c.p. e 274 c.p.p. (*recte* artt. 535 e 692 c.p.p.)[6], forse in contrasto con la valenza risocializzante del nuovo sistema penitenziario[7]. In senso analogo, poi, il rimborso è dovuto anche da parte degli internati, effettuandosi mediante prelievo di una quota

---

all'anno 2013, in relazione al quale il costo medio giornaliero si attesta ad euro 124,96, dipendendo esso dall'entità media della popolazione detenuta, con la conseguenza che il costo medio giornaliero del detenuto diminuisce, riducendosi il numero di utenti presenti (fonte www.giustizia.it).

[2] Su tutti in materia v. L. CESARIS, *Spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento Penitenziario*, Cedam, Padova, 2011, p. 21 ss.

[3] Infatti, nella Relazione al Progetto definitivo del codice penale del 1930 si afferma che «(...) l'esplicita dichiarazione che il condannato è obbligato (...) a provvedere (...) a rimborsare allo Stato le spese del proprio mantenimento "offre" chiara la visione delle finalità morali e patrimoniali che ispirano il sistema adottato dal Progetto (...) È stato (...) mio intendimento di limitare l'obbligazione al rimborso delle spese di mantenimento solo al condannato, escludendone gli eredi ed il responsabile civile, per non offendere, sia pure indirettamente, il carattere personale, afflittivo della pena». (Relazione sul Libro I del Progetto definitivo di un nuovo codice penale, 1929, 234-235).

[4] Sul tema v. G. NOVELLI, *Il lavoro dei detenuti*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, estr. n. 3., 10-12; V. BARONE, *Brevi considerazioni in tema di remunerazione per il lavoro carcerario*, in *Rass. st. penit.*, 1969, p. 585 ss., spec. p. 588; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO, (a cura di), *Carcere e società*, Marsilio, Venezia, 1976, p. 92 ss., spec. 95; F. MORTILLARO, *La retribuzione*, Bardi Editore, Roma, 1979, p. 205.

[5] La disposizione prevedeva l'ipoteca legale a vantaggio dello Stato sui beni dell'imputato a garanzia del pagamento, tra l'altro, delle spese relative al mantenimento del condannato negli stabilimenti di pena. Il successivo art. 191 c.p., poi, prevedeva un preciso ordine di pagamento dei crediti garantiti con ipoteca legale, ponendo come quinto credito garantito quello relativo alle spese per il mantenimento del condannato negli stabilimenti di pena, stabilendo, altresì, il deposito nella Cassa delle ammende di una somma presumibilmente adeguata alle spese predette, se la esecuzione della pena non avesse ancora avuto luogo, in tutto o in parte. Giova segnalare che l'art. 218 disp. Att. C.p.p. ha abrogato gli artt. 188 e 191, nonché tutte le disposizioni del codice penale che prevedevano l'ipoteca legale. Permangono invece le norme in materia di sequestro conservativo, di cui agli artt. 316 – 320 c.p.p., per cui, ai sensi dell'art. 316, comma 1, c.p.p., se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento, tra l'altro, di somme dovuta all'erario dello Stato, tra le quali rientrano a pieno titolo quelle relative al mantenimento in istituti penitenziari, il pubblico ministero, in ogni stato e grado del processo di merito, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili dell'imputato o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento.

[6] Come giustamente evidenziato da E. CATELANI, *Il codice penitenziario commentato*, Laurus Robuffo, Roma, 2005, p. 36 ss., il riferimento all'art. 274 c.p.p., *ex* art. 2, O.P., sostanzialmente riconducibile *ratione temporis* al vecchio codice, è da considerare superato dall'art. 692 c.p.p. del nuovo codice di procedura penale.

[7] Tale contrasto sembra emergere dalle parole di L. CESARIS, *Spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive*, cit., p. 22.

della remunerazione, *ex* art. 213, comma 4, c.p., sebbene, come precisato nella relazione illustrativa del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, «sugli internati c'è solo il prelievo sull'eventuale remunerazione; in mancanza non c'è alcun recupero»[8].

Quanto agli internati ancora ospitati presso gli O.P.G., ed in attesa di essere destinati alle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (c.d. REMS)[9], si può considerare ancora applicabile l'art. 213, ult. comma, c.p., secondo cui per il mantenimento dei ricoverati negli O.P.G., si osservano le disposizioni sul rimborso delle spese di spedalità[10]. Con riferimento, agli internati già trasferiti presso le REMS, invece, si ritiene non siano più dovute le spese di mantenimento, visto che l'internato non è più ospitato presso una struttura penitenziaria e la sua gestione è totalmente a carico della Regione che ne ha effettuato la presa in carico globale.

Una differente disciplina, apparentemente in conflitto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., vista anche la particolare posizione del presunto autore del reato ultra quattordicenne e infra diciottenne, *ex* art. 98 c.p., è quella relativa all'esonero dal pagamento delle spese di mantenimento in carcere nei confronti di persona minore al momento in cui ha commesso il fatto[11].

Inoltre, l'O.P. prevede che il rimborso delle spese di mantenimento sia effettuato *pro quota* e non per intero, e per un valore non superiore ai due terzi del costo reale, affidando ad un decreto del Ministro della giustizia, sentito il Ministro del Tesoro (ora il Ministro dell'Economia e Finanze), da emanare al principio di ogni esercizio finanziario, la determinazione della quota media di mantenimento dei detenuti in tutti gli stabilimenti della Repubblica[12].

[8] In tal senso v. circ. DAP 10 luglio 2003, prot. GDAP-0288558, § 2.

[9] L'art. 3-*ter*, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, ha fissato il termine per il completo superamento degli O.P.G., prevedendo che a far data dalla definitiva chiusura di queste strutture (fissata da ultimo al 31 marzo 2015), le misure di sicurezza del ricovero in O.P.G. e dell'assegnazione a Casa di Cura e Custodia, sono eseguite esclusivamente nelle strutture sanitarie di cui al comma 2 del medesimo art. 3-*ter*, denominate "Residenze per Esecuzione delle Misure di Sicurezza" (ovvero REMS), fermo restando che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico sul territorio dai Dipartimenti di salute mentale. Per l'attuazione concreta dell'art. 3-*ter*, d.l. n. 211/2011, v. l'Accordo in Conferenza Unificata 26 febbraio 2015, rep. 17/CU, nonché le correlate delibere di giunta regionali, via via adottate dalle singole Regioni.

[10] Come affermato da G. CANORO, *Manuale dell'operatore penitenziario*, Lucca, 2005, p. 636, il rimborso delle rette di spedalità compete alla Regione presso cui v'è il domicilio di soccorso del ricoverato cioè la dimora superiore a due anni in un determinato comune. In caso di discordanza il rimborso spetta alla regione interpellata provare che il domicilio predetto riguarda altra Regione.

[11] V. l'art. 29, d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272, recante norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni.

[12] Con d.m. 7 agosto 2015, il Ministro della Giustizia ha finalmente aggiornato l'importo delle spese di mantenimento. Ivi si afferma che risulta essere pari a euro 5,44 il costo effettivo per alimenti e corredo; di conseguenza, la quota di mantenimento giornaliera da porre a carico dei detenuti risulta pari a euro 3,62, ripartita come segue: colazione euro 0,27; pranzo euro 1,09; cena euro 1,37 e corredo 0,89. Il provvedimento segue di quasi vent'anni il suo immediato precedente normativo, rinvenibile nel d.m. 1

L'O.P., quindi, non adotta un'unica soluzione nella gestione del rimborso delle spese di mantenimento, distinguendo tra condannati e internati, sostanzialmente collegando il diritto/dovere di lavorare dei primi al rimborso[13], da prelevare sulla remunerazione dell'utente, secondo un ordine prestabilito dal codice penale ed immediatamente dopo le somme dovute a titolo di risarcimento del danno, *ex* art. 145, comma 2, n. 2), c.p.

Il rimborso delle spese di mantenimento viene richiesto anche ai detenuti lavoranti all'esterno, *ex* art. 21 O.P., ed ai semiliberi che svolgano attività lavorativa remunerata, anche autonoma o parasubordinata, come si evince dal combinato disposto degli artt. 24 O.P. e 48, comma 12, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, recante regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (da ora R.E.O.P.).

La quota di mantenimento risente della reale fruizione dei servizi posti a carico dell'utente, per cui il detenuto semilibero che non consumi il pranzo o l'intero vitto, in quanto autorizzato ad uscire dall'istituto prima che sia somministrata la colazione ed a rientrare dopo il passaggio del "carrello" della cena, sarà tenuto al versamento della quota di mantenimento decurtata dagli oneri connessi al vitto, e quindi pagherà solo il valore del corredo[14].

Il collegamento tra lavoro penitenziario e pagamento delle spese di mantenimento trova, però, una sorta di deroga *sub* art. 692 c.p.p., ove si prevede che la successiva condanna a pena detentiva dell'imputato per il reato per il quale fu sottoposto a custodia cautelare determini il pagamento a suo carico delle spese per il mantenimento durante il periodo di custodia[15]. Appare evidente, quindi, che il mancato assoggettamento dell'imputato all'obbligo di lavoro durante il periodo detentivo trascorso in istituto in forza di custodia cautelare rende meno stringente il legame tra lavoro carcerario e pagamento delle spese di mantenimento, tanto da impedire il recupero di queste ultime fino a quando il soggetto detenuto non assuma la qualità di condannato, con la conseguenza di inibire il rimborso, ove quest'ultimo sia imputato, ovvero appellante o ricorrente[16].

---

agosto 1998, n. 597671, che fissava in lire 3.275 (euro 1,69), l'importo della quota giornaliera di mantenimento.

[13] Sul collegamento tra lavoro diritto – dovere al lavoro e obbligo di pagamento delle spese di mantenimento v. anche L. CESARIS, *Spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive*, cit., p. 22. In generale sul diritto – dovere al lavoro sia consentito il rinvio a V. LAMONACA, *Il lavoro dei detenuti: obbligo vs. diritto*», in *Rass. penit. crim.*, 2009, n. 2, p. 49 ss.

[14] Così G. CANORO, *Op. cit.*, 633 ss., ed in tal senso v. circ. Min. Graz. Giust. 2 maggio 1995, n. 621804, che, fissando complessivamente in L. 2.745, la quota giornaliera, attribuiva i seguenti valori alle singole componenti di essa: L. 490 per la prima colazione; L. 882 per il pranzo; L. 785 per la cena e L. 588 per il corredo,

[15] V. a riguardo l'art. 299, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, che ha abrogato il comma 2 dell'art. 692 c.p.p. che prevedeva la scomputabilità delle spese di mantenimento relative alla maggior durata della custodia cautelare rispetto a quella della pena

[16] Diversa l'ipotesi del soggetto con posizione giuridica "mista con definitivo", cioè di detenuto attinto da diversi provvedimenti privativi della libertà personale, tra i quali vi sia anche una sentenza definitiva di condanna alla reclusione. Infatti, come evidenzia Canoro G., *Op. cit.*, 633 ss., fino a

Il rimborso delle spese in questione è ascrivibile alle obbligazioni civili personali[17], riferibili esclusivamente al condannato senza alcuna estensibilità alla persona civilmente obbligata o agli eredi del condannato, come si evince dall'art. 188, c.p.[18]. Sulla predetta qualificazione giuridica impattano alcune disposizioni del codice penale in materia di effetti della sospensione condizionale della pena (art. 188 c.p.) e dell'estinzione del reato o della pena sulle obbligazioni civili (art. 198 c.p.). Infatti, in entrambi i casi, limitandosi gli effetti della sospensione condizionale alle sole pene accessorie, e non ammettendosi l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti da reato nel caso di estinzione del reato o della pena, restano intangibili le pretese erariali relative al pagamento delle spese di mantenimento. A tal proposito, la giurisprudenza ha chiarito che l'avvenuta estinzione di un reato per amnistia impropria non esclude la legittimità del recupero delle spese di mantenimento in carcere[19].

In tema giova segnalare gli effetti del provvedimento di applicazione di pena su richiesta (c.d. patteggiamento) sull'obbligo di pagamento delle spese di mantenimento, su cui v'è ondivaga giurisprudenza. Secondo un primo recente orientamento, ai sensi dell'art. 445 c.p.p., scatta l'esonero dal pagamento delle spese processuali per il soggetto attinto da provvedimento di applicazione di pena non superiore ai due anni di reclusione (sola o congiunta con pena pecuniaria) irrogata mediante patteggiamento, estendendo sostanzialmente detto esonero anche alle spese di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare[20]. Secondo un orientamento più risalente e consolidato, invece, il pagamento delle spese di mantenimento non risente della scelta processuale in questione, con l'effetto che in ogni caso devono essere poste a carico del condannato le spese di mantenimento in carcere conseguenti all'esecuzione della disposta custodia cautelare[21].

quando il detenuto non sconta la pena inflitta per il titolo di reato per il quale assume la qualità di "definitivo", egli sarà tenuto al pagamento delle relative spese di mantenimento. Ovviamente, se il detenuto continua a permanere in istituto in forza di provvedimenti restrittivi non definitivi, le spese di mantenimento per il periodo di tempo trascorso in carcere saranno richieste una volta sopraggiunta l'eventuale condanna definitiva.

[17] In tal senso v. D. BARTOLETTI, *Commento all'art. 188*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 1997, p. 838 e L. CESARIS, *Spese e remissione del debito nel sistema penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, 1997, p. 564; *EADEM*, *Spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive*, cit., p. 22; *contra*, v. L. PAGLIARO, *Sanzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 5, che le riconduce alle sanzioni penali in virtù del principio di personalità.

[18] Si segnala che Corte cost., 6 aprile 1998, n. 98, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 188 c.p., «nella parte in cui non prevede la non trasmissibilità agli eredi dell'obbligo di rimborsare le spese del processo penale». Peraltro, l'art. 218, disp. att. c.p.p. ha abrogato le disposizioni del codice penale che prevedono l'ipoteca legale.

[19] In tal senso v. Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 1992, in *Cass. pen.* 1993, 840.

[20] Così Cass. pen. sez. V, 1 ottobre 2014, n. 6787, in *Ced Cassazione penale*, 2015.

[21] V. App. Perugia 7 luglio 2011, n. 978, in *Redazione Giuffrè* 2011, che nega l'assimilazione delle spese di mantenimento a quelle processuali, espressamente contemplate dall'art. 445 c.p.p., ed ancor prima v. Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2007, n. 8077, in *Ced Cass. pen.*, 2008; Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2003, n. 43915, in *Cass. pen.*, 2005, 901; Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 2003, n. 21934, in *Cass.*

Le modalità di prelievo delle spese di mantenimento, al pari degli altri prelievi sulla remunerazione[22], sono disciplinate dal R.E.O.P., il cui art. 56 prevede, tra l'altro, il prelievo della quota di remunerazione a titolo di rimborso delle spese di mantenimento a carico dei condannati in occasione di ogni liquidazione della remunerazione. La medesima disposizione assicura garanzie processuali al detenuto, separando la competenza relativa all'attribuzione e alla liquidazione delle spese di mantenimento, devoluta al giudice dell'esecuzione, da quella relativa alle controversie sui reclami relativi all'ordine seguito nei prelievi di cui all'art. 145 c.p., su cui decide il magistrato di sorveglianza[23].

A quest'ultimo, poi, l'art. 56 O.P. attribuisce la competenza in materia di remissione del debito per le spese di mantenimento, oltre che processuali, a sua volta disciplinata dall'art. 6, TU n. 115/2002[24]. Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che per il positivo scrutinio della richiesta di remissione del debito per le spese di mantenimento o processuali, ove l'istante abbia trascorso un periodo di detenzione, deve farsi riferimento esclusivamente alla condotta tenuta dal condannato durante la sua permanenza in carcere e non a quella mantenuta in libertà, da considerare, invece, solo ove tale detenzione non vi sia stata[25]. Ancor prima, dell'istituto si era occupata anche la Corte Costituzionale che in un primo arresto aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 56 O.P., in riferimento agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., nella parte in cui, nella valutazione della condotta del condannato ai fini della remissione del debito per spese di mantenimento in carcere, si deve tener conto della sola condotta strettamente carceraria; e ciò perché non appare irragionevole la scelta del legislatore di valorizzare le esigenze di ordine e di sicurezza carceraria e pertanto di imporre in

---

pen., 2004, 2946; Cass. pen., sez. III, 2 aprile 1993, in *Riv. pen.*, 1994, 290; Cass. pen., sez. I, 6 novembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1013.

[22] Per G. PERA, *Il lavoro dei detenuti nel progetto di riforma*, in CAPPELLETTO, A. LOMBROSO, (a cura di), *Op. cit.*, p. 107 ss., spec. p. 110, la disposizione parrebbe consentire all'amministrazione una sorta di «possibilità di ritorsione patrimoniale per i danni conseguenti, in specie, dalle agitazioni dei detenuti». Invero, si ritiene che la disposizione, più che ritorsiva rappresenti un pungolo a sostegno dell'ordine e della disciplina. Sulla revisione della disciplina dei prelievi sulla retribuzione, v. R. CICCOTTI, F. PITTAU, *Il lavoro in carcere*, Franco Angeli, Milano, 1987, p. 75.

[23] Sulla natura premiale dell'istituto della remissione del debito v. M.C. BARBIERI, *Obbligazione al rimborso delle spese processuali e principio di personalità della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1098 ss., spec. § 3.

[24] Il rinvio che tale disposizione opera all'art. 30-*ter*, O.P., ha condotto la giurisprudenza a condizionare la decisione sulla domanda di remissione delle spese di mantenimento all'espiazione di un congruo periodo di pena, tale da consentire una valutazione proprio ai sensi dell'art. 30-*ter*, comma 8, O.P. ed in tal senso v. Cass. pen., sez. I., 22 gennaio 2013, n. 34618, in *Ced Cass. pen.*, 2013.

[25] In tal senso Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2014, n. 31754, in *Ced Cass. pen.* 2014, che in applicazione di tale principio ha annullato l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di rigetto dell'istanza di remissione, perché il condannato si era reso responsabile, dopo la rimessione in libertà, del reato di guida senza patente ed era stato sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno. In applicazione dello stesso principio, ancor prima, v. Cass. pen., sez. I, 28 maggio 2013, n. 27200, in *Ced Cass. pen.*, 2013.

questo modo che siano assunti come indici di ravvedimento solo i comportamenti tenuti durante la detenzione, esclusa ogni valutazione della condotta successiva alla liberazione[26]. Successivamente, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 56 O.P., nella parte in cui non prevede che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, al condannato possano essere rimesse le spese del procedimento se, in presenza del presupposto delle "disagiate condizioni economiche"[27], abbia serbato in libertà una "condotta regolare"[28].

2. L'ufficio incaricato del recupero e della contabilizzazione delle spese di mantenimento, a seguito della riforma delle spese di giustizia, e cioè del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115[29], non è più identificato nella cancelleria del giudice dell'esecuzione penale competente, ma nella direzione del penitenziario da cui è stato dimesso il detenuto collocato in libertà, con la conseguenza che sarà l'area contabile del carcere ad effettuare il conteggio finale[30]. Successivamente, è intervenuto l'art. 67, l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha modificato in modo radicale le disposizioni in tema di riscossione, specie nella parte relativa al coinvolgimento operativo della società Equitalia Giustizia s.p.a.[31], incaricata dell'acquisizione dei dati anagrafici dei debitori, della quantificazione del debito, e della relativa iscrizione a ruolo, a decorrere dalla data di stipula della convenzione prevista dagli artt. 1, comma 367, l. 24 dicembre 2007, n. 244, e 227-bis, comma 1, T.U. n. 115/2002, e siglata in data 23 settembre 2010.

La procedura di riscossione del credito, fino a qualche tempo fa, necessitava della notifica al debitore dell'invito bonario al pagamento dell'importo dovuto, *ex* art. 212 T.U. n. 115/2002, con specificazione che in assenza di pagamento entro un mese dalla notifica dell'invito, sarebbe stata avviata l'iscrizione a ruolo con maturazione degli interessi di mora, *ex* art. 1282, comma 1, c.c. Ove il debitore avesse proceduto all'estinzione del suo debito, era suo onere depositare la ricevuta di pagamento entro

[26] V. Corte Cost., 17 luglio 1998, n. 271, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2790.
[27] Sul punto da ultimo v. Cass. pen., sez. I., 15 ottobre 2014, n. 45985, in *Guida al diritto*, 2014, 47, 26, secondo cui la sussistenza delle disagiate condizioni economiche del condannato, sono tali non solo in presenza di uno stato di indigenza, ma anche quando l'adempimento del debito può portare a un serio squilibrio nelle sue finanze tale da comprometterne il recupero e il reinserimento sociale. Pertanto, l'indagine deve essere accurata e non può limitarsi ai dati contenuti in una nota della Guardia di finanza da cui emergeva la disponibilità di un patrimonio immobiliare.
[28] V. Corte cost. 15 luglio 1991, n. 342.
[29] Sul punto v. L. CESARIS, *Spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive*, cit., p. 27 ss.
[30] Le prime disposizioni operative in materia sono state adottate con circ. DAP 10 luglio 2003, prot. GDAP-0288558.
[31] Da ultimo v. circ. DAP 29 maggio 2015, prot. GDAP-01900879-2015.

10 giorni dal pagamento, ferma restando la facoltà del debitore di chiedere la dilazione o la rateizzazione del debito, ai sensi dell'art. 218, T.U. n. 115/2002[32].

Scaduto il termine per l'adempimento e decorsi dieci giorni per il deposito della ricevuta di versamento, l'ufficio competente avrebbe provveduto all'iscrizione a ruolo.

Come anticipato, l'uso del condizionale deriva dal fatto che il Ministero della Giustizia, a seguito del riesame del quadro normativo di cui sopra, ha invitato le direzioni penitenziarie a procedere direttamente alla quantificazione ed alla immediata fase di iscrizione a ruolo, con risparmi derivanti dal fatto di evitare le spese di notifica, nonché recuperando efficienza nell'azione amministrativa.

Ad ogni modo, l'art. 228, T.U. n. 115/2002, prevede una soglia di valore al di sotto della quale non si procede ad invito al pagamento, stabilita con DPCM, bilanciando i (mancati) costi del procedimento con la modesta entità del credito da incassare.

3. A questo punto appare utile formulare alcune osservazioni conclusive *de iure condendo* relativamente alla disciplina delle spese di mantenimento, specie in ragione di alcune criticità legate alla concreta gestione dell'istituto relative, rispettivamente:

1. alla previsione del prelievo per una quota non superiore ai due terzi;
2. all'esiguità dei valori della quota di mantenimento, nonostante il recente aggiornamento della stessa, avvenuto nell'agosto di quest'anno;
3. alla estrema difficoltà di recuperare le quote di mantenimento per gli imputati successivamente condannati.

Per risolvere le criticità predette si è altrove ipotizzato il recupero integrale delle spese di mantenimento[33], nonché la costituzione di un Fondo speciale, ove verrebbero accantonate cautelativamente le spese di mantenimento anche per gli imputati, acquisendole in caso di condanna o restituendole in caso di assoluzione. Ovviamente, al pari delle somme del peculio, di cui all'art. 25 O.P., anche quelle accantonate maturano interessi legali.

In teoria, sarebbe da riqualificare integralmente l'elenco delle voci riconducibili alle spese di mantenimento, ma tale operazione incontra il limite di cui all'art. 2, comma 1, O.P., secondo cui «*Le spese per l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza detentive sono a carico dello Stato*». Di conseguenza, preliminarmente andrebbe riformulata tale ultima norma, evitando il rischio di creare un pericoloso corto circuito giuridico.

---

[32] Sulla rateizzabilità anche delle spese di mantenimento v. F. BOTTALICO, *Innovazioni normative, censure di incostituzionalità e orientamenti interpretativi in tema di conversione delle pene pecuniarie*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2219 ss.

[33] Sia consentito il rinvio a V. LAMONACA, *Dal lavoro penitenziario al contratto di risocializzazione e lavoro: un'ipotesi* de iure condendo, *in Rass. Penit. crim., 2015* (in corso di pubblicazione).

Giuseppe Liverano

MANAGEMENT EDUCATIVO E VALORE DELLA CURA PER ORGANIZZAZIONI DI LAVORO PIÙ A MISURA D'UOMO*

ABSTRACT	
Le organizzazioni di lavoro sono colpite da una crisi di umanesimo. Di contro c'è una forte esigenza dell'uomo-lavoratore di ritrovare il senso educativo e formativo del lavoro, come momento di elevazione spirituale. Attuare un modello di Management educativo dove promuovere valori come l'accoglienza, l'ascolto e la cura è perciò indispensabile per tentare di costruire ambienti professionali più a misura d'uomo e inseguire, attraverso la ricerca di un benessere organizzativo, l'opportunità di recupero dell'armonia e bellezza della propria vita persona e professionale e più in generale del mondo.	Labor organizations are suffering from a crisis of humanism. In contrast there is a strong need of worker to recover a sense of education and training of the work, as a moment of spiritual elevation. For a Management model wich promote educational values as hospitality, listening and care are essential to build professional environments more human, through the search for a welfare organization, the opportunity to recovery of harmony and beauty of the person's life and more generally in the world.
Educazione – organizzazione – cura	**Education – management – care**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Aspetti e valori di Management educativo. - 3. Il valore della cura nelle organizzazioni di lavoro

1. Il sistema di istruzione superiore, così profondamente evolutosi dalla fine degli anni novanta ad oggi, ha radicalmente modificato gli equilibri all'interno delle università, dando maggiore importanza alla struttura organizzativa come hardware fondamentale in grado di supportare le azioni e le fasi della ricerca e dell'insegnamento. Ne è scaturita una nuova *Governance*, una nuova dimensione dell'organizzazione, in cui l'utenza (studenti, docenti, personale, altra utenza esterna) si è costituita come comunità di portatori di interessi responsabile della partecipazione alle fasi di analisi delle criticità e delle problematiche, di progettazione, gestione e erogazione dei servizi formativi, aderendo ad una visione di produzione della conoscenza partecipata, in cui ogni utente è riconosciuto prima come persona, poi come portatore di interesse. I principi di socialità, di responsabilità

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

personale e professionale e di collaborazione sono perciò richiami pedagogici con una valenza centrale in quanto ogni portatore di interessi partecipa ad ogni processo, assumendo diritti e doveri, con l'apporto del suo patrimonio tangibile e intangibile. C'è una chiara e forte sollecitazione ad indagare il suo ruolo come «persona unica e irripetibile», secondo i principi di un nuovo umanesimo del lavoro, con un richiamo deciso a sollecitare tutte le dimensioni pedagogiche dell'uomo.

2. Il pensiero della comunità scientifica pedagogica, che, in quest'ultimo quinquennio ha discusso e scritto sulle possibili relazioni che vi possono essere tra pedagogia e Management, converge su tre interpretazioni (modelli di Management) che, pur per fini didattici, contribuiscono a chiarire alcune dicotomie. Giuditta Alessandrini ci descrive in modo preciso le principali caratteristiche dei contesti organizzativi che aziende pubbliche e private adottano come modelli di Management, riferibili a tre sistemi: razionale, naturale, aperto. Non mi soffermerò sulla descrizione dei tre sistemi, peraltro già autorevolmente schematizzata dalla studiosa. L'intento invece è di capire quanto l'attività del «pensare il Management con uno stile educativo» sia indispensabile per tradurre le decisioni (linee aziendali) in una dimensione del «fare Management», cioè di tutte quelle prassi che riguardano l'attività di gestione ed amministrazione di cose, persone, processi, in cui si evidenzieranno criticità a causa delle quali ci sarà il bisogno di effettuare i cosiddetti «tagli» o per risolvere conflittualità tra persone. Sia il pensare che il fare Management sono problematicità di indagine pedagogica. In un sistema di Management naturale e aperto, dove la componente umana e relazionale, e l'interdipendenza tra organizzazione e ambiente costituiscono i temi chiave, ciò è ancora più determinante, soprattutto se si ricorrerà ad un Management più pedagogico in cui i valori come l'ascolto, l'accompagnamento e la cura risultano determinanti per la gestione e valorizzazione del patrimonio tangibile ed intangibile.

> Se il Management che interessa a noi è una organizzazione viva, l'interscambio tra organizzazione e ambiente è di forte vitalità. In un contesto socio culturale ed economico come quello attuale – caratterizzato da incertezza e turbolenza – è agli attori sociali, piuttosto che ai sistemi di produzione e alle tecnologie dei materiali, che spetta la maggiore responsabilità nella creazione di opportunità di innovazione. Sono infatti, gli attori organizzativi che interpretano il lavoro, i suoi confini, le sue opportunità[1].

Un Management che contempla l'esercizio del valore della cura e della responsabilità nei confronti di tutti gli attori, perché possa essere efficace rispetto a criticità e conflitti interni, deve risolvere le cosiddette «situazioni di potere». Il risultato è un Management che, promuovendo il soddisfacimento del bisogno

[1] G. ALESSANDRINI (a cura di), *Pedagogia delle risorse umane e delle organizzazioni*, Milano, Guerini studio, 2004, p. 76.

primario di sicurezza, di riconoscimento sociale e di appartenenza, deve realizzare quell'ideale più alto di socialità e di sviluppo armonico della persona all'interno di una organizzazione, attraverso una maggiore responsabilità nei processi di lavoro, una maggiore creatività, una maggiore autonomia. Una umanizzazione del Management verso un modello di sistema aperto non può risolvere le sue criticità fisiologiche che si concretizzano perlopiù nella incapacità di essere educativo e di realizzare uno sviluppo integrale della persona, ma anche nella incapacità di riconoscere e soddisfare bisogni materiali, se non punta decisamente sulla cultura e la promozione di nuovi valori pedagogici. La cultura della separazione tra chi dirige e chi esegue ha accompagnato l'idea di Management fino ai nostri giorni. Ma è proprio impossibile elaborare un modello di organizzazione capace di offrire a tutti i portatori di interesse una possibilità di crescita, di educazione, di mediazione serena, di soddisfazione materiale, di socialità tra pari? Com'è possibile evitare che i rapporti umani diventino situazioni di potere e di conflittualità? Come gestirle in modo propositivo?

La critica fin qui condotta è dunque la constatazione di un problema che si perpetua nel tempo, utile a nostro dire per capire quanto sia decisiva una svolta nel Management (nel come si pensa e nel come si esegue) come luogo e momento dove condividere e realizzare, come idea comune, un modello di Management più umanistico. Pensare il Management con uno stile educativo significa allora contemplare la possibilità di costruire una gestione ed una amministrazione di cose, persone, decisioni, relazioni, processi, per cui anche gli errori, i conflitti, i tagli possano essere considerati come opportunità di crescita, come parti di una unità che insieme costituiscono l'unità, che pure può essere imperfetta, ma sempre dinamica e viva, dove i concetti di crisi e di conflitto sono osservati in modo pedagogico, cioè positivo, perché anticipa una nuova possibilità, una novità, un cambiamento, un nuovo possibile approdo, promuove il senso dell'ulteriorità. Perché ciò possa verificarsi è indispensabile però che nel rapporto tra il manager e i suoi collaboratori, o tra i portatori di interesse, ci sia prima il riconoscimento di una relazione umana.

> Nell'ottica del problematicismo pedagogico, il conflitto è figura di problematicità esistenziale, nel senso che dove è presente, non importa se esplicito o latente, esiste una forma di crisi e di inquietudine, o meglio, una forma di disordine esistenziale, che può essere affrontata nell'ottica costruttiva della progettazione esistenziale[2].

Pensare il Management con stile educativo significa contemplare un esserci e un sostare con gli altri portatori di interesse, in modo autentico, libero, attivo, dove promuovere l'incontro con l'altro, fondato su relazioni sincere, sull'accettazione dell'alterità come diversità da se stessi, significa capire le ragioni dell'altro, attraverso l'ascolto e l'ospitalità, da cui far scaturire l'idea di progettare in modo condiviso e

[2] M. CONTINI (a cura di), *Il Gruppo educativo*, Roma, Carocci, 2002, p. 97.

partecipato. Una idea di Management educativo che certamente non esclude il conflitto o l'errore. Al contrario li contempla come artifizi educativi per far scaturire da questi, una sintesi pedagogicamente più evoluta, dall'errore una scelta come ulteriore e nuova possibilità. Il Management potrà essere educativo se all'interno vi sarà sempre quella tensione che giunge alla unità di interessi, la quale non può prescindere dall'idea di vivere il lavoro anche come momento di comprensione, di accettazione, di cura delle cose e delle persone, di partecipazione responsabile alla vita organizzativa. E' possibile oggi creare all'interno di una qualsiasi organizzazione dove si produce una attività di Management un ambiente inteso come spazio sociale dove la pedagogia può aiutare, attraverso una cultura di nuovi valori, a costruire un luogo comune in cui ognuno può sentirsi auto realizzato? E' certamente una sfida difficile, ma non impossibile da accettare, se diviene compito educativo, se è una scelta libera e responsabile, perché l'educazione è quella forza propulsiva che rende possibile l'inatteso.

Una organizzazione di lavoro intesa come comunità, come «sistema domestico di lavoro», può essere interessante da approfondire come idea pedagogica di Management. Pensiamo al concetto di economia domestica, di organizzazione familiare, in cui ogni membro si adopera per procurare il necessario per la famiglia e contempliamo di mutuarla, con le necessarie riflessioni, ad una organizzazione di lavoro, in cui tutti hanno la stessa possibilità di espressione, di incontro e sintesi, perché i legami si basano su empatia e cura reciproca. Pensiamo ad una idea di Management organizzativo come un sistema in cui ci sono persone con differenti sistemi culturali, ciascuna con una *paideia* di riferimento e con un sistema relazionale differente rispetto a persone, cose e processi. Un Management fondato su un'attenzione e cura tra manager e colleghi, o tra colleghi stessi, o tra lavoratori e altri stakeholder, o tra lavoratori e le cose e i processi, offre la possibilità di sentire, cioè far proprie le sensazioni, i pareri, i punti di vista differenti in modo tale da avere interesse autentico nei confronti dei problemi degli altri, delle cose che si gestiscono. Il Management diventa un set complesso in cui persone, processi, azioni, necessitano di competenze trasversali, sempre inseparabili, di chiavi pedagogiche. In un sistema di Management in cui è necessario incontrare l'altro, accoglierlo, prendersi cura delle persone, dei processi, delle cose, quindi negoziare significati e senso di quello che si svolge, non è più sufficiente soffermarsi sui problemi di natura tecnica ma «occorre attuare un atteggiamento pensoso e meditativo» su ciò che si svolge, sulle relazioni, sui processi, sulle azioni in modo tale che dalla esperienza nella prassi si possa trarre una formazione generativa, una cultura della organizzazione orientata ad interpretare le problematiche ed a ricercare le soluzioni. È così utopistica come idea se dipende esclusivamente dalla opportunità o meno di aderire ad un progetto educativo? Una scelta educativa può essere così lontana da noi tanto da non essere presa in considerazione, come ulteriorità di crescita umana e professionale? Perché è considerata un rischio al punto da essere evitata? Come far diventare cultura

organizzativa un *expertise manageriale* in un tempo come quello attuale in cui le organizzazioni sono contaminate da un pensiero liquido che è espressione di una realtà più grande che è la nostra società attuale? La risposta più istintiva sarebbe quella di rendere il Management meno autoreferenziale; la seconda, più riflessiva, di renderlo più a misura d'uomo, (nella struttura e nella direzione politica), cioè teso a interpretare tutto ciò che avviene all'interno di un sistema organizzativo secondo un orientamento umanistico e di formazione integrale. Costruire un ambiente lavorativo, una idea di Management funzionale ad una visione più generale di equilibrio del mondo è compito delle organizzazioni e potrà essere realizzato se riusciranno a reggersi su una idea di comunità gestita da manager capaci di contaminare cultura aziendale con cultura umanistica. In questo senso, un luogo di lavoro, (il suo ciclo di produzione, di processi, di relazioni tra persone) non potrà più escludere le dimensioni pedagogiche dell'uomo e il loro potenziale se vorrà essere uno spazio sociale, di crescita umana e professionale.

3. Individuare i principali valori educativi che occorre promuovere in una organizzazione per renderla più a misura d'uomo è indispensabile per realizzare uno stato di benessere sui luoghi di lavoro pubblici e privati, che dalla lettura dello stato dell'arte della letteratura sulla vita organizzativa, sembra essere ancora una chimera. Un contesto lavorativo in cui si propongono valori educativi come cultura organizzativa, dove c'è onesta e lealtà e rispetto tra colleghi può apparire ideale e nello stesso tempo difficilmente realizzabile. Il che, spesso è vero. Questo però non significa abbandonarsi all'illusione o accettare passivamente un degrado professionale che è attualmente, è una delle cause più evidenti della crisi delle organizzazioni. Occorre invece realizzare una utopia attraverso l'educazione. Il cambiamento organizzativo infatti è un processo educativo che ha bisogno della giusta fase di metabolizzazione, di sedimentazione. Per tale ragione, in una dimensione del tempo lineare, la cultura dell'organizzazione è un valore che si veicola naturalmente, trasformandosi in visioni sempre nuove anche grazie alle persone che ne fanno parte, con la loro unicità e la loro creatività, con la loro capacità di trasferire la memoria organizzativa nell'organizzazione, che per ognuno di loro è unica e sempre diversa. E' un concetto strettamente legato alla promozione di certi valori pedagogici come l'accoglienza, l'ascolto. Essi fanno da cornice ad un altro valore, che in quanto ad importanza, per sua natura, detiene certamente primato, specie per la promozione delle relazioni. Sul concetto di cura si potrebbero dedicare volumi interi anche per la sua natura trasversale. E, non avendo a disposizione letteratura manageriale in cui sia stato trattato, mi rifarò alla sua più esplicita argomentazione pedagogica, ritenendo valido e funzionale il suo accostamento al concetto di lavoro. Nell'itinerario ampio di studi pubblicati sul concetto di cura, reputo importante citare il significato politico e civile, ma nello stesso tempo etico, di Joan Tronto. La studiosa americana infatti è la prima a sconfinare il concetto di cura

dall'ambito prettamente privato, ritenendola un valore che deve essere applicato in ogni campo ed in ogni ambito pubblico e privato. Secondo la Tronto il valore della cura deve essere coltivato tanto in famiglia quanto nella società, sul posto di lavoro, nella vita in generale, in particolare quella politica. E, proprio a proposito di quest'ultimo ambito c'è la seconda introduzione originale della Tronto. La studiosa infatti non separa la morale dalla politica, anzi per lei è alla base per la costruzione di società sane. Ma ciò che rappresenta la vera innovazione nel pensiero della Tronto sul valore della cura è considerarlo espressione di un patrimonio e di una moralità non più solo femminile. Esso va esteso a tutti ed ognuno, in ogni ambito, deve coltivarla singolarmente e promuoverla nelle relazioni, tanto da creare una interdipendenza umana che è alla base di una convivenza sociale giusta ed onesta. La cura quindi per la Tronto diviene valore da trasferire ovunque, da coltivare sul posto di lavoro e, soprattutto, non di solo dominio del femminile. Non è più un valore di genere, (in questa visione avrebbe quasi un significato altamente pericoloso), ma diventa questione di ogni cittadino e di ogni uomo e donna in ogni ambito sociale. Ascrivere infatti il concetto di cura ad una questione prettamente femminile può rafforzare abitudini socialmente diffusi sulla donna, come principale depositaria delle funzioni di cura, e, in quanto considerata individuo che si occupa delle faccende domestiche, valore la cui importanza debba essere considerata solo nella sfera privata. La cura, secondo la Tronto, deve proporsi come ideale valido sia all'interno di una visione morale, sia come base per la realizzazione politica di una buona società; non deve essere relegata solo all'ambito delle relazioni personali, private[3]. Perciò poiché una organizzazione di lavoro è un contesto sociale, il principio si estende anche a tale ambito. La Tronto trasferisce il concetto di cura nella dimensione pubblica attraverso l'utilizzo di alcuni espedienti e cioè: sposta l'analisi su un terreno storico e politico; sottolinea la complementarietà di cura e giustizia; cerca di offrire una definizione della cura come azione educativa e sociale, quindi sul piano della prassi; infine sposta l'attenzione sui problemi morali che possono derivare da una relazione in ogni ambito, in particolar modo quella che vi è tra un soggetto normale e uno vulnerabile. Tentiamo di esporre con puntualità e chiarezza questi artifizi. Relativamente allo spostamento dell'analisi sul piano storico e politico, la Tronto intende spiegare come la cura sia stato un valore legato fortemente al tempo e alla politica, alle società che si succedono nel tempo. Per questo è un valore riconoscibile dal punto di vista politico anche perché è strettamente legato alla visione storica di una società. E' la dimensione storica e politica di una società che limita il valore della cura alla sola sfera privata o la mutua alla sfera pubblica. E dove si vuole promuovere la cura come valore determinante per la crescita di un contesto sociale, (che può essere familiare o lavorativo) è indispensabile che contestualmente si promuova al suo interno il valore

[3]Cfr. J. TRONTO, *Confini morali, un argomento politico per l'etica della cura*, a cura di A. FACCHI, trad. it. di N. Riva, Reggio Emilia, Diabasis, 2006, p. 14.

della giustizia, della democrazia e del pluralismo, dell'eguaglianza, della reciprocità, dell'accoglienza, dell'equità e della promozione della libertà, della creatività, dell'alterità. In una dimensione del lavoro come momento educativo, ove è presente una situazione di squilibrio, chi presta cura deve compiere un'azione attenta che è duplice: deve cioè usare cura, aiuto, sostegno, ascolto verso un collega ma allo stesso tempo usare delicatezza e sensibilità per non rischiare di essere invadente e limitare la sua autonomia, soffocare la diversità altrui. L'insegnamento della Tronto può rivelarsi particolarmente significativo e fruttuoso se la cura come valore viene applicato in modo educativo ma allo stesso tempo etico cioè non solamente assistenziale, ma tendente a ridurre gli squilibri, le disparità tra collaboratori. Le criticità sono costantemente in agguato e non solo per chi riceve cura. Un problema di vicinanza che tende a trascurare i bisogni di uno dei due, (tra chi che presta cura e chi la riceve) può tradursi, in una tendenza della prima a sacrificare i propri bisogni o ad avere difficoltà a distinguerli da quelli di chi viene curato. Un'eccessiva vicinanza può comportare atteggiamenti paternalistici o provocare rabbia in coloro che prestano cura: una rabbia da frustrazione che può sfogarsi sulle persone curate, fino a indurre a trattarle con disprezzo.[4] La cura è intesa dalla studiosa non come un'emozione, ma come una pratica complessa che contempla diversi momenti, in cui devono essere esplicitate virtù morali come l'attenzione e l'ascolto per e dell'altro, la responsabilità e la competenza. La cura coinvolge un impegno, un interesse, che spinge all'azione, un movimento a farsi carico. Per la Tronto è un'attività (che si divide in diverse fasi) che include tutto ciò che facciamo per mantenere, continuare e riparare il nostro mondo in modo da poterci vivere nel modo migliore possibile[5]. La cura quindi si svincola dai rapporti dove per natura si pratica, (pensando alla famiglia, tra genitori e figli), ma investe qualsiasi ambito e contesto sociale. L'esempio di un dipendente che riceve cura da un collega (in un qualsiasi contesto di lavoro dentro una organizzazione pubblica e privata) può esserci utile per riconoscere queste fasi di cui il processo di cura si compone. Esso si distingue in quattro momenti: l'interessarsi ad una persona (*caring about*), ovvero il momento del riconoscimento del bisogno dell'altro; il prendersi cura di (*taking care of*), il riconoscere che è possibile fare qualcosa per l'altro; il prestare cura (*care giving*), che implica il soddisfacimento diretto dei bisogni di cura e infine il ricevere cura (*care receiving*): il ricevere cura è fondamentale per capire se i bisogni di cura sono stati soddisfatti. E, solo chi riceve cura può restituire il conforto che i bisogni siano stati correttamente individuati e soddisfatti[6]. Pensiamo ad un neo assunto che non appena giunge sul posto di lavoro chiede aiuto ai suoi futuri colleghi. O ad una persona extracomunitaria che viene assunta in Italia, che inevitabilmente si trova in una situazione di disagio. Il rapporto di cura che si crea è sempre tra un dipendente che inizialmente appare svantaggiato e

[4]Cfr. ivi, pp. 160-161.
[5] Ivi, p.118.
[6] *Ibidem.*

uno che si trova in una posizione dominante. Il pericolo che può subentrare nel riconoscimento di un bisogno di cura a lavoro, riguarda una situazione irriconoscibile di potere che si può creare, che spesso sfugge alla comprensione tangibile. Chi si trova in una posizione dominante, di solito rappresenta, all'interno della organizzazione, una posizione privilegiata e solida, cioè testimonia una tendenza alla socialità e alla solidarietà avanzata che spesso è testimonianza di cultura elevata. Questa disposizione però deve durare il tempo da permettere l'eliminazione degli squilibri, altrimenti l'atteggiamento di cura potrebbe trasformarsi in un micidiale strumento di potere. Per questo motivo è importante misurare e valutare costantemente il suo senso educativo a lavoro. Vediamo come. Il tempo che trascorriamo a lavoro rappresenta una parte importante della nostra giornata. Spesso però perdiamo il senso della nostra esistenza e, di conseguenza la giusta interpretazione del ruolo che ci spetta, il quale invece, se governato e retto costantemente dalla passione e dalla attenzione, dalla cura verso ciò che rappresenta il lavoro, può rivelarsi formativo e di aiuto a realizzare la nostra progettualità personale e professionale. Un atteggiamento di cura e di responsabilità infatti può disvelare questo valore intrinseco che è educativo del lavoro. La cura è

> un a priori pedagogico, ossia condizione che rende possibile e al tempo stesso regola le opposizioni teoriche e le decisioni pratiche della relazione e della progettazione formativa, che recupera la relazione di interesse che ciascun uomo e donna ha per il mondo. Relazione radicale e totalizzante, dietro la quale si manifesta […] l'originario impegno dell'uomo nel realizzare ciò che da sempre è, ossia potenza progettuale la cui attualizzazione richiede impegno e responsabilità nei confronti del proprio destino di uomo[7].

La cura è ciò che sta nelle intenzioni di chi, nello svolgimento del suo lavoro, tende ad accogliere, ad ascoltare, a leggere le dinamiche e perfino le conflittualità e le criticità in modo positivo e propositivo. Attua uno spostamento, un movimento verso e per l'altro che ha bisogno. Ad interpretare le sue problematiche, sia esse relative ai compiti e alle azioni, sia relative alle relazioni, alle istanze intime e più intrinseche, come nuova possibilità, come nuovo percorso di scelta e di crescita. Tra colleghi o tra colleghi ed il proprio ruolo o le proprie funzioni, un atteggiamento di cura e responsabilità può accrescere l'identità perché restituisce la giusta misura e il giusto confronto su ciò che si è e su come ci si relaziona, i punti di forza e le criticità su cui intervenire. La cura come valore a lavoro ci permette di favorire legami sociali che non si realizzano solo con le persone (colleghi e altri *stakeholder*) ma anche con i luoghi, con gli oggetti, che da termini neutrali di una organizzazione di lavoro, assumono presenze familiari, ci restituiscono significati che non sono più separati dai contesti e dalle persone che in certi luoghi lavorano. Quante volte ci capita di

[7]G. ANNACONTINI, *Lo sguardo e la parola. Etnografia, cura e formazione,* Bari, Progedit, 2006, pp. 160-161.

ascoltare storie di colleghi che pur vivendo contesti professionali non si conoscono, tanto da sembrare quasi estranei tra di loro. Il luogo comune che tra colleghi non ci può essere amicizia ha contribuito notevolmente ad alimentare questa tendenza. Ciò che ci sfugge è la grande risorsa pedagogica a cui rinuncia un contesto lavorativo che si accontenta di relazioni fredde in cui manca accoglienza e cura. Valori che invece favorirebbero la relazione intima e profonda che trasforma un insieme di persone in un team di lavoro, in una squadra con un solo obiettivo in cui tanti obiettivi si confrontano. Una squadra di lavoro in cui attraverso la cura si realizza quella collaborazione e quella partecipazione attiva capace di soccorrere l'assenza di qualcuno, perché grande è la motivazione e l'empatia che vi è all'interno. Così il compito di ciascuno non è più interesse del singolo ma è un obiettivo collegiale perché alla base c'è una disponibilità reciproca. Il risultato non è più espressione della singolarità ma di una identità gruppale, di una mente gruppale. L'atteggiamento di cura a lavoro permette a colleghi di conoscersi, di svelarsi anche professionalmente e intimamente, di chiedersi aiuto, di scambiarsi consigli, di riconoscersi nell'autenticità. In un atteggiamento professionale in cui si esercita cura in modo reciproco, l'assenza di un collaboratore non è perfino percepita. Ci si sostituisce vicendevolmente. La cura come valore allontana la competizione come espressione della volontà di emergere a danno di altri colleghi. Essa invece favorisce proprio la «didattica del coinvolgimento» perché è lievito che accomuna. In un contesto lavorativo in cui ognuno applica il principio di cura verso le persone, verso i luoghi e verso le cose, ogni professionista matura la consapevolezza e la responsabilità di svolgere un compito o un ruolo, una relazione, il cui tutto è parte di una progetto e di un risultato che è appunto il frutto di uno sforzo comune, di una disponibilità reciproca, di compartecipazione, di conricerca. Proporre l'idea del luogo di lavoro come comunità che cura significa introdurre il concetto di formazione clinica in azienda che si coniuga perfettamente con una formazione specialistica e una cultura di base in grado di favorire percorsi di orientamento, di promozione delle capacità, di sostegno ai progetti personali e professionali dei singoli e praticare forme di comprensione, mediazione, interpretazione dei comportamenti[8]. Questa dimensione aiuta a

> sviluppare più decise consapevolezze riguardo alla dimensione formativa del […] lavoro, promuovere un atteggiamento e un'abitudine di riflessione e di rielaborazione dell'esperienza, far sperimentare una modalità di rapporto con l'esperienza professionale che la trasforma in possibilità di nuovo apprendimento[9].

La proposta della cura come valore educativo a lavoro è quindi un atteggiamento spirituale, quello cioè che ci fa divenire parte di ognuno dei colleghi, compartecipi

[8]Cfr. D. DATO, *Pedagogia del lavoro intangibile, Problemi, persone, progetti,* Milano, FrancoAngeli, 2009, p. 94.
[9]A. REZZARA, S. ULIVIERI STIOZZI (a cura di), *Formazione clinica e sviluppo delle risorse umane,* Milano, FrancoAngeli, 2004, pp. 20-21.

della loro storia, della loro formazione e del loro lavoro. Avere cura dei colleghi, del proprio lavoro, dei propri spazi, delle cose e degli strumenti che si usano significa avere anche una visione ecologica e umanistica del mondo, non solo tesa e preservare una armonia di un contesto lavorativo, ma ad adoperarsi perché questa armonia diventi gusto e piacevolezza, senso di appartenenza e piccola impronta di sé, di un sé bello, propositivo, positivo, armonico, soddisfacente. Significa abituarsi ed allenarsi ad una visione ecoumanistica come insieme di atteggiamenti e di comportamenti che si possono facilmente mutuare in altri contesti come la famiglia. Significa cominciare a contribuire a ritrovare quella bellezza e quella armonia del mondo. In una visione del lavoro in cui ognuno partecipa con un atteggiamento di cura e di impegno per la creazione di un contesto vivibile e armonico, è molto più semplice costruire il senso dell'unità, dell'appartenenza aziendale, della crescita reciproca, perché la cura si restituisce esattamente nella misura in cui viene offerta.

Maria Luisa Lo Giacco

RIFLESSIONI SULLA DIFFICILE INTERPRETAZIONE DELLE PAROLE "RELIGIONE" E "RELIGIOSO" NEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ MULTICULTURALI*

ABSTRACT	
Le parole "religione" e "religioso" sono profondamente influenzate dal contesto culturale e sociale. La parola "religione" alle orecchie di un Nordamericano può evocare un fenomeno sociale che per un Sudamericano non è da considerarsi tale. La stessa cosa può accadere in un dialogo tra un Asiatico e un Europeo. Infatti, nella società multiculturale contemporanea, la parola "religione" ha molti significati, non sempre da tutti intellegibili, talvolta nascosti. La medesima cosa accade per l'aggettivo "religioso". Cosa intendo quando definisco un luogo, una credenza, un edificio, un comportamento come "religioso"? Posso essere davvero sicura che ciò che per me è "religioso" – perché secondo me è riferibile a una "religione" – è tale anche per la persona che ho di fronte e con la quale sto parlando? O piuttosto la mia cultura, educazione, tradizione familiare mi portano a considerare come "religioso" ciò che per altri non è tale? Si tratta di interrogativi particolarmente rilevanti se pensiamo al valore che molti sistemi giuridici attribuiscono alla "religione" e al "religioso". Le parole "religione" e "religioso" hanno significati nascosti che solo la conoscenza della cultura e della tradizione possono aiutare a rivelare. Tali significati sono però importanti nel discorso giuridico, specie nella giurisprudenza; ecco perché è necessario trovare la chiave per interpretarli.	The words "Religion" and "Religious" are deeply influenced by cultural and social context. The word "Religion" could mean to the ears of a North-American a social phenomenon that a South-American doesn't consider such. The same thing can happen in a dialogue between an Asian and a European. In fact, in contemporary multicultural society, the word "Religion" has many meanings, not always understandable, sometimes hidden. The same goes for the adjective "Religious". What do I mean when I define a place, a behavior, a building, a person with the adjective "Religious"? Can I really be sure that what for me is "Religious" – because in my opinion it refers to a "Religion"- is so for the man talking to me as well? Do my culture, education, family traditions lead me to consider as "Religious" something that for other people is not so? Such questions are particularly relevant if we think about the value that many legal systems attribute to "Religion" and "Religious". The words "Religion" and "Religious" have hidden meanings that only knowledge of a given culture and tradition may help to unravel. These hidden meanings are often important in legal discourse, especially in the case law; which is why it is necessary to reveal them.

Religione – cultura	**Religion – culture**

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

SOMMARIO: 1. Religione e religioso. – 2. Cosa intendo dire quando definisco una realtà organizzata come "religione"? – 3. Cosa intendo dire quando definisco un comportamento come "religioso"? – 4. Riflessioni conclusive.

1. Non c'è bisogno di scomodare le teorie di Samuel Philips Huntington per affermare che religione e cultura sono due realtà assolutamente collegate[1]. Come ha scritto Mario Ricca, «la compenetrazione tra religione e cultura dipende dai processi storici. In ogni angolo del mondo, in qualsiasi universo immaginario, la religione ha operato nel tempo come agenzia antropologica e di produzione di senso»[2].

Allo stesso tempo, la cultura è caratterizzata dalla lingua che, come scrive Tzvetan Todorov, «non è uno strumento neutrale, è impregnata di pensieri, azioni, giudizi trasmessi dal passato; essa delinea la realtà in una maniera particolare e infonde in noi, impercettibilmente, una specifica visione del mondo»[3]. In questo modo, «lingue e linguaggio incidono in modo decisivo sulle modalità di interazione personale e quindi sulle più basilari forme di relazione giuridica»[4]. Infatti, esiste un legame indiscutibile fra linguaggio e diritto[5].

La definizione che Todorov dà della cultura, richiama alla mente quella che della religione ha dato un importante studioso italiano della libertà religiosa e dei rapporti tra lo Stato e le religioni, Francesco Finocchiaro. Egli, nel suo manuale «Diritto Ecclesiastico», utilizzato nelle università italiane da diverse generazioni di studenti e professori, provava a descrivere la religione. Secondo Finocchiaro, la religione «ha una propria e originale concezione totale del mondo, che investe, oltre ai rapporti tra uomo e Dio, pure i rapporti fra uomo e uomo»[6].

Lingua, cultura e religione sono dunque fenomeni strettamente legati. Ciò risulta evidente se pensiamo a quanto importante sia la lingua, il linguaggio, la parola, per le religioni[7]. Allo stesso tempo, lingua e religione concorrono a formare l'identità

---

[1] S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 1997 (*The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996). Il legame tra cultura e religione è esaminato da M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013. Cfr. inoltre, M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008, in part. pp. 177-213.

[2] M. RICCA, *Laicità interculturale. Cos'è?*, in G. MACRI' – M. PARISI – V. TOZZI (a cura di), *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Salerno, Plectica,2012, p. 61.

[3] T. TODOROV, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Garzanti, Milano, 2009, p. 76 (*La peur des barbares*, Paris, R. Laffont, 2008).

[4] G. ANELLO, *Italiani, oh eteroglotti! Note preliminari a una giustizia linguistica*, in www.confronticostituzionali.eu, 30 ottobre 2013, p. 1.

[5] Cfr. G. DAMMACCO, *Le asimmetrie dei linguaggi e il dialogo creativo: verba hominis et pax Dei*, in «Athanor. Linguaggi del monoteismo e pace preventiva», (2011-12), pp. 83-99.

[6] F. FINOCCHIARO, *Diritto Ecclesiastico*, X ed., Bologna, Zanichelli, 2009, p. 75.

[7] Cfr. le riflessioni di M. RICCA, *Fede e significato. La pace come strategia di conoscenza*, in «Athanor. Linguaggi del monoteismo e pace preventiva», (2011-12), pp. 55-69.

culturale degli individui[8]. Separare la religione dalla cultura e dalla lingua, oltre che scorretto dal punto di vista storico, è impossibile dal punto di vista sociologico: la cultura si esprime attraverso una lingua e spesso ha a fondamento una religione, così come spesso le religioni, oltre a permeare le culture, utilizzano talvolta una lingua elevandola al rango di lingua sacra. E' il caso dell'islam, nel quale il Sacro Corano è scritto e deve essere letto esclusivamente nella lingua araba, ma anche dell'ebraismo che utilizza come lingua di culto l'ebraico[9].

Ma c'è un altro aspetto del legame tra cultura, lingua e religione che merita di essere approfondito, ed è quello del diverso significato che la stessa parola religione, o l'aggettivo religioso che ad essa si collega, acquista nei differenti contesti culturali.

E' il problema che provava ad affrontare Finocchiaro: che cosa vuol dire religione? Cosa è la religione? Quando un comportamento, un fatto, può essere definito religioso?

In un contesto culturalmente omogeneo la questione non si poneva. Ma nelle società contemporanee, caratterizzate da un forte pluralismo culturale e religioso, quella che con un gioco di parole Giovanni Filoramo definisce una «pluralità dei pluralismi religiosi»[10], può essere difficile dare un significato alle parole religione e religioso. Persone appartenenti a contesti culturali diversi avranno anche una differente percezione di cosa è religioso e cosa no. Come scrive Sergio Ferlito, «nella cultura occidentale, il termine 'religione'… ha un significato irriducibilmente diverso da quello che esso assume in altri idiomi e in altri contesti culturali»[11]. D'altra parte, «la multiculturalità ha prodotto un significativo cambiamento di senso per le domande di matrice religiosa, dal momento che la diversità religiosa viene sempre più vissuta (anche) come una diversità culturale»[12].

2. Quest'ultima osservazione evidenzia come l'argomento del quale ci stiamo occupando non sia un problema astratto, una questione filosofica. Al contrario, si tratta di un problema concreto, che ha delle conseguenze pratiche se affrontiamo la questione dal punto di vista giuridico. Infatti, in alcune circostanze la legge si interessa della religione e dei comportamenti religiosi. Lo Stato laico non è in grado di definire la religione e il religioso, ma spesso ha la necessità di sapere se una realtà sociale presenta le caratteristiche della religione, o se un fatto può essere qualificato come religioso[13].

---

[8] Cfr. T. TODOROV, *La paura dei barbari*, cit., pp. 82-85. Sul legame tra lingua e religione cfr. G. ANELLO, *Pretese linguistiche e culture. Il diritto alla "Parola Sacra" nella sfera pubblica pluriculturale*, in «Multilinguismo e società», (2012), pp. 21-34.

[9] Su questo argomento cfr. N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 32-35.

[10] G. FILORAMO, *Leggi di Dio, doveri degli uomini. Vantaggi e svantaggi dell'obbedienza religiosa*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale» (www.statoechiese.it), (2007), p. 3.

[11] S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 69.

[12] E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», (www.statoechiese.it), (2011), p. 20.

[13] Cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 90.

Allo stesso tempo, il multiculturalismo che caratterizza le società contemporanee e che fa emergere a livello giuridico le differenze culturali, pone in crisi lo stesso concetto di laicità[14]. Tra l'altro, dobbiamo tener presente che anche il concetto di laicità è legato al linguaggio, ed è comprensibile solo a coloro che parlano alcune lingue, come il francese, o l'italiano, mentre risulta di difficile comprensione agli anglofoni che utilizzano il termine "secolarizzazione", che però ha un significato diverso[15].

Nel discorso giuridico è pertanto importante comprendere il significato delle parole "religione" e "religioso"[16].

Esaminando con una metodologia comparativa la giurisprudenza, si noterà che un ente, che in un determinato Paese è considerato religione, in un altro non viene ritenuto tale, o peggio viene condannato e ne viene impedita l'attività in quanto setta o associazione a delinquere. Alcune realtà sociali sono in effetti di difficile catalogazione, a un occhio esterno possono sembrare più simili ad associazioni filosofiche, psicologiche, in alcuni casi magiche[17].

Un caso emblematico è quello della Church of Scientology. Fondata negli USA negli anni '50 del secolo scorso da R.L. Hubbard, e presto diffusa in tutto il mondo, si autodefinisce "religione", ma non in tutti i paesi viene riconosciuta come tale[18]. In alcuni contesti culturali, come quello italiano, le teorie e le pratiche proposte da Scientology sono difficilmente inquadrabili nel concetto di "religioso". Sembra piuttosto una teoria filosofica, per esempio non esiste una divinità alla quale gli adepti possano far riferimento. Problemi ha creato anche il fatto che Scientology chieda ai suoi aderenti di partecipare a sedute di autocoscienza psicologica a pagamento, difficilmente qualificabili come «riti religiosi». Se però queste attività venissero considerate attività «religiose» potrebbero godere delle agevolazioni previste dalle leggi fiscali e tributarie per le attività di religione. In qualche caso, le richieste economiche avanzate dalla Chiesa nei confronti dei suoi membri, sono state all'origine di processi per truffa e circonvenzione di incapace.

In una Relazione del Parlamento Europeo del giugno 1997 si legge che Scientology in Germania non è considerata una "chiesa", ma un'organizzazione che persegue obiettivi economici, un'impresa a carattere multinazionale, addirittura un'organizzazione anticostituzionale e criminale[19]. Qualche mese prima, una sentenza

---

[14] Cfr. P. STEFANÌ, *Laicità e intercultura: parole per la pace in una società multireligiosa*, in «Athanor. Linguaggi del monoteismo e pace preventiva», (2011-12), pp. 101-113.

[15] Cfr. M. RICCA, *Laicità interculturale. Cos'è?*, in G. MACRÌ – M. PARISI – V. TOZZI (a cura di), *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Salerno, Plectica, 2012, p. 59.

[16] Su questo argomento vi è ampia bibliografia. Oltre al volume di F. FINOCCHIARO, sopra citato, cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., pp. 85-96.

[17] Cfr. N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 124-125.

[18] In generale, cfr. G. CAROBENE, *Scientology tra religione e sanzione*, Liguori, Napoli, 2012.

[19] Il testo è riportato in italiano all'indirizzo web:
http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=29&documento=1252

italiana aveva negato a Scientology il carattere di religione. Si tratta della Corte d'Appello di Milano che innanzitutto ha provato a dare una definizione giuridica della religione. Secondo la Corte è religione «un complesso di dottrine incentrato sul presupposto dell'esistenza di un essere supremo, che è in rapporto con gli uomini ed al quale questi debbono obbedienza ed ossequio».

Questa sentenza però qui interessa soprattutto per il riferimento alla cultura dominante, a cosa nel linguaggio comune è considerato religione. Infatti i giudici, per stabilire se Scientology possa essere o meno considerata religione, si affidano alla cultura, a cosa viene indicato come religione nel linguaggio comune. Nella motivazione si legge infatti che Scientology non può essere definita religione perché non è considerata tale «nell'opinione pubblica dell'intera comunità nazionale». La Corte nota che tale cultura è plasmata dalla storia religiosa italiana: «Il contesto storico sociale nel quale il comune sentire si è formato risente inevitabilmente della influenza nella cultura religiosa italiana delle grandi religioni del ceppo giudaico-cristiano ed anche islamico. Si potrà forse lamentarne una certa rigidità di pensiero ma non ne si può negare l'influenza determinante sull'idea di religione e su quelli che sono i modelli di cultura religiosa diffusi nella comunità sociale»[20].

Nell'applicare il diritto i giudici hanno scelto in questo caso di utilizzare una definizione cristallizzata di religione, frutto della cultura dominante in un paese in un determinato momento storico. E' una scelta di politica giudiziaria presto sconfessata dal superiore organo giudiziario, la Corte di Cassazione, che ha annullato la sentenza della Corte di Appello di Milano non condividendo l'esclusione di Scientology dal novero delle religioni[21].

E' da tener presente che in quel periodo, in Europa, si era diffusa una certa preoccupazione e ostilità verso i cosiddetti «nuovi movimenti religiosi», definiti in maniera negativa come «sette». Il Parlamento Europeo il 29 febbraio 1996 aveva emanato una «Risoluzione sulle sette in Europa»[22], presto seguita in alcuni Paesi europei, come la Francia o il Belgio[23], da una serie di documenti e leggi repressive del fenomeno settario. Il fatto di definire "setta" un'organizzazione che al contrario rivendica la propria appartenenza al novero delle religioni costituisce un modo per esprimere, attraverso un linguaggio pieno di disprezzo, il rifiuto del diritto a riconoscere e fare spazio a nuove realtà.

Lo stesso atteggiamento di sospetto che alla fine del secolo scorso ha riguardato le cosiddette sette ha colpito all'inizio del nuovo millennio l'islam. Dopo gli attentati dell'undici settembre 2001, le parole "fondamentalismo" e "integralismo" sono

[20] La sentenza Corte d'Appello di Milano, sez. IV, 14 febbraio 1997, n. 4314, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, (1997), pp. 1019-1032.
[21] Corte di Cassazione, sez. VI penale, 22 ottobre 1997, n. 1329, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, (1997), pp. 1017-1018.
[22] In http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=28&documento=1250.
[23] Legge 2 giugno 1998, in http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=28&documento=3640.

diventate sinonimo di terrorismo e considerate come un'espressione pericolosa della religione. Ciò che sta accadendo in Siria, in Iraq e in tutto il Medioriente contribuisce ad aumentare un sentimento di paura nei confronti dell'islam, che talvolta si esprime con un linguaggio pieno di disprezzo, arrivando anche ad atti di violenza fisica, come si legge in un Rapporto presentato dall'European Network Against Racism al Comitato per le Libertà Civili del Parlamento Europeo[24]. In realtà fondamentalista o integralista è colui che vive la propria appartenenza religiosa in maniera totalizzante, o meglio fa della religione il perno attorno al quale ruota la sua vita, e non si tratta in genere di una persona aggressiva o pericolosa per gli altri. In un suo lavoro Fabio Basile indica alcuni casi giurisprudenziali, italiani e tedeschi, nei quali l'appartenenza alla religione islamica è stata attentamente valutata proprio per stabilire la presenza o meno del reato di terrorismo internazionale. Si tratta di casi in prevalenza successivi al 2001, proprio a conferma del cambiamento del modo in cui è visto l'islam nelle società occidentali dopo l'11 settembre[25].

Ma torniamo a Scientology. Il 1997 appare come l'anno dei processi a Scientology; infatti nello stesso periodo, anche i tribunali francesi si pronunciano sulla possibilità di considerare Scientology come una religione. La Corte d'Appello di Lione[26] interviene su una sentenza del Tribunale di Grande Istanza[27] della stessa città che aveva negato a Scientology il carattere di religione, qualificandola piuttosto come "setta". La Corte d'Appello ricorda la tradizione giuridica laica della Repubblica Francese, dalla quale deriva l'impossibilità di determinare cosa possa essere considerato religione e cosa no, e aggiunge che comunque una religione è tale se coesistono due elementi. Il primo, oggettivo, è quello dell'esistenza di un gruppo, di una comunità di persone, anche se di numero ridotto; il secondo, soggettivo, è costituito dall'esistenza di una fede comune. Una volta verificato che entrambi gli elementi sono presenti in Scientology, non è possibile negare a tale organizzazione la caratteristica di religione. Nel commentare questa sentenza Francesco Onida ha scritto che in questo modo si allargano «i confini del concetto di religione fino al punto che quasi ogni movimento ideologico che lo desideri vi può rientrare»[28].

Negli ultimi anni, la diffidenza verso Scientology è un po' diminuita. In Spagna, dopo anni di rifiuti, nel 2007 il Tribunale dell'Audencia Nacional ha ordinato l'iscrizione del movimento fondato da Hubbard nel registro delle organizzazioni

[24] Rapporto del 29 giugno 2015, in www.enar-eu.org.
[25] F. BASILE, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», (www.statoechiese.it), febbraio (2008), pp. 56-61.
[26] Cour d' Appel de Lyon, 4eme Chambre, 28 luglio 1997, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3 (1997), pp. 1011-1017.
[27] Trib. Gr. Inst. Lyon, 13eme Chambre, 22 novembre 1996, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3 (1997), p. 1018.
[28] F. ONIDA, *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei: il caso Scientology*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, (1997), p. 993.

religiose previsto dalla legge organica sulla libertà religiosa[29]. Lo stesso è accaduto in Argentina, dove l'iscrizione nel registro dei culti è stato deciso con un decreto del 18 novembre 2008[30].

Quanto detto su Scientology vale anche per altre realtà ai limiti fra religione, filosofia e psicologia. Pensiamo al fenomeno della New Age, al Rastafarianesimo, fino ad arrivare alla questione della qualificabilità come religione dell'ateismo. Stabilito che «non esiste un criterio dogmatico valido per distinguere una volta per tutte ciò che è religione e ciò che non lo è, dal momento che le zone grigie di questa problematica sono destinate a permanere, e a modificarsi nel tempo, in sintonia con l'evolversi della cultura e del costume»[31], si è posto il problema della qualificazione come religione di un'associazione ateistica. In Italia, la «Associazione degli atei, agnostici e razionalistici» (UAAR) ha chiesto al governo di iniziare le trattative per la stipulazione di una intesa con lo Stato ai sensi dell'art. 8 della Costituzione[32]. In una nota del 5 dicembre 2003 la Presidenza del consiglio dei ministri ha risposto negativamente a tale richiesta, negando la possibilità che un'associazione di atei possa essere considerata pari a un'organizzazione religiosa. Secondo il governo italiano, una religione è «un atto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale»[33]. Questa posizione sembrerebbe dunque dar ragione a quanti in dottrina hanno ravvisato una «differenza ontologica che oppone ateismo e religione»[34]. D'altronde è la stessa UAAR ad autodefinirsi, nel proprio Statuto come "organizzazione filosofica non confessionale"[35].

In Europa, però, tale differenza ontologica non è sempre chiara. Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che modifica il Trattato sull'Unione Europea, all'art. 17 stabilisce che l'Unione rispetta lo status di cui godono le chiese e le associazioni o comunità religiose all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, e che ugualmente rispetta anche lo status delle organizzazioni filosofiche e non confessionali; sia con le chiese che con le organizzazioni non confessionali, l'Unione Europea si

---

[29] Il testo della sentenza dell'Audencia Nacional, 11 ottobre 2007, n. 352/2005 è pubblicato in http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=29&documento=4470.

[30]Anche questo documento in http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=29&documento=4856.

[31] C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II ed., , Bologna, il Mulino, 1996, p. 202.

[32] L'art. 8 della Costituzione della Repubblica Italiana prevede la possibilità, per le confessioni religiose, di stipulare accordi con lo Stato.

[33] La Nota è citata nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, pubblicata in http://www.olir.it/ricerca/getdocumentopdf.php?lang=ita&Form_object_id=5713. Il rifiuto governativo di iniziare le trattative per la stipulazione di un'intesa è stato motivo di un contenzioso giudiziario efficacemente ricostruito e commentato da S. BERLINGÒ, *L'*affaire *dell'U.A.A.R.. da mera* querelle *politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», (www.statoechiese.it), 4 (2014).

[34] C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II ed., Bologna, il Mulino, 1996, p. 203.

[35]Anche questo documento in http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=31&documento=344.

impegna a costruire un regolare rapporto di dialogo. Sembrerebbe dunque che il diritto dell'Unione Europea non faccia distinzioni fra religioni e organizzazioni ateistiche o filosofiche. Come ha scritto Nicola Colaianni, per la prima volta in un documento giuridico «religioni e ateismi ricevono un riconoscimento non solo come diritti del cittadino ma anche con riferimento alle organizzazioni a cui possono dar luogo»[36].

In realtà, a questo proposito, è opportuno distinguere fra il concetto di libertà religiosa e quello di religione. Non c'è dubbio che negli ordinamenti occidentali la libertà religiosa venga intesa anche in senso negativo come libertà di non credere e quindi di essere atei, ed è anche vero che tali ordinamenti tutelano l'esercizio collettivo dell'ateismo[37], come forma di espressione collettiva della libertà religiosa negativa, ma in ogni caso il gruppo che promuove convinzioni ateistiche «non sembra comunque dotato del carattere di confessionalità»[38]. Anche un esame della realtà degli altri Paesi europei consente di affermare che non è mai accaduto che le associazioni ateistiche abbiano ottenuto un riconoscimento pubblico che le equiparasse agli enti confessionali[39]. Già agli inizi degli Anni '90 in Francia l'associazione «Union des athée» aveva chiesto il riconoscimento come associazione di culto, riconoscimento negato da una sentenza del Consiglio di Stato[40]. In Belgio nel 1993, con una modifica alla Costituzione, la retribuzione statale e il trattamento pensionistico a carico dello Stato che originariamente era riservato solo ai ministri di culto delle religioni riconosciute, sono stati estesi anche a coloro che, nell'ambito delle organizzazioni filosofiche non confessionali, offrono assistenza morale. Inoltre, nelle scuole pubbliche, oltre all'insegnamento religioso viene garantito anche quello di "morale non confessionale"[41]. Non mi sembra però che il semplice fatto di estendere il finanziamento pubblico alle associazioni filosofiche non confessionali (quindi ateistiche), pur rilevante in quanto espressione di un riconoscimento della utilità sociale che secondo l'ordinamento belga anche le associazioni ateistiche hanno, possa essere

---

[36] N. COLAIANNI, *Religioni e ateismi: una* complexio oppositorum *alla base del neo-separatismo europeo*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale» (www.statoechiese.it), giugno (2011), p. 2. Cfr. inoltre R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica», (www.statoechiese.it), 3, (2014), pp. 7-12.

[37] Un esame dei riferimenti, impliciti o espliciti, alla libertà di ateismo nelle Costituzioni e nelle leggi sulla libertà religiosa dei Paesi europei in S. COGLIEVINA, *Il trattamento giuridico dell'ateismo nell'Unione europea*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», (2011), pp. 55-69.

[38] J. PASQUALI CERIOLI, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative* ex *art. 8 Cost., terzo comma*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), 26, (2013), p. 20.

[39] Cfr. S. COGLIEVINA, *Il trattamento giuridico dell'ateismo nell'Unione europea*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», (2011(, p. 71.

[40] Cfr. F. FINOCCHIARO, *Un* «affaire» *piccolo, piccolo:* l'«union des athèes» *non è un'associazione cultuale*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», (1990), pp. 498-506.

[41] Cfr. G. CIMBALO, *Appartenenza religiosa e credenze «filosofiche» nella revisione costituzionale del sistema di finanziamento dei culti in Belgio*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», (1995), pp. 131-153.

considerato come un'estensione del concetto di confessione religiosa che verrebbe a ricomprendere anche tali organizzazioni[42]. In realtà, la preoccupazione del legislatore belga sembra essere stata piuttosto quella di garantire la libertà religiosa negativa dei cittadini, garantendo anche a coloro che non professano alcuna religione il sostegno e l'insegnamento morale che per i credenti è assicurato dai ministri di culto. La differenza di fondo tra religione e associazione ateistica, sia pure tra le pieghe di un linguaggio giuridico talvolta di difficile interpretazione, è in realtà chiara. D'altronde, generalmente i cosiddetti atei non sono organizzati in associazione. Si tratta di un fenomeno variegato, un non credente solitamente non si sente rappresentato da un'associazione e vive la sua mancanza di fede religiosa in modo assolutamente individuale. Pretendere dunque di applicare alle associazioni ateistiche le stesse caratteristiche proprie di una religione costituirebbe una forzatura paradossale, che si risolverebbe in una negazione della libertà dei non credenti[43].

3. Le stesse difficoltà che abbiamo incontrato nel definire cosa sia e cosa non sia religione, troviamo anche nel definire come "religioso" un comportamento, un'azione, un luogo, un rito. Tutte le religioni, infatti, chiedono ai propri aderenti di compiere alcuni atti, o di assumere alcuni comportamenti, che vengono definiti come "sacri" e in quanto tali costituiscono degli atti di culto, o riti. Se pensiamo alle religioni tradizionali, è facile individuare i comportamenti che possono essere definiti come religiosi, e che in quanto tali talvolta vengono presi in considerazione anche dalla legge. Nessun dubbio che sia un comportamento religioso la preghiera, la partecipazione a riti collettivi quali la liturgia cristiana, l'elemosina, il pellegrinaggio[44]. Tutte le culture conoscono e riconoscono come religiosi tali comportamenti. Il diritto non avrà in questi casi difficoltà ad applicare ad essi le eventuali agevolazioni previste per gli atti religiosi. Alcune religioni prevedono come atto "religioso" il lavaggio di parti del corpo, o di tutto il corpo. Pensiamo alle abluzioni per gli ebrei o i musulmani, all'immersione in alcuni fiumi sacri per gli hindu e altre religioni asiatiche, al battesimo per i cristiani; in questi casi, non sarà difficile individuare la natura "religiosa" del comportamento.

Anche il fatto di mangiare alcuni cibi, o piuttosto il divieto di cibarsi di alcuni cibi, o l'obbligo di digiunare in alcuni periodi dell'anno o in alcuni momenti della giornata, costituisce un comportamento "religioso", che il diritto distingue bene da altri tipi di

---

[42] Al contrario G. CIMBALO, *Appartenenza religiosa e credenze «filosofiche» nella revisione costituzionale del sistema di finanziamento dei culti in Belgio*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1995, p. 151, ritiene che in Belgio "la nozione di culto riconosciuto viene «estesa» fino a ricomprendere le associazioni filosofiche non confessionali".

[43] Una lettura dell'ateismo nelle società occidentali contemporanee in G. FILORAMO, *Trasformazioni del religioso e ateismo*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», (2011), pp. 3-14.

[44] Cfr. M.L. LO GIACCO, *Pellegrini, romei e palmieri. Il pellegrinaggio fra diritto e religione*, Bari, Cacucci, 2008.

"dieta", dettati magari da motivi di salute o estetici[45]. Il diritto riconosce le esigenze "religiose" legate al cibo, e le considera meritevoli di una disciplina particolare, ad esempio nella somministrazione dei cibi all'interno degli ospedali, o delle carceri. La sentenza Jakóbski della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato il diritto di un detenuto in un carcere polacco, buddista di scuola Mahayana, a ricevere una dieta vegetariana così come prescritto dalla sua fede religiosa. Tale diritto viene considerato dalla giurisprudenza europea come espressione della libertà religiosa del detenuto, mentre la giurisdizione polacca, l'aveva considerato un capriccio, come tale privo di qualsiasi rilevanza giuridica, consentendo al più che gli fossero forniti i pasti previsti per i detenuti musulmani, quindi senza la sola carne di maiale[46]. Ugualmente, nel caso Vartic la stessa Corte Europea ha ribadito la necessità che venga riconosciuta e garantita ai detenuti – anche qui si trattava di un buddista che chiedeva di poter ricevere cibo vegetariano – la possibilità di seguire una dieta secondo i precetti della religione alla quale aderiscono. Anche in questo caso, come nel precedente, le autorità penitenziarie si erano limitate a fornire al detenuto la dieta prevista per i detenuti di altra religione, in particolare i cristiano-ortodossi durante i periodi di digiuno, quindi non del tutto vegetariana. La Corte afferma con chiarezza che il fatto di voler seguire una determinata dieta è da considerarsi come comportamento religioso, da tutelarsi in quanto espressione della libertà religiosa[47].

Le cose cominciano a complicarsi quando gli atti "religiosi" si presentano in forme estranee alla cultura e al linguaggio dominante, tali da non essere immediatamente riconosciuti. Ho già fatto l'esempio delle sedute di "auditing" previste dalla Chiesa di Scientology, ai quali con difficoltà gli ordinamenti giuridici hanno attribuito la qualifica di atti di culto. Ancora, possiamo pensare ad alcuni trattamenti sanitari, o al rifiuto di ricevere determinate terapie mediche, che per i credenti di certe religioni costituiscono un obbligo di natura "religiosa", ma che gli ordinamenti giuridici faticano a riconoscere come tali, o addirittura non possono. E' il caso di pratiche come la circoncisione, o il rifiuto di sottoporsi a trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova, anche quando la trasfusione sia necessaria a salvare la vita.

In alcuni di questi casi, è difficile per il diritto stabilire il confine tra comportamento "religioso" (quindi in quanto tale lecito) e comportamento "illegale" (in quanto tale da reprimere in base alla legge penale). Facciamo l'esempio della circoncisione. Qualche religione tradizionale prevede l'obbligo di circoncidere i bambini maschi. Il diritto riconosce e ammette tale obbligo, purché non metta a repentaglio la salute del bambino. In altre tradizioni cultural-religiose, però, la circoncisione viene effettuata da un anziano della comunità di appartenenza, proprio per sottolineare la natura "religiosa" o "rituale" del gesto. Questo non è ammesso nel

[45] Cfr. A.G. CHIZZONITI – M TALLACCHINI (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Tricase (Le), Libellula edizioni, 2010.
[46] E.C.H.R., IV section, Case Jakóbski v. Poland, n. 18429/06, 7 december 2010.
[47] E.C.H.R., III section, Case Vartic v. Romania (n.2), n. 14150/08, 17 december 2013.

diritto dei Paesi occidentali, nei quali la circoncisione può essere effettuata solo in ambiente sanitario da parte di personale medico, e che quindi considerano un reato, ad esempio esercizio abusivo della professione medica e lesioni personali volontarie, un comportamento che per altre culture è "religioso"[48]. Reato è considerata sempre la cosiddetta circoncisione femminile, che in realtà a torto viene considera una pratica "religiosa", poiché si tratta di un'usanza diffusa presso alcune comunità etniche e non di un obbligo previsto da qualche religione[49]. La giurisprudenza italiana, però, nel condannare gli autori di alcuni interventi di circoncisione femminile, ha tenuto conto delle motivazioni etnico-culturali che erano alla base del loro comportamento, applicando le attenuanti generiche, in sede di determinazione dell'entità della pena.

Si tratta dei cosiddetti "reati culturalmente motivati", cioè di quei comportamenti che per la legge di un Paese sono illegali, ma che non sono compresi come tali da chi li pone in essere, in quanto considerati legittimi e talvolta doverosi nella propria cultura[50]. Anche in questi casi risulta rilevante la lingua e la sua comprensione. Un immigrato, appartenente a un orizzonte culturale profondamente diverso da quello in cui si trova a vivere, avrà grandi difficoltà a comprendere il diritto del paese in cui si trova se non conosce la lingua attraverso cui quel diritto si esprime. L'integrazione culturale diventa un fattore nodale anche per un'effettiva applicazione del diritto[51].

Illegale è in alcuni paesi il fatto di indossare in luoghi pubblici un particolare abbigliamento religioso. L'esempio più noto è quello del velo islamico. Anche in questo caso, però, il linguaggio rischia di confondere la realtà, poiché con la parola "velo" si indicano oggetti ben diversi fra loro. Esistono infatti molte tipologie di "velo", che vanno dal semplice "foulard", o "hijab", che copre semplicemente i capelli e che viene utilizzato come accessorio di abbigliamento anche da donne non musulmane, al "chador" che è un lungo mantello nero che copre la testa e tutto il corpo, al "niqab" che copre anche parte del viso lasciando scoperti solo gli occhi, fino al "burqa" che invece copre tutta la donna come una gabbia di stoffa. In alcuni paesi del mondo è fatto obbligo alle donne di indossare in pubblico il velo islamico: il diritto cioè ritiene così importante un precetto religioso da renderlo obbligatorio. In altri paesi, al contrario, è proibito alle donne indossare il velo in luoghi pubblici, come scuole, università, uffici, tribunali, addirittura per strada. In questi casi il velo, più che un simbolo della religiosità, viene

---

[48] Cfr. l'esempio fatto da P. CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 203-205.

[49] Cfr. M.L. LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia,* in ID. (a cura di), *La famiglia e i suoi soggetti. Temi giuridici*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 50-51. Sulla circoncisione femminile si è espresso anche il Consiglio d'Europa; cfr. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 22 may 2001, n. 1247 "Female genital mutilation", in http://www.olir.it/documenti.

[50] Sul tema cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010; E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, cit., pp. 33-44.

[51] Cfr. F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), (2013).

considerato un ostacolo alla libera determinazione delle donne e, soprattutto, un "attentato" alla laicità delle istituzioni pubbliche. In Francia la legge n. 1192 dell'11 ottobre 2010 proibisce la possibilità di indossare in qualsiasi luogo pubblico il velo che copra il viso. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la sentenza S.A.S. si è pronunciata su questa legge. Alla Corte si era rivolta una donna francese di origine pakistana, che affermava di appartenere alla tradizione culturale sunnita, per la quale è segno di rispetto nei confronti della dignità della donna il fatto che possa indossare in pubblico il velo che copra il viso. Ma nella cultura occidentale il rispetto per la dignità della donna e l'uguaglianza si traduce nel proibire un abbigliamento che viene interpretato come un modo di negare la sua identità, nota la Corte. Nella cultura europea il fatto di poter vedere il volto dell'altro è fondamentale nella costruzione di relazioni sociali e anche se la copertura del viso è espressione della propria fede religiosa, le esigenze di tutela della sicurezza pubblica consentono di limitare la libertà religiosa[52]. Una terza soluzione è quella adottata da quei paesi che, come l'Italia, lasciano libere le donne di indossare il velo, purché il viso sia scoperto e la persona riconoscibile, per motivi di ordine pubblico.

Dunque, un medesimo comportamento (indossare il velo) viene definito dal diritto come un obbligo, come una possibilità, come vietato, a seconda del bene giuridico che si intende privilegiare (libertà religiosa, laicità delle istituzioni, ordine pubblico e sicurezza). Ciò può determinare confusione nei destinatari della norma: facciamo l'esempio di una donna iraniana. Nel suo paese il chador è un obbligo. Se questa donna decidesse di emigrare in Europa e scegliesse come prima tappa l'Italia, potrebbe continuare a portare il suo chador. Ma se poi il suo viaggio proseguisse verso la Francia e decidesse di iscriversi in una scuola pubblica per imparare la lingua del paese in cui ha scelto di stabilirsi, scoprirebbe che quello che era obbligatorio in Iran, e viene ammesso in Italia, è vietato in Francia.

Non si tratta di un problema che riguarda solo l'abbigliamento islamico. Nella tradizione cristiano-ortodossa il fatto di portare al collo un simbolo cristiano, ad esempio una piccola croce, è un obbligo sancito dalla legge canonica e viene considerato come un'espressione della propria fede religiosa[53]. Nella sentenza Eweida la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è occupata del caso di una hostess di fede ortodossa, dipendente della compagnia British Airwais, che era stata licenziata perché si era rifiutata di togliersi dal collo una catenina con una piccola croce. La Corte sottolinea che la stessa compagnia aerea riconosce alle donne musulmane il diritto di indossare l'hijab purché esso sia dei colori approvati dalla compagnia, e ai dipendenti

[52] E.C.H.R., Grand Chamber, Case S.A.S. v. France, n. 43835/11, 1 july 2014. Per un commento cfr. A. LICASTRO, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme"*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), 28 (2014).

[53] Cfr. P. RYABYKH – I. PONKIN, *The wearing of Christian baptismal crosses*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), 32 (2012), p. 1.

di religione sikh la possibilità di portare il turbante blu o bianco e il braccialetto, anche quando indossano una maglietta a maniche corte. I tribunali inglesi avevano ritenuto legittimo il licenziamento della hostess cristiana sulla base del fatto che indossare la croce non sarebbe un obbligo, cosa che, come abbiamo visto, non è del tutto vera per i cristiani ortodossi come la signora Eweida. La Corte Europea ha invece ritenuto leso il diritto di libertà religiosa, che si esprime anche nel poter manifestare liberamente la propria fede[54].

Nei paesi occidentali si è posta anche la questione dell'abbigliamento dei sikh, in particolar modo della possibilità per gli uomini di indossare il turbante e di portare con sé il kirpan, il pugnale rituale; in effetti, il pugnale non appartiene all'universo simbolico religioso occidentale, e con qualche difficoltà le autorità pubbliche riescono a qualificare come "religioso" un oggetto che nella cultura e nell'immaginario predominante è generalmente utilizzato in cucina o, peggio, come arma. Nel 1987 la "Criminal Court of the City of New York" ha affrontato il caso di un fedele sikh trovato in possesso del pugnale mentre si trovava sulla banchina di una stazione della metropolitana. Accusato di possesso di armi da taglio, si era difeso dicendo che in realtà stava esercitando il suo diritto di libertà religiosa, in quanto il pugnale kirpan è un simbolo religioso. I giudici statunitensi, pur non negando la qualità di oggetto "religioso" del pugnale, hanno stabilito che in questo caso la libertà religiosa deve cedere alle esigenze di sicurezza e incolumità, sottolineando la difficoltà per la polizia di stabilire di volta in volta se la persona fermata con un coltello addosso sia un fedele sikh. Si suggerisce di risolvere la questione sostituendo, quando ci si trova in luoghi pubblici, il pugnale in metallo con un pugnale "simbolico", di materiale non potenzialmente offensivo[55]. Un Tribunale penale italiano ha invece riconosciuto il carattere di simbolo religioso del pugnale indossato dai fedeli della religione sikh. Nella sentenza del Tribunale di Cremona del 19 febbraio 2009 [56], si legge una breve spiegazione della religione sikh e degli obblighi previsti per i fedeli. Tra questi appunto l'obbligo per gli uomini di portare sempre con sé il pugnale "kirpan", simbolo della resistenza al male. I giudici italiani notano che il pugnale, per le sue dimensioni e per il materiale di cui è fatto, sarebbe effettivamente da considerare come un'arma. Aggiungono però che in questo caso il pugnale era stato indossato non con lo scopo di aggredire qualcuno, e quindi non per mettere a repentaglio la sicurezza pubblica, ma

---

[54] E.C.H.R., IV section, Case Eweida and Others v. The United Kingdom, n. 48420/10, 59842/10, 5167110, 36516/10, 15 january 2013.

[55] Il caso "People v. Singh, 13 maggio 1987 è citato e commentato da F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d.* cultural defense *nell'ordinamento statunitense*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), luglio (2009), pp. 46-48.

[56]In http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=127&documento=4939. Nello stesso periodo, il Tribunale di Venezia, sentenza 23 gennaio 2009, aveva assolto un fedele Sikh che indossava il Kirpan, non perchè giustificato dalla motivazione religiosa ma perchè, osservato il pugnale, il giudice aveva verificato che la lama non era affilata, e quindi che non era un'arma potenzialmente pericolosa. Anche questa sentenza in http://www.olir.it/documenti.

per esercitare il diritto di libertà religiosa, diritto garantito dalla Costituzione italiana. Il fedele sikh viene perciò assolto[57]. Particolarmente interessante è la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada su questo argomento. Nella sentenza Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys[58], è stato affrontato il caso di uno studente sikh che aveva portato a scuola il pugnale kirpan. I giudici costituzionali canadesi si sono soffermati su due problemi. In primo luogo hanno esaminato la possibilità di considerare il pugnale come uno strumento pericoloso. Hanno perciò verificato che nella tradizione sikh il pugnale non ha uno scopo offensivo, aggiungendo anche che nelle scuole gli studenti portano ogni giorno oggetti più pericolosi come forbici o mazze da baseball. Soprattutto, però, i giudici valutano la questione alla luce del multiculturalismo, considerato come valore fondamentale della società canadese. Infatti, si legge nella sentenza, vietare il kirpan a scuola sarebbe non solo «irrespectueuse envers les fidale de la religion sikhe» ma, soprattutto, «ne tient pas compte des valeurs canadiennes fonde sur le multiculturalisme». Un pugnale può essere dunque un oggetto pericoloso, e come tale da vietare, secondo il diritto di alcuni Stati, e un simbolo religioso, in quanto tale da tollerare, secondo il diritto di altri Stati.

Un altro esempio di comportamento "religioso" che invece per il diritto può costituire reato è l'assunzione di sostanze stupefacenti da parte dei fedeli di alcune "religioni". Già alcuni anni fa i tribunali statunitensi hanno dovuto giudicare casi di fumo di una sostanza psicotropa, il peyote, da parte dei seguaci della religione tradizionale americana, i Native Americans. In presenza di leggi federali che proibiscono l'utilizzo di droghe, il Congresso degli Stati Uniti è intervenuto il 2 ottobre 1994 con il par. a) del «Protection and preservation of traditional religions of Native American Act»[59] che sottolinea come «for many Indian people, the traditional ceremonial use of the peyote cactus as a religious sacrament has for centuries been integral to a way of life, and significant in perpetuating Indian tribes and cultures». Il diritto degli Stati Uniti ammette dunque la possibilità che un comportamento illecito, quale il fumo di una sostanza stupefacente, sia da considerarsi in realtà come un comportamento religioso, e per questo legittimo, anzi necessario per la difesa della cultura e delle tribù indiane. Ciò che è religioso nella cultura dei Nativi Americani, lo diventa anche nel linguaggio del diritto degli Stati Uniti d'America.

Casi simili ha dovuto affrontare anche la giurisprudenza italiana. Con la sentenza del 5 dicembre 2005, n. 44227 la Corte di Cassazione ha stabilito che in nessun caso la

[57] Il 7 aprile 2015 il Ministero dell'Interno – Dipartimento libertà civili e immigrazione ha approvato un prototipo di kirpan che, per essere considerato oggetto di culto e non strumento atto a offendere dovrà avere una lama che non supera i 6 centimetri e un manico non più lungo di 4.

[58] Sent. n. 30322 del 2 marzo 2006,
in http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=127&documento=3614

[59] 42 U.S.C., § 1996. Cfr. F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 62-64.

pratica di una religione può giustificare il compimento di atti illegali[60]. Nello specifico, alcuni fedeli di un gruppo religioso denominato Santo Daime, originario della foresta amazzonica, erano stati trovati in possesso di una bevanda (l'Ayahuasca) prodotta con erbe che contengono una sostanza psicotropa. I giudici italiani hanno stabilito che non si può contravvenire alla legge che vieta l'uso di sostanze stupefacenti affermando che si tratta di un uso "religioso", anche se poi nello specifico hanno anche assolto gli imputati poiché le sostanze contenute nella bevanda rituale, pur avendo effetti di tipo allucinogeno, non sono considerate droghe dalla legge italiana. Successivamente, però, la stessa giurisprudenza italiana ha cambiato atteggiamento. La Corte di Cassazione si è infatti occupata dopo qualche anno di un caso simile. Si trattava di fedeli della religione "Rastafariana", un gruppo politico-religioso proveniente dalla Giamaica, che fumano marijuana a scopo meditativo. I giudici hanno stabilito che i credenti della religione rafastariana possono detenere quantitativi di marijuana superiori a quelli stabiliti dalla legge italiana come limite per l'utilizzo personale, proprio perché la droga viene utilizzata per un fine "religioso". Come scrive Andrea Bettetini, in questo modo i giudici hanno «introdotto una nuova scriminante per i reati in materia di sostanze stupefacenti in ragione della religione praticata… E' la religione che giustifica un atto che, altrimenti compiuto, costituirebbe una violazione di legge penalmente sanzionata»[61].

Dell'uso "religioso" della marijuana da parte dei rastafariani si sono occupati anche i giudici inglesi, che pur condannando i consumatori hanno applicato delle pene piuttosto miti[62].

Certo, è difficile per la cultura comune accettare l'idea che una "religione" preveda l'utilizzo di droghe come atto "religioso", si tratta di uno di quei casi nei quali si mostra con grande evidenza quanto sia difficile dare un significato all'aggettivo "religioso" nella società multiculturale.

4. Gli esempi fatti mostrano la difficoltà di individuare il significato delle parole "religione" e "religioso" nel linguaggio giuridico. Il linguaggio giuridico, infatti, in quanto espressione di una cultura, «è un sistema semiotico, perciò aperto, esposto al cambiamento e all'aggiornamento, ma soprattutto che vive nella mente degli individui intrecciandosi alle loro vicende personali»[63]. La trasformazione delle società

---

[60] Corte di Cassazione, sez. VI pen., sent. 5 dicembre 2005, n. 44227, in http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=28&documento=3486.

[61] A. BETTETINI, *Brevi riflessioni sulla recente giurisprudenza "apicale" in ambito ecclesiasticistico*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), (2009), p. 4. Nello stesso lavoro sono citate le sentenze della Cassazione, VI sez. pen., n. 17899/08, n. 19788/08, n. 27330/08, n. 28720/08, n. 40575/08.

[62] Casi cit. da F. BASILE, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), (2008), pp. 53-55.

[63] M. RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in «EC Rivista on-line dell'AISS, Associazione Italiana di Studi Semiotici» (http://www.ec-aiss.it/), (2013), p. 3.

occidentali da società omogenee dal punto di vista religioso e culturale a società multiculturaliste, rende necessario anche un cambiamento nelle modalità di comprensione della "religione" e del "religioso". Non è più possibile restare ancorati alla tradizionale idea di cultura, mentre si rende necessario un approccio interculturale, che consenta di decifrare la "religione" e il "religioso" "in quanto cifre semiotiche, cioè icone riassuntive di esperienze e significati riproducibili e rinnovabili, attualizzabili in nuovi tempi e contesti[64]. Infatti, l'approccio multiculturalista concentra la sua attenzione sul gruppo, rischiando di creare delle comunità chiuse, impermeabili alle altre, alla fine in conflitto con esse. Un esempio lo abbiamo visto nei casi Jakóbski e Vartic: le autorità nazionali, dopo una prima iniziale diffidenza e difficoltà nel riconoscere la qualità di "religiose" alle richieste di diete speciali, hanno accettato di considerarle tali ma, negandone la specificità, le hanno forzatamente ricondotte a una "religiosità" conosciuta e già disciplinata, fornendo a uno i pasti "halal" e all'altro quelli previsti per i detenuti della religione di maggioranza nel paese, sia pure in momenti speciali quali i periodi canonici di digiuno. Le individualità sono state forzatamente inglobate in una collettività tranquillizzante perché già nota, con il risultato di negare il diritto di libertà religiosa individuale.

Diverso è l'approccio interculturale, che mira a trovare «solutions addressed to dissolve the potential conflict between cultures and legal rules»[65].

La traduzione interculturale è perciò una risposta, forse l'unica percorribile, che consente di accogliere le differenze culturali e religiose all'interno dei valori democratici e costituzionali. Ciò, appunto, non negando o annullando le differenze, ma provando a ricomporle in un quadro giuridico condiviso, salvaguardando l'identità individuale e non l'identità culturale del gruppo, come avviene nei sistemi multiculturali [66]. Il multiculturalismo, in ultima analisi, non appare come la risposta più adeguata alle questioni che le società multiculturali pongono al diritto, poiché, piuttosto che ricomporre le diversità in un quadro giuridico condiviso, tende a «irrigidire le differenze, a proporle come caratteristiche irrinunciabili talvolta contro la volontà dei diretti interessati»[67].

---

[64] M. RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in «EC Rivista on-line dell'AISS, Associazione Italiana di Studi Semiotici», (http://www.ec-aiss.it/), (2013), p. 6.

[65] M. RICCA, *Intercultural law, Interdisciplinary Outlines. Lawyering and Anthropological Expertise in Migrations Cases: Before the Courts*, in «EC Rivista on-line dell'AISS, Associazione Italiana di Studi Semiotici», (http://www.ec-aiss.it/), 3 marzo (2014), p. 38.

[66] P. STEFANÌ, *Religione, cultura e diritto. Metafora e traduzione nell'approccio interculturale alla scienza giuridica*, in «Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture», (2014), pp. 407-408 (anche in http://www.annalidipartimentojonico.org).

[67] P. CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), (2007), p. 17. Si veda inoltre P. CONSORTI, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti*

La traduzione interculturale consente di evitare, da un lato, la frammentazione giuridica che si determina negli ordinamenti che accolgono l'approccio multiculturale, e dall'altro lato prova a garantire l'effettività e l'efficacia delle norme giuridiche, che per essere percepite come doverose non possono contare solo sulla minaccia della sanzione, ma devono essere condivise dai destinatari[68].

condominiali nella società multiculturale, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica» (www.statoechiese.it), (2009), pp. 1-9.

[68] P. STEFANÌ, *Religione, cultura e diritto*, cit., p. 402.

Giulio Mastrangelo

LA CONTROVERSA COMPETENZA DEL GASTALDO NELLA LONGOBARDIA MERIDIONALE*

ABSTRACT	
Questo studio illustra le varie tesi della storiografia sui gastaldati, le circoscrizioni amministrative governati da un ufficiale ("Gastaldo") con pieni poteri in materia civile, militare e giudiziaria, nella regione del Longobardia meridionale. In particolare viene ricostruito l'ambito delle complesse attribuzioni istituzionali dell'ufficio di Gastaldo e dei meccanismi della amministrazione del potere giudiziario nell'ordinamento giuridico longobardo ed ai poteri e ai doveri attribuiti ai giudici attraverso l'analisi delle norme dell'Editto di Rotari e delle leggi dei successivi re longobardi e di quelle di Arechi II e Adelchi, principi di Benevento.	This paper aims at highlighting the different positions of historians on the “Gastaldati”, the administrative constituencies ruled by an officer (“Gastaldo”) with full powers over civil, military and judicial matters, in the region of Southern Longobardy. It is aimed at giving evidence of the complex responsibilities attributed to the Gastaldo officers, of the mechanics in the administration of the judicial power in the Longobard legal system, and of the duties and powers attributed to judges, through the analysis and the review of the Edict of Rotari and of the laws enacted by the subsequent Longobard Kings, as well as by Arechi II and Adelchi, Princes of Benevento.
Gastaldo – Editto – Rotari	**Gastaldo – Edict – Rotari**

SOMMARIO: 1. Il Ducato di Benevento: organizzazione istituzionale. 2. Tesi a confronto sulle competenze del gastaldo. 3. Competenze e attribuzioni normative del gastaldo.

1. Giova premettere che la realtà ordinamentale nell'alto Medioevo è complessa e lontana dallo Stato di diritto moderno. All'apparato robusto, capillare e articolato come quello romano, non se ne sostituì - secondo Grossi[1] - uno di pari dignità e intensità. Con l'inserimento nella civiltà mediterranea di popoli nordici, quali i Longobardi, si viene a creare una situazione di incompiutezza del potere politico con un diritto che non trova più la sua fonte in una legge scritta ma nasce dal basso. È quella che Grossi definisce una società senza Stato, senza separazione dei poteri, dove il re assomma anche le funzioni di *iudex*, dove fiorisce il pluralismo giuridico, dove

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

[1] P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Bari, Laterza, 2008, p. 1.

tra le fonti del diritto primeggia la consuetudine, dove, infine, altri aspetti legati a circostanze di luoghi, tempi e situazioni contingenti influenzano l'applicazione del diritto.

In questa sede faremo il punto sulle competenze e le funzioni esercitate dal gastaldo, su cui le opinioni degli storici sono discordi.

Le funzioni di governo nel ducato di Benevento venivano esercitate dal Duca, sia direttamente (assistito dalla curia che sedeva a Benevento *in Palatio*), sia per il tramite dei gastaldi, messi a capo dei gastaldati, istituiti man mano che procedeva la conquista delle regioni meridionali. Sul gastaldato, quale «struttura portante del ducato»[2] dal punto di vista amministrativo, non si registrano disparità di opinioni.

Si dibatte, invece, se, oltre quelle amministrative, i gastaldi esercitassero altre funzioni istituzionali, tra cui quelle giurisdizionali. Secondo una prima teorica, la loro potestà sarebbe limitata alla sola gestione del fisco ducale in quanto nel ducato beneventano le terre fiscali erano costituite dagli *Actus* o *Actiones*, amministrati dagli *Actores*[3]*;* seguendo questa teoria si sostiene che dagli atti emergono *actus*, *iudiciaria* e *subactio* che sembrano riferirsi alla «ripartizione del fisco ducale, rimanendo del tutto in ombra le prerogative militari e giudiziali degli ufficiali e, più in generale, i modi del governo territoriale»[4]. Il Lorè cita a sostegno della sua tesi l'autorità di Jean-Marie Martin sostenendo che «la terminologia dei diplomi ha più a che fare con la gestione fondiaria che con il governo del territorio». Senonchè l'Autore citato è tra i più convinti assertori della tesi opposta. Osserva, infatti, che già «nella seconda metà del IX secolo emergono nel palazzo gastaldi specialisti della giustizia» e che «gli atti salernitani attestano che i gastaldi, e anche gli sculdahis, esercitano funzioni propriamente giudiziarie»[5].

Una diversa corrente di pensiero, pur ammettendo che «il fondamento del potere dei gastaldi sia l'attività amministrativa delle *curtes regiae*»[6], sostiene che accanto al duca coesisteva il gastaldo regio e che ad Arezzo e a Siena i gastaldi esercitavano funzioni di giudici, oltre quelle di amministratori cittadini, sicché andava postulata l'esistenza di una categoria particolare di tali ufficiali che esercitavano veri e propri poteri ducali, chiamati *gastaldi civitatis*; ma si avverte che esisteva una terza categoria di gastaldi, quelli dei ducati di Spoleto e di Benevento, ove «il *gastaldus civitatis* è un funzionario in subordine del duca, con competenza territoriale ben determinata» diversa da quella di tutto il resto del regno longobardo in quanto «i duchi di Spoleto e di Benevento si atteggiano un poco a sovrani e considerano il loro

---

[2] C.D. FONSECA, *Longobardia minore e Longobardi nell'Italia meridionale*, in *Magistra Barbaritas – I Barbari in Italia*, Milano, Scheiwiller, 1984, p. 145.
[3]*Ibidem*.
[4] V. LORÈ, *I gastaldi nella Puglia longobarda* in *Bizantini, Longobardi e Arabi in Puglia nell'alto medioevo*, Spoleto 2012, CISAM, p.251.
[5] J.-M. MARTIN, *La Longobardia meridionale*, in S. GASPARRI (a cura di), *Il Regno dei Longobardi in Italia. Archeologia, società e istituzioni*, Spoleto 2004, CISAM, p. 344 s
[6] C.G. MOR, voce *Gastaldo*, in *Nov. Dig. It.*, vol. VII, p. 763.

ducato alla stessa stregua del Regno sicché i gastaldati in cui sono divisi e il territorio spoletino e quello beneventano, vanno ragguagliati ai ducati del regno (…) cioè sono centri di *Judiciaria*»[7]. La dottrina successiva è riportabile, seppure con alcune sfumature, a quest'ultima opinione. Secondo Delogu, i gastaldi sono ufficiali nominati dai duchi di Benevento, col compito di provvedere a tutte le attività di governo e di difesa, anche a quelle giudiziarie; pur se, con riferimento a queste ultime, «i pochi giudicati dell'VIII e della prima metà del IX secolo (…) mostrano il duca, e poi il principe, condurre da solo tutto il procedimento»[8]. Ma verso la fine del secolo IX – aggiunge -, «il principe si spogliò della funzione giudicante già assunta e investì del dibattimento e del giudizio un diverso titolare, qualificato dal doppio titolo di gastaldo e giudice»[9] e, infine, nel X secolo «in tutto il meridione longobardo i giudizi sono tenuti da 'giudici' senz'altro titolo (…) senza assessori, con la sola presenza, non essenziale, di astanti in funzione di testimoni»[10]. Tuttavia, lo stesso Autore è costretto ad ammettere l'esistenza (accanto a quelli tenuti da gastaldi – giudici o soltanto da giudici) anche di giudizi tenuti da gastaldi col solo loro titolo, citando i giudicati di Nocera presso Salerno e quelli di Benevento. A questi va aggiunto il giudicato di Massafra, ove un gastaldo (con questo solo titolo) nel 970 dirige il dibattimento, emana la sentenza di prova e, dopo la decisione, detta la redazione della *notitia iudicati*[11]. Peraltro, negli atti del principato di Salerno, sono attestati nell'esercizio di funzioni propriamente giudiziarie non solo i gastaldi, ma anche gli *sculdahis*, con la presenza di astanti in funzione di testimoni[12]. Secondo Amati, i gastaldi sono da definire ufficiali nominati dai duchi di Benevento, col compito di provvedere a tutte le attività di governo e di difesa[13]. Secondo Princi Braccini costoro svolgevano, oltre le attività di amministrazione del patrimonio ducale e di difesa nel territorio di

---

[7] C.G. MOR, *I gastaldi con potere ducale nell'ordinamento pubblico longobardo*, in *Atti del 1° Congresso internazionale di studi longobardi*, Spoleto, Cisam, 1951, pp. 412-414.

[8] P. DELOGU, *La Giustizia nell'Italia meridionale longobarda*, in *La Giustizia nell'alto Medioevo (secoli IX-XI)*, tomo I, Spoleto, CISAM, 1997, p. 263.

[9] Ivi, p. 264. Secondo l'A. nel C.D.C. figurano 10 notizie di giudicato per il periodo 858-928; in esse 3 risultano tenuti da gastaldi-giudici; 2 da gastaldi senza titolo di giudici; i restanti 5 da *iudices*, in tre casi qualificati come ecclesiastici (ivi nota 8).

[10] Ivi, p. 265. In nota 9 riporta: L'evoluzione è evidente soprattutto nei documenti del C.D.C., che costituiscono una serie sufficientemente consistente e continua. Tra il 936 e il 992, il giudice unico compare nei docc. I, nr. 161, 180, 198, 209; II, nr. 230, 253, 259, 274, 284, 288, 302, 338, 339, 350,373, 377, 395, 415, 424, 426, 439, 444, 447, 449;.

[11] G. MASTRANGELO, *Un giudicato longobardo del 970 in Terra d'Otranto*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto», a. IV, Bari, Cacucci, 2011, pp. 299-321. Nel giudicato di Massafra, il titolare dell'azione giudiziaria pur essendo un greco, tale Trifilio, non si definisce nè *krites* nè *iudex* ma «gastaldo»; egli dirige il dibattimento e fa redigere il giudicato «*pro securitatem*» della parte vittoriosa. I «*nobiliores homines*» che lo assistono sono latini e tra essi figura Lupone «*gastaldeo*», cioè gastaldo: il che lascia presumere che, prima dell'anno 967, proprio costui amministrasse la giustizia nel Castello di Massafra in qualità di gastaldo.

[12] J. M. MARTIN, *La Longobardia meridionale*, cit., p. 345.

[13] A. AMATI, *Un'eredità longobarda in terra di Bari: il diritto consuetudinario*, in L. SINISI (a cura di), *Presenze longobarde in Italia, Il caso della Puglia*, Rimini, Longo editore, 2007, p. 130.

competenza, altresì «compiti locali di reclutatore e guida militare (in aiuto del re nel caso di una guerra), di polizia e, per quel che ci interessa, di giurisdizione (principalmente criminale)»[14].

2. La tesi che vuole la competenza del 'gastaldo' limitata all'amministrazione del patrimonio e del fisco ducale non convince; essa si basa, in gran parte, sullo spoglio delle fonti documentarie pervenuteci, ma proprio la scarsità di queste ultime fonti non consente – a parere dello scrivente - di delineare la reale sfera di competenza del gastaldo, escludendone ogni altra.

In campo giurisdizionale per l'VIII secolo abbiamo in tutto nove giudicati (cinque in originale e quattro facenti parte di documenti perduti) e riguardano liti tra chiese e monasteri e altri soggetti per il possesso di casali e di terre. A essi sono da aggiungere ventidue notizie di giudizi, indicate come «*iudicia*»[15], che sono contenute nella magna charta del novembre 774 a favore del monastero di S. Sofia di Benevento.

Come è noto, il processo longobardo era eminentemente basato sul principio della oralità e mancava nella organizzazione istituzionale un organo burocratico assimilabile a una moderna "cancelleria", deputato a redigere e a conservare le decisioni che definivano il processo. Le carte che ci sono pervenute, denominate *notitia judicati, judicatum definitionis, breve memoratorio,* sono documenti massivi che compendiano in un'unica, indivisibile pagina un intero procedimento (talvolta anche non continuativo cronologicamente) (...) fino al documento di sentenza, la *notitia iudicati* appunto, redatto da un notaio al di fuori di qualunque bureau, ed è convalidato dalle sottoscrizioni dei giudici[16]. Se si sono salvati soltanto così pochi giudicati, ciò è dovuto all'interesse precipuo di chiese e monasteri a conservare gelosamente gli atti di concessione a loro favore di terre e casali in uno ai documenti giudiziari che riconoscevano il loro diritti su tali beni[17].

Ovviamente, nessuno si è spinto a dire che questi documenti siano rappresentativi di tutti quelli emanati nella Langobardia meridionale.

Se nelle fonti di VIII sec., il giudizio è condotto in prima persona dal duca e si svolge in Benevento *in Palatio*, ciò non significa che tutti i giudizi, anche quelli promossi nei gastaldati più periferici, fossero presieduti e decisi dal duca a Benevento. La curia non aveva i mezzi e la struttura per farlo e non sarebbe stata in grado di gestire efficacemente l'intero contenzioso del ducato.

---

[14] G. PRINCI BRACCINI, *Termini germanici per il diritto e la giustizia: sulle tracce dei significati autentici attraverso etimologie vecchie e nuove,* in *La giustizia nell'alto Medioevo (secoli V-VIII),* Spoleto, CISAM, 1995, tomo II, p. 1086.

[15] ZIELINSKI, *op. cit.*, p. 170.

[16] G. NICOLAJ, *Gli acta giudiziari (secc. XII-XIII): vecchie e nuove tipologie documentarie nello studio della diplomatic*a, in *La diplomatica dei documenti giudiziari (dai placiti agli acta – secc. XII-XV),* Roma, Ministero per i Beni e le Attività culturali – Direzione generale per gli Archivi, 2004, p. 5.

[17] ZIELINSKI, *op. cit.*, p. 14-22

È da ritenere pertanto che l'attività giurisdizionale venisse esercitata dai gastaldi, messi a capo dei vari gastaldati, anche senza una delega *ad hoc* da parte del duca, in quanto il potere giudiziale discendeva direttamente dalle norme dell'Editto e dalle *cawarfidae* tramandate oralmente[18]. Infatti, non va dimenticato che lo *jus scriptum* aveva raccolto e pubblicato solo in parte il complesso delle *cawarfidae* sicchè nell'ordinamento giuridico trovavano applicazione sia l'uno che le altre e che «le forme stesse di risoluzione dei conflitti seguivano percorsi diversificati – arbitrali, consuetudinari, extragiudiziali – senza necessariamente aderire in modo meccanico ed esclusivo alle disposizioni edittali»[19].

Tuttavia, per ricostruire il quadro di competenze dei gastaldi, non è possibile prescindere dall'esame della legge scritta onde rinvenire in essa le prerogative, i poteri e i doveri ad essi attribuiti, conoscere in dettaglio le loro specifiche attribuzioni giudiziali al fine di capire come funzionasse la giustizia nell'alto Medioevo nel ducato (poi principato) di Benevento. L'esame della produzione documentaria, redatta a conclusione dei procedimenti giudiziari, nei rari casi in cui la parte vittoriosa ne aveva chiesto la redazione, è un validissimo strumento, una volta esaurita la disamina delle attribuzioni normative del gastaldo, onde verificare se e in quale misura lo *jus scriptum* trovasse applicazione nella pratica.

3. Nell'ulteriore svolgimento di questo scritto si illustreranno le funzioni che le norme attribuiscono ai gastaldi. In Rotari, in Liutprando, in Ratchis e in Astolfo il gastaldo è menzionato in gruppi di norme ove è investito di varie incombenze, da quelle attinenti ai *iudicia* a quelle che oggi chiameremmo di volontaria giurisdizione, oltre quelle meramente amministrative e di gestione del patrimonio regio. Funzioni propriamente giudiziali si rinvengono in un primo gruppo. A norma di Roth. cap. 15, in caso di violazione di un sepolcro, quando manchino gli eredi, il gastaldo ha l'obbligo di agire per perseguire i colpevoli. A norma di Roth. cap. 23, in caso di maltrattamento di un esercitale da parte del duca, il gastaldo deve indagare per accertare la verità e fargli ottenere giustizia. Reciprocamente, a norma di Roth. cap. 24, il duca deve aiutare a ottenere giustizia un esercitale che sia stato maltrattato

[18] C. AZZARA, «*... quod cawerfeda antiqua usque nunc sic fuisset*». *Consuetudine e codificazione nell'Italia Longobarda*, in S. GASPARRI (a cura di), *Alto medioevo mediterraneo*, Firenze, Firenze university press, 2005, p. 252. Secondo l'A., occorre avere ben fermo che «il sistema giuridico longobardo era un modello complesso, di cui il codice costituiva solo una parte, accanto a una vitalissima tradizione di consuetudini». Nel capitolo 386, Rotari prevede espressamente la possibilità per i re longobardi suoi successori di aggiungere in futuro altre leggi. Le integrazioni all'Editto dei successori di Rotari non si configuravano quali innovazioni o modifiche rispetto alla normativa precedente; piuttosto, esse si proponevano quali aggiunte di leggi che venivano percepite come già esistenti nel patrimonio tradizionale della stirpe e che erano di volta in volta "ricordate" dal re e dall'assemblea dei liberi e messe per iscritto. Per la cultura longobarda, infatti, il diritto affondava le proprie radici nella tradizione e nella memoria collettiva della stirpe e solo in queste trovava fondamento e legittimità (ivi, p. 255).

[19] *Ibidem.*

senza ragione da un gastaldo. È dubbio se queste ultime due norme trovassero applicazione nel ducato di Benevento. Emanata nel regno del Nord, ove i gastaldi erano di nomina regia, a Benevento essi venivano nominati ed erano subordinati al duca ed è impossibile che potessero agire nei confronti del duca.

Roth. cap. 189: in caso di fornicazione, ove i parenti rifiutino o trascurino di prendere vendetta sulla donna colpevole, il gastaldo (o lo sculdascio) è autorizzato a consegnarla nelle mani del re e a giudicarla, come al re piacerà. A norma di Roth. cap. 221, in mancanza di azione di parte (ove i parenti di una donna che si è unita con un servo tardino a ucciderla o a venderla come schiava fuori dal regno), il gastaldo ha l'obbligo di agire per catturare la colpevole e tradurla alla corte del re, ponendola nel suo gineceo. In Liutprando, (Liutp. cap. 78) al giudice (o all'attore) è attribuito il potere di agire nei confronti di chi possiede da meno di 60 anni un bene pubblico al fine di ottenerne la restituzione.

Un secondo gruppo di norme detta i doveri che il giudice (i termini *gastaldius* e *iudex* vengono adoperati come assolutamente equivalenti)[20] è chiamato ad assolvere. Da Roth cap. 25, dettato in materia di denegata giustizia, si ricava il principio generale secondo il quale ogni giudice ha il dovere precipuo di *servare veritatem aut iustitiam*[21]. Un altro obbligo vincolante per il giudice è quello di decidere le liti celermente: lo si ricava da Roth. cap. 150 in tema di distruzione di un mulino. Se il giudice, interpellato dal danneggiato, ritarda nel deliberare su tale causa, è passibile di una sanzione di 20 solidi. A norma di Roth. cap. 210 il gastaldo è punito se si oppone alla legittima richiesta da parte del padrone, degli amici o dei servi di restituire l'aldia (o la serva) che sia stata rapita e portata alla corte del re, così come nel caso (Roth. cap. 271) in cui, alla reiterata richiesta da parte del padrone, ritardi a restituire lo schiavo rifugiatosi alla corte del re. Anche Liutprando, col cap. 25, dispone che se lo sculdascio trascura di rendere giustizia entro quattro giorni, paghi la composizione di 12 solidi. Sulla stessa linea sono i successivi capitoli 26, 27 e 28 di Liutprando. Al cap. 85 Liutprando fissa le pene per giudici, sculdasci, saltari o decani che trascurano di ricercare e scovare indovini e indovine. Ancora più esplicito sul punto è il cap. 1 di Ratchis a norma del quale «ciascun giudice debba quotidianamente sedere in tribunale nella sua città e non si dedichi ai propri interessi o ad altra vanità del secolo,

[20] *Iudex*, già presente in alcuni capitoli di Rotari, è termine che trova più larga diffusione nel corso dell'VIII secolo, laddove per *iudices* si intendono tutti i duchi e i gastaldi «unificati dal punto di vista della funzione fondamentale da essi esercitata in tempo di pace, e cioè quella giudiziaria come rappresentanti del re» (S. GASPARRI, *I duchi longobardi*, Roma 1978, II, 28). «Nelle fonti normative il termine conserva un carattere ambiguo, venendo a indicare anche funzionari minori; nel suo senso più ristretto *dux* designa il duca o il gastaldo con poteri ducali che ha compiti di mantenere l'ordine e di amministrare la giustizia entro la propria *civitas* o *iudicaria* e di guidare gli arimanni del suo distretto in caso di guerra. Le leggi dell'VIII secolo tendono a garantire il controllo assoluto del re su queste cariche e al contempo il massimo rispetto per l'autorità dello *iudex* da parte dei suoi sottoposti» (C. AZZARA – S. GASPARRI (a cura di), *Le leggi dei Longobardi, Storia, memoria e diritto di un popolo germanico*, Roma, Viella, 2005, p. 117 nota 31).

[21] F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel Diritto Longobardo*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 40.

ma segga di persona e garantisca la giustizia a tutti, così da non accettare premi da nessun uomo, come ci hanno promesso per iscritto; colui che giudica diversamente perda il suo ufficio di giudice. Ma se in futuro qualche giudice trascurerà di amministrare la giustizia ad un suo arimanno, ricco o povero, o a qualsiasi altro uomo, (stabiliamo che) debba perdere la sua carica e pagare come composizione il suo guidrigildo al palazzo del re e (che) debba una composizione a colui, nei cui confronti ha trascurato di amministrare la giustizia»[22].

In altri casi la legge fissa la pena che il giudice deve applicare. Roth. cap. 244 prescrive a quale pena il giudice deve punire chi esce o entra clandestinamente in un castello o in una città scalandone le mura. Roth. cap.260: obbliga chi trova dell'oro o altri oggetti per strada a dichiararlo al giudice, in mancanza incorre nella condanna a restituire nove volte tanto. Roth. cap.376 stabilisce la pena in caso di uccisione di un'aldia o di una serva altrui come se fosse una strega. Altre norme prescrivono obblighi di fare e di non fare a carico del giudice. Roth. cap. 264 disciplina cosa deve fare il giudice che cattura un servo che fugge fuori della provincia. Roth. cap. 343 stabilisce gli obblighi di colui che trova del bestiame a far danno. Roth. cap. 368 obbliga il giudice, prima del duello, a perquisire un campione onde accertare che non abbia addosso erbe malefiche. Liutp. cap. 59 punisce il gastaldo (o l'attore) che osa donare un bene della corte regia che amministra senza ordine del re. I capp. 9, 10, 11 e 14 di Ratchis contengono importanti norme di comportamento a carico dei giudici. Il cap. 9 punisce con la condanna a morte e con la confisca dei beni il giudice che invia propri messi a Roma o a Ravenna, presso i Franchi, i Bavari, gli Alamanni, i Reti o gli Avari senza ordine del re. È singolare qui notare che siano messi sullo stesso piano delle nazioni straniere anche i ducati di Spoleto e di Benevento. Il cap. 10 di Ratchis punisce invece le sedizioni promosse contro il proprio giudice, prevedendo però la possibilità di ricorrere direttamente al re in caso di violenza subita da parte di un giudice. Il cap. 11 punisce colui che osa promuovere o trattare una causa altrui, sia pure nell'interesse di una vedova, di un orfano o di una persona incapace, senza previa autorizzazione del re o del giudice. Il cap. 14 disciplina i reciproci rapporti tra gasindi (posti sotto la protezione del re) e i giudici. Astolfo al cap. 4 prevede la pena del pagamento del proprio guidrigildo e della perdita della carica per il giudice che fa commercio con un romano senza ordine del re. Altre pene sono stabilite nei capp. 8 e 9, sempre in Astolfo, per i giudici che trascurano i loro doveri o commettono illeciti.

Un terzo gruppo di norme disciplina l'attività in senso lato di volontaria giurisdizione: Roth. 176 demanda al giudice l'accertamento della lebbra che ha colpito un uomo e le conseguenze che ne derivano. Liutprando al cap. 74 prevede l'intervento del giudice in caso di divisione dei beni ereditari in presenza di un

[22] La traduzione del testo è di AZZARA, in *Le leggi dei Longobardi*, cit., p. 261.

minore; al cap. 75 disciplina il caso di una causa promossa nei confronti di un bambino sotto l'età legale.

Nel quarto gruppo, sono quindi regolate le attività prettamente amministrative:

Roth. cap. 375: obbliga il gastaldo (o un qualsiasi attore), preposto alla gestione delle corti regie o che abbia cose regie da amministrare, ad acquisire al patrimonio del re una donazione che riceve, salvo che gli venga attribuita per benevolenza dello stesso re. Liutp. cap. 80 prescrive al giudice la costruzione di carceri ipogee per punire i ladri.

Infine, un quinto gruppo di norme disciplina le funzioni militari dei giudici: Liutp. cap.83 raccomanda a tutti i giudici, in caso di guerra, di esentare dal servizio militare solo i Longobardi più poveri (che non hanno né case né terre)[23] obbligandoli però a prestare corvée per 3 giorni lavorativi la settimana.

Astolfo, coi cap. 2 e 3, detta norme dirette ad assicurare l'efficienza e la capacità bellica dell'esercito collegando l'armamento obbligatorio dei singoli guerrieri alle ricchezze personali detenute da ciascuno di essi (case massericie, iugeri di terreno o anche disponibilità monetaria), ma punisce (cap. 7) i giudici, gli sculdasci e gli attori che esentano dall'esercito uomini potenti, rimandandoli a casa.

Da questa breve rassegna emerge la complessità delle funzioni attribuite a gastaldo il cui ufficio non poteva essere limitato all'amministrazione del fisco (regio o ducale). Ne consegue l'erroneità di quella tesi riduttiva che la vuole limitata a quest'ultima.

[23] Nell'VIII secolo con la fine delle guerre e con un lungo periodo di pace sociale, si verifica il fenomeno della progressiva proletarizzazione degli arimanni incapaci di adattarsi alle sedentarizzazione, alla coltivazione della terra o allo svolgimento di altre attività economiche. J. JARNUT, *Storia dei Longobardi*, Torino, Einaudi, Torino, 2002, pp. 98-99.

Patrizia Montefusco

I PERSONAGGI FEMMINILI IN ORAZIO*

ABSTRACT	
La produzione oraziana offre una galleria notevolmente variegata di personaggi femminili diversi per età, status sociale, temperamento e comportamento, che riflettono in maniera abbastanza verosimile la 'consuetudinarietà' di un ruolo tipicizzato in schemi di ordine culturale e simbolico, che le donne dovevano rigorosamente rispettare nella condotta pubblica e privata. Tentare di individuare fisionomie concrete tra gli innumerevoli pseudonimi utilizzati da Orazio è impresa tanto ardua quanto superflua, troppi i fattori che si proiettano e si confondono, spontaneamente e non, nella sua opera, a cominciare dalle innegabili influenze ideologizzanti del contesto politico-sociale, o dai condizionamenti della poesia greco-ellenistica; più proficuo è indubbiamente tentare di ricostruire, nei riflessi delle indicazioni fornite dal poeta, la complessità di un mondo, quello femminile, strutturato in un rigido sistema di valori, di ruoli e di funzioni storicamente e tradizionalmente regolati, e di individuare i tentativi di mutamento e allargamento progressivo di tale circoscritta dimensione.	Horace production offers a considerably varied gallery of female characters differ by age, social status, personality and behaviour which reflect, in a way quite likely, the custom of a role typified by schemes of cultural and symbolic order that women had to severely respect in public and private conduct. Try to find concrete appearances between the innumerable pseudonyms used by Horace is much difficult undertaking as superfluous, too many factors that are projected and mingle, spontaneously and not , in his work ,starting with the undeniable influences ideologizing the political and social context, or the conditioning of Greek-Hellenistic poetry; more profitable is undoubtedly the attempt to reconstruct, reflecting the indications provided by the poet, the complexity of a world, the female one, structured in a rigid system of values, functions and roles historically and traditionally regulated, and to identify attempts of change and progressive enlargement of such limited size.
Orazio – personaggi femminili – Cleopatra	**Horace – female characters – Cleopatra**

SOMMARIO: Premessa – 1. Il ruolo della donna nella società romana – 2. Personaggi femminili in Orazio – 3. Cleopatra, una donna fuori dagli schemi.

Premessa. Le figure femminili presenti in misura diversa nel *corpus*

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

complessivo di tutta la produzione oraziana, che abbraccia all'incirca un trentennio di attività, se da un lato sono improntate a un chiaro misoginismo di derivazione letteraria, dall'altra riflettono in maniera abbastanza verosimile la condizione sociale delle donne che la campagna moralizzatrice, propugnata da Augusto con tutta una serie di progetti e provvedimenti[1], di cui il poeta stesso si mostra grato e convinto sostenitore[2], tentava faticosamente di far rientrare negli angusti e oramai anacronistici confini del *mos maiorum*.

In realtà, a differenza dell'esperienza neoterica, soprattutto di Catullo[3], o degli elegiaci, che riconoscono una dignità nuova alla donna promuovendone il riscatto, se non nella vita sociale almeno nella dimensione letteraria, Orazio rimane legato ad una valutazione più distaccata dell'universo femminile oggettivando i moti dell'anima in una rappresentazione in cui il mondo del reale e del fantastico si confondono in un groviglio di sfumature che difficilmente si lascia interpretare.

A lungo, infatti, la critica parlando di donne e di amore in Orazio, si è interrogata preliminarmente sulla definizione dei confini tra i frammenti di esperienza realmente vissuta e il puramente immaginario, turbamento emotivo che

---

[1] Nel 18 a.C. fu approvata la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, che mirava alla regolamentazione dei diversi aspetti delle *iustae nuptiae*; nel 16 a.C. la *lex Iulia de adulteriis coercendiis*, configurò per la prima volta il *crimen adulterii*, prevedendo l'istituzione di un apposito tribunale (*quaestio de adulteriis*) per l'*adulterium*, lo *stuprum*, l'*incestum* e il *lenocinium*, reati sessuali la cui punizione era stata affidata per secoli alla giurisdizione domestica. La *lex Papia Poppaea nuptialis*, del 9 d.C., che compendiò le norme delle due leggi precedenti in un testo unico, completò il progetto di riforma augusteo teso essenzialmente a combattere con tutti i mezzi la diminuzione dei matrimoni e delle nascite, con l'intento di dare nuovo impulso alla moralità dei costumi così da restituire all'unione coniugale, quella dignità e altissima rilevanza sociale, etica e religiosa testimoniata anche dalla nota definizione del giurista tardo classico Modestino (*Dig*. 23, 2, 1): *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnes vitae, divini et humani iuris communicatio.*
Nella realtà il progetto augusteo non sembrò sortire l'effetto sperato se persino le donne appartenenti alla stessa famiglia imperiale continuarono a dare prova di dissolutezza e depravazione, come testimonia, ad esempio, Giovenale a proposito di Messalina, moglie di Claudio, nota per la sua sfrenata *libido* (*sat.* 6, 115-132): *dormire virum cum senserat uxor, / ausa Palatino tegetem praeferre cubili, / sumere nocturnos meretrix Augustea cucullos / linquebat comite ancilla non amplius una.*

[2] Cfr. *Carm. saec.* 17-20 *Diva, producas subolem patrumque / prosperes decreta super iugandis / feminis prolisque novae feraci / lege marita*. Cfr. anche *c.* 4, 15, 9-15 *Ianum Quirini clausit et ordinem / rectum evaganti frena licentiae / iniecit emovitque culpas et veteres revocavit artes / per quas Latinum nomen et Italae / crevere vires famaque et imperi / porrecta maiestas ad ortus / solis ab Hesperio cubili.*

[3] Cfr. P. FEDELI, *Donne e amore nella poesia di Catullo*, in R. UGLIONE (a cura di), *La donna nel mondo antico*, Atti del Convegno Nazionale di Studi (Torino 21 – 23 aprile 1986), Torino, Regione Piemonte, 1987, p. 126: «Catullo resta per noi il primo esempio di poeta che decise di rendere di pubblico dominio, affidandole a un canzoniere, le vicende della sua relazione erotica con una donna d'alto lignaggio, per di più sposata. Lesbia non è una cortigiana, come le donne cantate dai predecessori ellenistici, e l'innamorato invece di condurre il gioco è in balia dei capricci della donna amata: Catullo, quindi rovescia i rapporti convenzionali e nel conferire alla donna un ruolo centrale nell'ambito della sua poesia le accorda al tempo stesso una dignità sinora sconosciuta».

la sensibilità e sapienza poetica ha saputo rendere quasi tangibile[4].

Certo, non si può aprioristicamente escludere che il poeta venusino rievochi nella sua poesia episodi del proprio vissuto, tanto più perché Orazio, forse più di ogni altro è poeta autobiografico quando nella ricostruzione del 'racconto di sé' ripercorre quelle vicende che più hanno contribuito alla maturazione del percorso esistenziale che ha legittimato il riscatto della sua dignità sociale e la definitiva consacrazione al ruolo di *vates*[5].

Ogni qual volta se ne presenta l'occasione, riaffiorano, quasi con naturale spontaneità, immagini e figure del passato, prima di tutto i paesaggi dell'umile terra in cui è nato, Venosa, al confine tra l'Apulia e la Lucania[6], dominata dalla massa imponente del Vulture, l'Ofanto che, con le sue acque, travolge impetuoso ogni argine[7]; racconta con affetto episodi della sua infanzia[8], del padre, il *pater optimus*, modello di buon senso e saldi principi, verso cui manifesta un forte sentimento di ammirazione e commossa gratitudine[9]. «Nessun figlio», osserva Fraenkel, «ha mai eretto al padre un monumento più bello di quello che Orazio ha lasciato al suo nella satira 6 del primo libro»[10], è noto, invece, che nessun ricordo affiora della madre, salvo il riferimento in cui il poeta, contrariamente all'opinione comune, si dichiara contento dei propri genitori[11].

Numerose e più o meno fantasiose congetture sono state formulate a proposito di questa supposta *damnatio memoriae*, tutte ipotesi che non possono essere pregiudizialmente escluse, ma di cui nessuna può essere validamente verificabile con prove concrete o testuali chiare e univoche; tutto sommato c'è da chiedersi se questa assenza possa costituire un problema reale per l'interpretazione della lirica oraziana, o se, piuttosto, sia una questione marginale da attribuire semplicemente a un diffuso disinteresse, nell'antichità, in generale, e nella letteratura, in particolare,

---

[4] Sull'argomento cfr., O. BIANCO, *La donna in Orazio*, in G. BRUNO (a cura di), *Letture oraziane*, Venosa Edizioni Osanna, 1993, p. 13 ss.

[5] Dell'argomento mi sono già occupata in, *Disagio sociale e riscatto della memoria in Orazio*, Roma, Carocci, 2007, p. 83 ss.

[6] *Sat.* 2, 1, 34-39 *Lucanus an Apulus anceps; nam Venusinum art finem sub utrumque colonus / missus ad hoc pulsis, vetus est ut fama, Sabellis, / quo ne per vacuum Romano incurreret hostis, / sive quod Apula gens seu quod Lucania bellum / incuteret violenta.*

[7] *Sat.* 1, 1, 58 *cum ripa simul avolsos ferat Aufidus acer; c.* 4, 14, 25 *sic tauriformis volvitur Aufidus*.

[8] Il più significativo dei quali è certamente quello narrato nell'ode 3, 4, dove il paesaggio delle origini fa da sfondo, su modello della tradizione greca, alla sua stessa iniziazione (vv. 9-13), *me fabulosae Volture in Apulo / nutricis extra limina Pulliae / ludo fatigatumque somno / fronde nova puerum palumbes / texere.*

[9] Cfr. *sat.* 1, 4, 105-126; 1, 6, 45-95; *epist.* 1, 20, 20-28.

[10] E. FRAENKEL, *Orazio*, tr. it., Roma, Salerno, 1993, p. 9.

[11] *Sat.* 1, 6, 93-99 *nam si natura iuberet / a certis annis aevum remeare peractum / atque alios legere, ad fastum quoscumque parentes / optaret sibi quisque, meis contentus honestos / fascibus et selis nollem mihi sumere, demens / iudicio volgi, sanus fortasse tuo, quod / nollem onus haud umquam solitus portare molestum.*

per la donna votata al silenzio della riproduzione materna e domestica[12], relegata dietro le quinte della vita pubblica.

1. Il ruolo della donna nella società romana, secondo uno stereotipo tradizionale codificato da condizionamenti culturali e codici comportamentali in bilico tra realtà storica e rievocazioni topiche o leggendarie[13], svela il carattere coercitivo dell'identità femminile che soggiace, in maniera pressoché immutata nel corso del tempo, alle numerose rappresentazioni simboliche di una 'femminilità immaginata', costantemente mediata e controllata dalla cultura espressa da «un mondo di uomini che, mentre teneva saldamente nelle mani il potere, lasciava alle donne l'onere, la fama e la falsa libertà di chi accetta, facendole sue e traendone vantaggi, le regole dettate da altri»[14].

Il tradizionalismo sotteso alla visione del femminile, che faceva riferimento al patrimonio delle strutture antropologiche più ovvie e incontestabili della mentalità romana, tramandava un'autorevole e ideale linea di condotta, fatta di umili virtù domestiche, di laboriosità e di coraggio; qualità che si celebrano in maniera inequivocabile nelle epigrafi sepolcrali.

Il documento epigrafico più noto, databile alla fine del II secolo a.C., è sicuramente il cosiddetto "elogio di Claudia"[15], che ha il merito di aver cristallizzato, in brevi e rapidi tratti, l'immagine di una donna 'perfetta' con cui sarà costretto a confrontarsi il genere femminile per tutta la storia di Roma, indipendentemente dagli inevitabili cambiamenti politici, sociali, economici e culturali (*CIL* I^2, 1211 = *ILLRP* 973):

Hospes, quod deico, paullum est, asta ac pellege.
Heic est sepulcrum hau pulcrum pulcrai feminae.
Nomen parentes nominarunt Claudiam.
Suom mareitum corde delexit sovo.

---

[12] Il compito della donna romana, in realtà, non si esauriva, come per quella greca, esclusivamente nella funzione biologico-riproduttiva, ma, sebbene complementare all'uomo, ricopriva un ruolo fondamentale per la trasmissione dei valori, dedicandosi personalmente all'educazione dei propri figli, destinati a divenire i futuri *cives romani*, con tutto l'orgoglio che questo comportava.

[13] Lucrezia, Virginia, Volumnia, Veturia, Cornelia, Marzia, sono solo alcune delle mitiche figure esemplari di cui la tradizione celebra le qualità. Sull'argomento cfr. E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma, Editori Riuniti, 1981, pp. 150-153.

[14] E. CANTERELLA, *La comunicazione femminile in Grecia e a Roma*, in M. BETTINI (a cura di), *I signori della memoria e dell'oblio. Figure della comunicazione nella cultura antica*, Firenze, La Nuova Italia, 1996, p. 21.

[15] Per una puntuale analisi dell'iscrizione e dei suoi stereotipi epigrafici e letterari, cfr. F. CENERINI, *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 11 ss. Sull'epigrafe si v. fra l'altro M. MASSARO, *Epigrafia metrica latina di età repubblicana*, in *Quad. di Invig. Luc.*, Bari, 1992, p.78 ss. (il quale, ipotizza una datazione più tarda, al I sec. a.C.); da ultimo P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in «Index», 40 (2012), p. 342 ss.

Gnatos duos creavit: horunc alterum
in terra linquit, alium sub terra locat.
Sermone lepido, tum autem incessu commodo.
Domum servavit. Lanam fecit. Dixi. Abei.

In questa, come nelle altre iscrizioni funerarie che ci sono pervenute[16], «gli elogi, che vengono tributati alle donne dopo la morte», osserva giustamente Eva Cantarella «mettono in evidenza quali dovevano essere le loro qualità: *lanifica, pudica, casta, domiseda,* sono gli aggettivi che tornano con maggior frequenza. Lodi quasi di stile, che rivelano chiaramente la persistenza del modello»[17].

Figura marginale, dunque, che doveva vivere nell'ombra una realtà lontana dai clamori della storia, la donne romana[18], costretta tra preoccupazioni di decoro e interdetti etici, ritmava la propria esistenza su tre tappe fondamentali: il matrimonio[19], la procreazione (*conubii pretium mercesque*)[20], la vita religiosa.

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuedinem vitae continens[21], questa definizione, che rinvia ai costumi austeri dell'età arcaica, indiscutibilmente intrisa di vagheggiamenti moralistici e di suggestivo rigore sacrale, trova riscontro anche nella poesia oraziana. Orazio, infatti, riconosce una *sapientia* antica che ha contribuito al superamento della condizione ferina dell'uomo verso un livello di esistenza superiore[22]: *fuit haec sapientia*

---

[16] I più noti sono di certo quelli di due matrone vissute fra tarda repubblica e principato, Turia (*CILVI* 1527, 31670, 37053 = *ILS* 8393) e Murdia (*CIL* VI 10230 = *ILS* 8394). Tra i tanti cfr., L. STORONI MAZZOLANI, *Una moglie*, Palermo, Sellerio, 1982. In particolare, per la *laudatio Turiae*, I. PIRO, *"Quod emancupata esset Cluvio". Riflessioni intorno ad alcuni passaggi della c.d. 'Laudatio Turiae'*, in AA.VV. *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 155 ss.; per la *ludatio Muriae*, fra altri, W. KIERDORF, *Laudatio Funebris. Interpretationen und Untersuchungen zur Entwicklung der römischen Leichenrede*, Meisenheim am Glan, 1980, p. 46 ss.; C. GAFFORINI, *L'immagine della donna romana nell'ultima Repubblica*, in M. SORDI (a cura di), *Autocoscienza e rappresentazione dei popoli nell'antichità*, Milano, Vita e Pensiero, 1992, p. 158 ss.; T.W. HILLARD, *'Popilia and laudationes funebres for women'*, in «Antichthon», 35 (2001), pp. 45-63; H. LINDSAY, *The "laudatio Murdiae": Its Content and Significance*, in «Latomus», 63 (2004), p. 88 ss.

[17] CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., pp. 153-154.

[18] Per una rassegna bibliografica tra i numerosissimi studi sulla storia della donna, cfr. N. CRINITI, *Le donne a Roma: bibliografia ragionata recente* (*Imbecillus sexus*, 5), in «Ager Veleias», 8.09 (2013), www.veleia.it.

[19] Val la pena di ricordare, che la voce *matrimonium*, in conformità con il valore di altri termini giuridici come *testimonium, vadimonium* o *patrimonium*, presa alla lettera, significa 'condizione legale di madre'; in realtà, il termine racchiude il suo senso più profondo nelle espressioni che contraddistinguono l'istituto come *status* socialmente riconosciuto cui la *virgo* perviene (*ire matrimonium*), non per atto volontaristico ma per volere del padre che, da una parte, la concede (*dare filiam in matrimoniu*), e del marito che dall'altra la prende (*alicuis filiam ducere matrimonium*). Cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 186-187.

[20] Lucan. *Phars*., 2, 330.

[21] Iust. *inst*., 1, 9, 1. Sul punto, A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Chiapparelli, 2007, p. 97 ss.

[22] Cicerone, in *Tusc*. 5, 5, attribuisce questo merito all'impersonale – e acronica – superiore intelligenza dei filosofi: *O vitae philosophia dux, o virtutis indagatrix expultrixque vitiorum! Quid*

quondam, publica privatis secernere, sacra profanis, concubitu prohibere vago, dare iura maritis, oppida moliri, leges incidere legno[23]. Il richiamo ai primi istituti giuridici, che hanno reso possibile l'umana convivenza, primo fra tutti quello matrimoniale, non potrebbe essere più esplicito. La *coniunctio* stabile di una donna con un solo uomo[24], generalmente orientata a realizzare un sistema statico di ruoli e di funzioni naturalmente assunti e trasmessi all'interno di una cultura regolata su norme e comportamenti legittimati dalla tradizione, è convenzionalmente fatta coincidere con la nascita delle prime organizzazione sociali[25].

La tutela del sacro vincolo del matrimonio e della famiglia, per il suo indiscusso valore sociale, etico e religioso, è un motivo ricorrente nella produzione oraziana; la denuncia contro l'immoralità dilagante, connessa con il rilassamento dei costumi e la licenza sessuale, se per un verso ricalca luoghi comuni diatribici, dall'altro testimonia la diffusa esigenza di una rinnovata regolamentazione etico-politica dello stato, che Orazio, in *c.* 3, 24, individua nell'azione concorde di severi provvedimenti legislativi con il recupero del buon costume antico: *quid leges sine moribus / vanae proficiunt*[26]. Non a caso, nella stessa ode, all'atmosfera desolata e avvilente che ormai irrimediabilmente inquina la società contemporanea, sempre più opulenta e sfarzosa, si contrappone l'integrità morale incarnata da genti non civilizzate come gli Sciti e i Geti, presso i quali la moglie, pur fornita di un suo patrimonio, non s'impone al marito, né si lascia sedurre dalle lusinghe di altri uomini, e dove

---

non modo nos, sed omnino vita hominum sine te esse potuisset? Tu urbis peperisti, tu dissipatos homines in societatem vitae convocasti, tu eos inter se primo domiciliis, deinde coniugiis, tum litterarum et vocum comunione iunxisti, tu inventrix legum, tu magistra morum et disciplina fuisti; ad te confugimus, a te opem petimus, tibi nos, ut ante agna ex parte, sic nunc penitus totosque tradimus. Sulla dipendenza di Cicerone dal pensiero di Panezio e del suo discepolo Posidonio, cfr. A. GRILLI, *Politica, cultura e filosofia in Roma antica*, Napoli, M. D'Auria, 2000, p. 273 ss.

[23] *Ars*. 396-399. L'assenza di norme consuetudinarie e di leggi formali o scritte è il segno della brutalità del genere umano incapace di perseguire uno "uno scopo condiviso".

[24] Cfr. *sat*. 1, 3, 104-109 *dehinc absistere bello, / oppida coeperunt munire et ponere leges, / ne qius fur esset neu latro neu adulter. / Nam fuit ante Helenam cunnus taeterrima belli / causa sed ignotis perierunt mortibus illi, / quos venerum incertam rapientis more ferarum*. Anche in questa breve descrizione della storia dell'umanità, dalla fase di belluina ferocia sino al trionfo della vita sociale e della legge, non manca il riferimento al valore del *matrimonum certum* e del *iustum connubium*. Ancora valide restano le osservazioni del Vitali sul significato che Orazio attribuisce «allo stadio finale cui approda l'umanità, socialmente organizzata entro la città, configurata come punto di arrivo del processo di incivilimento e, nel contempo, come il momento ottimale di vita associata. In questa dimensione, la città è il risultato di due concezioni opposte circa i moventi della scelta da parte dell'uomo: quella epicurea dell'aggregazione determinata dal *metus* e dal bisogno; quella stoica, ribadita in Roma con chiarezza da Cicerone che vedeva l'uomo spinto ad associarsi ed a vivere con gli altri per un innato istinto sociale». D. VITALI, *Sul senso della preistoria negli scrittori latini. Hor. 1, 3, 99 sgg.*, in *Red. Acc. Linc.* 31 (1976), p. 430.

[25] L.H. MORGAN, *La società antica*, Milano, La Feltrinelli, 1974, p. 354 ss.

[26] Cfr. *c.* 4, 5, 21-22 *nullis pollitur casta domus stupris, / mos et lex maculosum edomuit nefas, laudantur simili prole puerperae / culpam poena premit comes*. E' chiara l'allusione alla *lex de adulteriis coercendis*, come testimoniano i commenti di Porfirione e dello Pseudoacrone, *ad l.*

l'adulterio è un grave delitto, punito con la morte (vv. 9-24)[27]:

Campestres melius Scythae,
quorum plaustra vagas rite trahunt domos
vivunt et rigidi Gaetae
immetata quibus iugera liberas
fruges et Cererem ferunt
nec cultura placet longior annua
defunctumque loboribus
aequali recreat sorte vicarius.
Illic matre carentibus
privignis mulier temperat innocens
nec dotata regit virum
coniux nec nitido fidit adultero;
dos et magna parentium
virtus et metuens alterius viri
certo foedera castitas,
et peccare nefas aut pretium est mori.

La tendenza all'idealizzazione del *modus vivendi* di popolazioni straniere immaginate in uno stato di natura ancora sano ed incorrotto, in cui si intravede una sorta di nostalgica rievocazione del modello romano arcaico[28], che diventerà un motivo di forza della propaganda augustea, è, come è noto, tema abbastanza comune, mutuato dall'etnografia greca, a partire da Erotodo.

D'altra parte il *topos* della comunità primitiva come connotazione antagonistica del più evoluto sistema socio-politico romano dà forma in Tacito a quella che è stata definita «una caratteristica coesistenza di idoleggiamento etico e di odio politico»[29], che se per un verso tende ad esaltare nei Germani quelle stesse virtù di coraggio, di fierezza, di incontaminata purezza e semplicità dei costumi, che avevano fatto grande Roma, per un altro verso, descrivendo certi loro vizi (come giocare e bere oltremisura)[30], palesa la propria avversione per quelle popolazioni, che al tempo in cui Tacito scrive la *Germania*, rappresentavano una minaccia sempre più incombente sui confini settentrionali dell'Impero.

2. Sul piano della rappresentazione dell'universo femminile la produzione oraziana offre una galleria notevolmente variegata di personaggi diversi per età,

---

[27] Cfr. R.G.M. NISBET – N. RUDD, *A Commentary on Horace: Odes, Book III*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 270-295.
[28] A. LA PENNA (a cura di), *Orazio. Le opere. Antologia*, Firenze, La Nuova Italia, 1997[23], p. 400.
[29] S. MARIOTTI, *Tacito. La Germania*, Torino, Loescher, 1982, p. VIII.
[30] Cfr. *Germ*. 22, 1 *diem noctemque continuare potando nulli probrum. Crebrae, ut inter vinolentos, rixae raro conviciis, saepius cade et vulneribus transiguntur.* 23, 1 *Adversus sitim non eadem temperantia: si indulseris ebrietati suggerendo quantum concupiscunt, haud minus facile vitiis quam armis vincentur.* 24, 2 *Aleam, quod mirere, sobrii inter seria exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate ut, cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo iactu de libertate ac de corpore contendant.*

posizione sociale, temperamento e comportamento: figure rarefatte e sfuggenti, il più delle volte appena delineate in un momento circoscritto e limitato, colte nell'essenzialità di una espressione o di un gesto[31], che assumono peculiarità proprie non solo in relazione ai diversi generi letterari trattati dal poeta, ma anche come riflesso delle intime vicende esistenziali, delle attese e delle illusioni dell'età giovanile e dell'inevitabile disincanto dall'ultima fase della vita.

Va subito precisato che i tentativi di individuare fisionomie concrete tra gli innumerevoli pseudonimi che affollano i versi oraziani è impresa tanto ardua quanto superflua, troppi i fattori che si proiettano e si confondono, spontaneamente e non, nella sua opera, a cominciare dalle innegabili influenze ideologizzanti del contesto politico-sociale, o dai condizionamenti della poesia greco-ellenistica; più proficuo è indubbiamente tentare di ricostruire, nei riflessi delle indicazioni fornite dal poeta, la complessità di un mondo, quello femminile, strutturato, come si è visto, in un rigido sistema di valori, di ruoli e di funzioni storicamente e tradizionalmente regolati, e i tentativi di mutamento e allargamento progressivo di tale angusta dimensione.

Orazio a differenza di altri poeti più o meno contemporanei, come Catullo, Properzio o Tibullo, non è notoriamente incline a passioni totalizzanti ed esclusive, che potrebbero minare irrimediabilmente la tranquillità d'animo e l'armonia interiore tanto faticosamente cercati, piuttosto predilige il rapporto *parabilis et facilis*[32], privo di impedimenti etici e giuridici, con donne anche molto diverse tra loro, senza troppi coinvolgimenti emotivi, pur essendo consapevole, come nel caso del legame con la liberta Frine, di non essere l'unico a godere dei favori della fanciulla: *me libertina nec uno / contenta Phryne macerat*[33].

Per ovvi motivi di censura, ma anche per coerente adesione all'ideologia augustea, le preferenze del poeta vanno decisamente a giovani liberte e cortigiane, libere da legami familiari; le donne vagheggiate da Orazio, come ebbe a precisare mirabilmente Marchesi, «sono quelle del mondo galante: fresche, agili, graziose, che si stancano dei loro amanti e appunto perciò non stancano mai: che si ha voglia di rivederle perché sono andate via troppo presto: immagini rapide e capricciose di giovinezza, … limpido piacere, che s'intorbida qualche volta di capriccioso dispetto in gioventù, che si vela magari negli anni tardi di malinconia, ma non conosce il corrotto del dolore»[34].

Fanciulle acerbe e attraenti, schive e timorose nei confronti dell'amore,

---

[31] Come nel caso di Pirra (*c.* 1, 5), creatura bella e ricca di elegante fascino, che si caratterizza soltanto per un semplice gesto di quotidianità femminile (vv. 4-5), *cui flavam religas comam, / simplex munditiis*, e per il resto vive del gioco delle metafore marine che la rappresentano.

[32] *Sat.* 1, 2, 119 *namque parabilem amo venerem facilemque*

[33] *Epod.* 14, 15-16. Il motivo dell'incontentabilità femminile, tipico della tradizione neoterica, ha il suo diretto precedente nella Lesbia catulliana (68, 135), *quae tamen etsi uno non est contenta Catullo*; anche se, come sottolinea Mazzoli, «alle spalle c'è la palliata: già la Taide Terenziana è presentata *neque … uno … contenta*. La spia linguistica è nel *macerat* … quasi estraneo alla lirica latina, non lo è ai comici, segnatamente in Ter. *Eun*. 187». G. MAZZOLI, *s.v.* Frine, in *Enc. Virg*., I, Roma, 1996, p. 742.

[34] C. MARCHESI, *Storia della Letteratura latina*, Milano-Messina, Principato, 1958[8], p. 503-504.

dunque, come la timida Cloe, l'inesperta Lide, la spensierata e semplice Leuconoe, la ridente e chiacchierina Lalage, la misera e infelice Neobule, la ritrosa Foloe o la rustica Fidale; ma anche donne sensuali, a volte proterve, esperte e disinvolte nell'arte della seduzione, come la disinibita Barine, l'infedele Neera, l'incostante Pirra e, infine, soprattutto negli Epodi, personaggi spregevoli e ributtanti, come le megere Canidia, Sagana, Veia, Folia o le attempate Clori, Lice e Lidia, sempre in preda a una sfrenata libido nonostante l'inarrestabile disfacimento fisico provocato dall'incedere degli anni.

Tenero germoglio, come suggerisce l'origine etimologica del nome (**cloh**), è la Cloe[35] dell'ode 1, 23, fanciulla ritrosa che, turbata dall'indefinito e palpitante richiamo dell'amore, fugge impaurita come timida cerbiatta:

vitas inuleo me similis
quarenti pavidam montibus aviis
matrem non sine vano
aurarum et silvae metu.
…
Atque non ego te, tigris ut aspera
Gaetulusve leo, frangere persequor:
tamen desine matrem
tempestiva sequi viro.

La delicata immagine, che parte da uno spunto di indubbia derivazione anacreontea[36] ma da cui si discosta anche per il ritmo lesbio dell'eslapiadeo, invita, con una sorta di benevola esortazione ironica (*tempestiva sequi viro*), a seguire gli impulsi inequivocabili dell'età giovanile, perché è il ciclo del tempo, nella natura come nell'uomo, a scandire i ritmi della vita, a cui non ci si può sottrarre.

D'altra parte l'adesione al codice dei valori della *civitas* romana, imponeva di ricoprire una funzione istituzionale all'interno delle dinamiche sociali, predeterminata e complementare alle esigenze della collettività: alla donna "depositaria della specie", spettava il compito di assicurare quanto prima, nelle mete scontate della sua biografia, la continuazione della specie con la procreazione

[35] Lo stesso nome ricorre in *c.* 3, 9, in riferimento a una bionda etera, di origine tracia, che tiene soggiogato il poeta (vv. 9-12): *me nunc Theressa Chloe regit, / dulcis docta modos et citharae sciens, pro qua non metuam mori; / si parcent animae fata supersiti.* Una Cloe si ritrova poi nella chiusa inaspettata dell'ode 2, 26 in cui il poeta, sentendosi ormai non più giovane, prende commiato dagli amori, non prima però di aver chiesto a Venere di colpire, almeno una volta, l'arroganza della donna che non è riuscito a piegare (vv. 11-12): *regina, sublimi flagello / tange Chloen semel arrogantem.* Secondo l'interpretazione di La Penna, «con elegante giuoco solo ora il poeta scopre la causa vicina della sua rinuncia. Deluso, non è ancora del tutto libero dalla passione: altrimenti non chiederebbe vendetta. Ma tutto questo, ripeto, è un elegante giuoco». *Op. cit.*, p. 415. Se il personaggio di Cloe sia da riferire ad un'unica donna, colta in momenti diversi della sua vita, è ipotesi quanto mai difficile da verificare, anche per la mancanza di indizi cronologici, altrettanto difficile risulterebbero i tentativi di attribuirle una consistenza storica.

[36] Fr. 408 P., ἀγανῶς οἷά τε νεβρὸν νεοθηλέα / γαλαθηνὸν, ὅς τ᾽ ἐν ὕλη κεροέσσης / ἀπολειφθεὶς ἀπὸ μητρὸς ἐπτοήθη. Cfr. anche ffr. 346 e 417. R.G.M. NISBET, M. HUBBARD, *A commentary on Horace: Odes Book 1*, Oxford, University Press, 1970, pp. 273-278.

di figli legittimi.

Anche Neobule[37] è una giovane fanciulla più conscia però del manifestarsi della passione d'amore e dei suoi tormenti, che lamenta la sua condizione infelice senza amore e senza gioie (*c*. 3, 12, 1-7):

miserarum est neque amori
dare ludum neque dulci
mala vino lavere aut axanimare metuentis
patruae verbera linguae.
Tibi qualum Cythereae
puer ales, tibi telas
operosaeque Minervae studium auferet, Neobule.

L'ambientazione dell'ode, che viene collocata tra le più antiche e da qualcuno ritenuta un puro esercizio di stile[38], sia pure convenzionale nel motivo del lamento legato alle pene d'amore, con evidente richiamo al modello di Alceo[39] e a reminiscenze della lirica arcaica[40], offre spunti di riflessione su elementi concreti, per certi versi forse già superati al tempo di Orazio, ma connaturati a modelli culturali pubblici e privati ancora radicati nel costume romano.

Per le donne erano previste, infatti, tutta una serie di limitazioni che ne modellassero i comportamenti all'insegna di una continenza funzionale alla superiorità ed al predominio maschile, su cui era strutturalmente organizzata, fin dai tempi più antichi, la comunità cittadina romana.

Neobule, per esempio, lamenta, tra le altre cose, di non poter *dulci mala vino lavere* per non derogare ad un rigido e antico divieto[41] la cui sanzione, secondo la

---

[37] Cfr. E. ROMANO, *s.v.* Neobule, in *Enc. Virg*., I, Roma, 1996, pp. 820-821. Anche questo è un nome di origine grecanica, probabilmente uno pseudonimo, così come molti dei nomi usati da Orazio che, il più delle volte, acquistano un valore significante relativo alle caratteristiche del personaggio, come nel caso di Lalage, che significa chiacchierina, Leuocnoe, cioè di animo candido o Cloe, germoglio.

[38] O. TESCARI, *Orazio, I Carmi e gli Epodi*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1967, 284-285.

[39] Fr. 10B L.– P., **eme deilan, eme paisn kakotatwn pdecoisan**. Cfr. NISBET–RUDD, *op. cit*., pp. 164-166.

[40] Principalmente di Saffo, fr. 102 L.– P., **glukha mater, outoi krekhn ton iston f poqwi dameis paido~ bradinan di Afrditan.**

[41] Gell. 10, 23, 1 *qui de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemias egisse, hoc est vino semper, quod 'temetum' prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt.* Cfr. Val. Max. 2, 9, 5 *vini usus olim Romanis feminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero patre intemperantiae gradus ad inconcessam venerem esse consueuit.* Sulle origini della rigida regola dell'interdizione del vino alle donne si è a lungo discusso, "le spiegazioni", come sottolinea la Cantarella, «sono diverse, ma la loro sostanza, a ben vedere, può essere ricondotta a un unico principio, reso del resto esplicito dalla spiegazione che della regola davano i romani: il vino era proibito perché, facendo perdere il controllo, poteva indurre le donne a venir meno ai loro doveri. La popolazione femminile, in altri termini, andava controllata». E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e Roma*, Milano, Rizzoli, 1991, pp. 131-132. In realtà, come precisa Gellio, l'interdizione riguardava principalmente il *temetum*, il vino puro riservato alle sacre libagioni, offerte dagli uomini agli dei, che spesso accompagnavano e propiziavano i sacrifici; da questi riti sacrali le donne erano rigorosamente escluse, probabilmente anche perché, nell'immaginario collettivo maschile, il vino puro, dunque particolarmente alcolico, avrebbe fatto

tradizione, era già prevista in un provvedimento attribuito al mitico fondatore di Roma, Romolo[42], che consentiva, nell'ambito dell'esercizio del *ius vitae ac necis* maritale, di mettere a morte la donna che fosse stata sorpresa a bere vino[43], colpa ritenuta tanto grave quanto l'adulterio.

Lo zio oraziano esige, dunque, che si rispettino gli *antiqui mores*.

Il riferimento al *patruus*[44], oltre che rinviare al topos letterario della figura, arcigna e severa, dello 'zio paterno', che proverbialmente si accanisce contro i vizi e le mollezze della gioventù[45], in questo caso ancora più intransigente perché alle

---

perdere più facilmente alle donne i freni inibitori, compromettendone irrimediabilmente l'*honos*: *quaecumque femina vini usum immoderate appetit, omnibus et virtutibus claudit et delictis aperit* (Val. Max. 6, 3, 9); anche Cicerone (*rep.* 4, 6), riportato da Non. 5, 10 L., mette in risalto il legame tra la *verecundia* femminile, fondamento del *mos maiorum*, e l'astenersi dal vino: *ita magnum habet vim disciplina verecundiae: carent temeto omnes mulieres.*

Alle donne era consentito, secondo le indicazioni fornite da Gellio (10, 23, 2), *bibere autem solits ferunt loream, passum, murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia*; si trattava essenzialmente di vini cosiddetti 'artificiali' o 'secondari', diluiti con altre sostanze, cotti o aromatizzati, comunque generalmente dolci e poco alcolici, perciò meno inebrianti, come rileva Plinio il Vecchio (23, 22, 38): *dulce minus inabriat.* Da Varrone sappiamo, inoltre, che questi vini erano permessi alle donne anziane (Non. 515, 15 L.): *antiquae mulieres maiores natu bibebant loram aut defrutum aut passum ‹aut muriolam›, quam murrina quidem Plautus appellare solet.*

[42] Dion. Hal. 2, 25, 6 (*Leges regiae* 7, FIRA 1, 7) *De his cognoscebant cognati cum marito: de adulteriis et si qua uinum bibisse argueretur; hoc utrumque enim morte punire Romulus concessit*. Sull'ipotesi che la *lex regia* attribuita da Dionigi di Alicarnasso a Romolo fosse invece di Numa Pompilio, cui la tradizione attribuisce varie leggi sul matrimonio e la famiglia, cfr. P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 57 ss.; 155 ss.

[43] Le fonti letterarie riportano noti *exempla* sull'applicazione della legge, così sappiamo di un certo Egnazio Mecennio, che uccise la moglie, sorpresa a bere del vino, a bastonate, e di una matrona che fu condannata a morire d'inedia per il solo fatto di aver preso le chiavi della cantina: Plin. *n. h.*, 14, 89 *non licebat id feminis Romae bibere. Invenimus inter exempla Egnati Maetenni uxorem, quod vinum bibisset e dolio, interfectam fusti a marito, eumque caedis a Romulo absolutum. Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod loculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a suis inedia mori coactam*; Val. Max 6, 3, 9 *egnati autem Meceni longe minore de causa, qui uxorem, quod vinum bibisset, fusti percussam interemit, idque factum non accusatore tantum, sed etiam reprehensore caruit, uno quoque existimante optimo illam exemplo violatae sobrietati poenas pependisse*; Serv. *ad Verg. Aen.* 1, 737 *nam apud maiores nostros feminae non utebantur vino, nisi sacrorum causa certis diebus. denique femina quae sub Romulo vinum bibit occisa est a marito, Mecennius absolutus, id enim nomen marito*; Tert. *Apol*. 6, 29 *cum mulieres usque adeo vino abstinerentur, ut matronam ob resignatos cellae vinariae loculos sui inedia necarint, sub Romulo vero quae vinum attigerat impune a Metennio marito trucidata sit*.

[44] Il lessico della parentela mantiene una netta distinzione tra la parentela per via paterna e quella per via materna, cfr. BENVENISTE, *op. cit.*, p.155 ss.

[45] Che il ruolo del *patruus obiurgator* fosse proverbiale è attestato ancora nella chiusa del testamento dell'avaro e vanaglorioso Staberio di *sat*. 2, 3, 84-88: *heredes Staberi summam incidere sepulcro, / ni sic fecissent, gladiatorum dare centum / damnati populo paria atque epulum arbitrio Arri, / frumenti quantum metit Africa. Sive ego prave / seu recte hoc volui, ne sis patruus mihi.* Come osserva ampiamente Bettini, «Staberio chiede di non essere giudicato troppo severamente e dunque chiede che 'non si sia *patrui*' con lui. Lo zio paterno, è chiaro, non avrebbe gradito il suo comportamento in materia testamentaria. Ancora una volta, eccolo preoccuparsi della sorte che tocca ai bene familiari e del biasimo che il *fratris filius* può attirarsi usandone in modo scorretto, non conforme al codice di comportamento accettato dalla tradizione», M. BETTINI, *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo, immagini dell'anima*, Roma, La Nuova Italica Scientifica, 1986, p. 33.

prese con la rispettabilità e onorabilità della *fratris filia*, richiama, più in generale l'istituto della *tutela mulierum*[46] cui donne, *propter levitatem animi*[47], erano vincolate[48].

Dai primordi dello *ius civile* fino all'epoca classica avanzata, infatti, tutte le donne[49] di qualsiasi età, condizione civile e sociale, rigorosamente escluse dalla

---

Anche *dedecus* e *damnum*, in cui incorrerà il giovane nipote dissoluto, preso tra occupazioni frivole e sconvenienti, sono costantemente oggetto delle reprimende del severo tutore (*sat*. 2, 2, 94-98): *das aliquid famae, quae carmina gratior aurem / occupet ferunt una cum damno dedecus. Adde iratuum patruus, vicinos, te tibi iniquum / et frusta mortis cupidum.*

[46] L'eredità culturale dell'irrisolto dibattito sulla *ratio* dell'istituto sembra risalire a Cicerone, che lascia intravedere come la funzione giustificativa del vincolo non si esaurisca semplicemente nel presupposto astratto della debolezza e incapacità femminile, quanto piuttosto nella necessità di salvaguardare gli interessi della famiglia agnatizia cui la donna appartiene (*Mur.* 12, 27): *Nam cum permulta preclare legibus essent costituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt:hi invenerunt genera tutorum quae protestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt; horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt.* Per Livio, invece, la logica della discriminante normativa sembra trovare la sua interpretazione nella finalità di protezione/sorveglianza, porre un freno all'intemperanza (*impotenti naturae et indomito animali* – 34, 2 13) delle donne, così come era stato giustamente imposto dagli antenati (34, 2, 11): *Maiores nostri nullam, ne privatam quidam rem agere feminas sine tutore autore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum.*

Sulle ragioni storiche della *tutela mulierum* e sulla teoria di natura potestativa, riconosciuta dalla dottrina dominante (Bonfante, Costa, Solazzi, Longo), e quella di natura funzionale (Fayer, Zannini), un'ampia disamina in, C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte prima*, Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 1994, 524 ss.

[47] La pregiudiziale logica, tanto radicata quanto unanimemente condivisa, della *levitas animi, infirmitas consilii* o *infirmitas sexus*, trova largo riscontro nel linguaggio dei retori, cfr. Sen., *Controv.* 1, 6, 5, '*Miseri illius oportet, quia orba est'. Ista tamen habet propinquos, habet amicos paternos,habet te inbecillitatis suae tutorem fortissimum.*Val. Max. 11, 1, 3, *Sed quid ego de feminis ulterius loquar, quas et inbecillitas mentis et graviorum operum negataadfectatio omne studium ad curiosiorem sui cultum hortatur conferre, cum temporum superiorum et nominis et animiexcellentis viros in hoc priscae continentiae ignotum deverticulum prolapsos videam?* Sen., *Ad Mar.*1, 1, *Nisi te, Marcia, scirem tam longe ab infirmitate muliebris animi quam a ceteris vitiis recessisseet mores tuos velut aliquod antiquum exemplar aspici, non auderem obviam ire dolori tuo, cui viri quoque libenter haerent et incubant, nec spem concepissem, tam iniquo tempore, tam inimico iudice, tam invidioso crimine, posse meefficere ut fortunam tuam absolveres.* Quint., *Decl.* 368, *Matrimonia sunt ab ipsa rerum natura inventa. Sic mares feminis iunguntur, ut imbecillior sexus praesidium ex mutual societate sumat.*

Per una puntuale analisi e un'ampia rassegna bibliograrfica di testi giuridici e letterari sull'argomento, R. QUADRATO, *"Infirmitas sexus" e "levitas animi": il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, in F. SINI, R. ORTU (a cura di), *Scientia iuris" e linguaggio nel sistema giuridico romano*, Milano, Giuffré, 2001, p. 155 ss. (ora in*"Gaius dixit" la voce di un giurista di frontiera*, Bari, Cacucci, 2010, p. 137 ss.)

[48] Diversamente dalla tutela maschile che cessava con il raggiungimento dell'età pubere, quella femminile sanciva in maniera permanente la subalternità dalla donna. Cfr. Gai 1,144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento <tuto>res dare: masculini quidem sexus inpuberibus,<feminini autem sexus cuiuscumque aetatis, puberibus quo>que, cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

[49] Erano ammesse solo due eccezioni (Gai 1, 145): *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo*

partecipazione agli *officia civilia*[50] (o più significativamente *officia virilia*), che regolamentavano il funzionamento della *civitas*, furono sottoposte, almeno in teoria, al controllo di un tutore; in realtà, in risposta ai sopraggiunti cambiamenti e alle mutate esigenze sociali ed economiche, le limitazioni della capacità femminili di agire progressivamente si affievolirono fino a diventare pressoché formali; a partire dalla media repubblica, infatti, si diede vita a tutte una seria di iniziative volte a favorire l'autonomia negoziale delle donne.

3. Il personaggio oraziano indubbiamente più insolito, vero e proprio rovesciamento del modello femminile tradizionale, è quello di Cleopatra, *regina dementis*, ma nello stesso tempo intraprendente e fiera, che prevarica prepotentemente gli angusti canoni di comportamento imperanti nella società romana, fortemente 'ideologizzata' grazie allo stretto legame tra etica e politica: modello paradigmatico di trasgressione, che secondo la logica propagandistica antiorientale, aveva saputo irretire Antonio con la stregoneria, ficcandolo con lussi e piaceri sfrenati[51], allontanandolo dai doveri verso la patria, annullandone la *dignitas* (*c*. 1, 37, 1-12):

Nunc est bibendum, nunc pede libero
pulsanda tellus, nunc Saliaribus
ornare pulvinar deorum
tempus erat dapibus, sodales.

---

minus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est. 1, 194 *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint; nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent, velut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.*

[50] Ulp. 1 *Dig*. 50, 17, 2 pr., *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores esistere*. La stessa espressione è in Paolo contemporaneo di Ulpiano, *Dig*. 5, 1, 12, 2 *Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent; quidam natura,quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui Senatu motus est. Moribus feminae, et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptur est, ut civilibus officiis non fungantur*; cfr. anche *Dig*. 16, 1, 1, 1 *Nam sicut moribus civilia officia ademta sunt feminis, et pleraque ipso iure non velent ita multo magis adimendumiis fuit id officium, in quo non sola opera nudmuque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familaris.*

Per un'ampia rassegna di fonti e letteratura sul tema dell'esclusione e discriminazione femminile, tra i tanti, cfr. P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento,* in *Index*, 40 (2012), p. 342 ss.

[51] Anche nell'epodo 9 Antonio appare immerso nella dissolutezza, asservito ad una femmina orientale, quasi vittima, colpevole per non essere riuscito a sottrarsi al fascino turpe e perverso di Cleopatra (vv. 11-16): *Romanus eheu – posteri nagabitis – / emancipatus feminae / fert vallum et arma miles et spadonibus / servire rugosis potest / interque signa turpe militaria / sol adspicit conoptum.* Va ricordato che neanche qui ricorre il nome di Cleopatra, che è spregiativamente indicata con l'appellativo di *femina*.

Antehac nefas depromere Caecubum
cellis avitis, dum Capitolio
regina dementis ruinas
funus et imperio parabat

contaminato cum grege turpium
morbo virorum, quidlibet impotens
sperare fortunaque dulci
ebria. …

In questo celebre carme conviviale dall'avvio alcaico[52] e dallo stile elaborato e complesso, considerato uno tra i più antichi del canzoniere oraziano, l'intenzione celebrativa della vittoria di Ottaviano sembra piuttosto lasciare il posto all'encomio della grandezza tragica e fosca della nemica di Roma, mai espressamente nominata[53], quasi come una vera e propria interdizione sacrale. La prima prerogativa di Cleopatra emerge con estrema chiarezza nell'aggettivo *dementis*, riferito con "audace ed espressiva"[54] enallage a *ruinas*, che connota, in realtà, la regina e la sua illusione vanagloriosa di abbattere e conquistare il Campidoglio, da sempre simbolo dell'esistenza imperitura di Roma[55]. Cleopatra rientra, in un certo qual modo, tra quei personaggi negativi, di indole malvagia e perversa che, spinti dalla brama di potere, hanno tramato contro la stabilità dell'ordine costituito, come Silla, Catilina o Sempronia.

A partire dal v. 12, la narrazione degli eventi, assume un colorito epico e drammatico, che in una successione di rapide sequenze mette in rilievo le capacità e l'eroismo del giovane Cesare, il cui successo segna propagandisticamente la vittoria dell'Occidente e dei suoi valori sull'ambiguo e guasto mondo orientale.

Una volta assolto al compito doveroso di celebrare Ottaviano, affiora, in Orazio, in sintonia con l'atteggiamento tipicamente romano di rispetto verso il nemico sconfitto, una velata ammirazione per la regina senza timore, senza femminile smarrimento che, seppure sconfitta, non ha cercato la fuga ma, con stoica fermezza, è rimasta imperturbabile di fronte all'ineludibile disfatta (vv. 21-32):

… Quae generosius
perire quaerens nec muliebriter
expavit ensem nec latentis
classe cita reparavit oras,

ausa et iacentem visere regiam
voltu sereno, fortis et asperas

---

[52] L'*incipit* è una citazione dal fr. 332 L.–P. dell'ode di Alceo in cui si celebrava la vittoria sul tiranno oligarchico lesbio, Marsilio. Cfr. P. FEDELI, *Orazio, Le Opere*. I/2, *Le Odi. Il Carme secolare. Gli Epodi*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1991, p. 624 ss.
[53] Sul tema, cfr. NISBETT-HUBBARD, *op. cit.*, p. 413.
[54] A. LA PENNA, *op. cit.*, p. 264.
[55] Per una essenziale rassegna delle testimonianze sul Campidoglio, simbolo dell'*imperium* di Roma, e dell'immortalità della *res publica*, cfr. NISBETT – RUDD, *op. cit.*, pp. 373-274.

tractare serpentes, ut atrum
corpore conbiberet venenum,

deliberata morte ferocior:
saevis Liburnis scilicet invidens
privata deduci superbo,
non humilis mulier, triumpho.

Il ritratto oraziano del *fatale monstrum* subisce un'inaspettata sterzata, da nemico accecato da folli propositi di rovina, il personaggio di Cleopatra «si evolve: la lussuria e la sfrenata ambizione della regina si connotano di umanità e cedono il posto alla nobile fierezza e al coraggio di una 'donna regale' (*non humilis*), che osò darsi la morte, pur di sottrarsi a un umiliante e 'superbo trionfo', indegno di lei»[56].

Si compie così il riscatto di una donna, protagonista degli eventi della storia e nello stesso tempo artefice del proprio destino, grande nel vizio così come nella virtù; la sua nobiltà e la sua forza stanno nella scelta estrema di libertà: stroncando volontariamente la sua esistenza, Cleopatra, quasi con '*audacia virilis*', compie l'ultimo gesto di ribellione, di rifiuto a una destino segnato, fiera e indomita anche sul fato e sulla morte.

Dandosi la morte, l'infelice regina si allontana dagli angusti schemi del personaggio femminile confermando un'incomparabile virtù, che però è prerogativa ineludibilmente maschile[57].

[56] G. CIPRIANI, *Letteratura latina. Storia e antologia di testi*, Milano, Einaudi, 2003, p. 195.
[57] P. FEDELI, *s.v. Personaggi Femminili*, in *Enc. Virg*., I, Roma, 1996, p. 601.

Carmen Papalino

APPALTI E BENI CULTURALI.
NOTA MINIMA DI CONFRONTO CON LE REGOLE FRANCESI
(IN OCCASIONE DELLE NUOVE DIRETTIVE UE)*

ABSTRACT	
La bellezza del paesaggio italiano nonché il particolare pregio e la quantità dei "nostri" beni culturali rappresentano tuttora un *unicum* apprezzato in tutto il mondo. È allora possibile definire come doverosa la realizzazione di politiche pubbliche che conducano ad un'effettiva valorizzazione del patrimonio culturale italiano. Vero è, tuttavia, che a chi sostenga la necessità di favorire e potenziare l'interscambio fra pubblico e privato nella gestione dei beni culturali non potrà sfuggire la necessità di una riflessione sulla sussistenza di una serie di ostacoli alla realizzazione di tale obiettivo e sulla modalità più opportune per superarli. La complessa, e spesso ben poco chiara, trama normativa dettata dal D.Lgs. 163/2006 in tema di appalti pubblici relativi ai beni culturali impone infatti all'interprete di effettuare una serie di passaggi procedimentali ed interpretativi fra rinvii da una disposizione all'altra del codice. Il risultato è una disciplina connotata da rilevanti ambiguità che impedisce all'amministrazione di avvalersi di strumenti duttili per il perseguimento dei suoi scopi, restando intrappolata fra le strette maglie di un apparato di regole procedurali volte alla tutela della concorrenza più che alla garanzia della conservazione dei beni culturali. Un esempio di regime giuridico meno complicato da esigenze di garanzia di legalità rispetto a quello italiano è offerto dall'ordinamento francese. La nota mira a porre in essere una sintetica comparazione fra le regole contenute nel codice dei contratti	The beauty of the Italian landscape and the particular merit and quantity of "our" cultural heritage still represent a unicum valued worldwide. It is then possible to define as proper the implementation of public policies leading to a real valorization of the Italian cultural heritage. Admittedly, though, those who support the need to promote and strengthen the interchange between the public and private sectors in the management of cultural assets cannot deny the need for a reflection on the existence of a series of obstacles to the realization of this goal and the most appropriate method to overcome them. The complex and frequently not very clear fabric of regulations dictated by legislative Decree no. 163/2006 on public procurement relating to cultural heritage indeed requires the interpreter to carry out a series of procedural and interpretative steps through referrals from a provision of the code to another. The outcome is a discipline characterized by significant ambiguities, which prevents the administration from relying on pliable tools in pursuing its purposes, thus remaining trapped within the tight texture of a system of procedural rules aimed at protecting the competition rather than ensuring the conservation of cultural heritage. An example of a legal system less complicated by the need for legality assurance than the Italian one is offered by French legislation. The note aims at establishing an albeit brief comparison among the rules contained in the italian public procurement code and those set out in the French *code des marchés publics*.

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

pubblici italiano e quelle di cui al *code des marchés publics* francese.	
Appalti - Beni culturali - Regole francesi	**Procurement - Cultural heritage - French rules**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina applicabile agli appalti pubblici relativi ai beni culturali nell'ordinamento italiano. - 3. La semplicità e speditezza dell'ordinamento francese in materia. - 4. Spunti conclusivi.

1. Tra le rare conseguenze favorevoli di una grande crisi economico-finanziaria coinvolgente interi continenti può annoverarsi quella che impone un ripensamento delle politiche nazionali allo scopo di valorizzare i settori di forza di ciascun Paese.

La bellezza del paesaggio[1] italiano nonché il particolare pregio e la quantità dei "nostri"[2] beni culturali rappresentano tuttora un *unicum* apprezzato in tutto il mondo. È allora possibile definire come doverosa la realizzazione di politiche pubbliche che conducano ad un'effettiva valorizzazione del patrimonio culturale italiano - oltre che ad un miglioramento dell'efficacia dell'amministrazione di tutela - nell'ambito di una concettualità di compito pubblico di benessere, dunque come fattore di sviluppo, più che di costo, che negli ultimi interventi del legislatore si affaccia con maggiore convinzione.

[1] La bibliografia in tema di beni culturali e paesaggio è vastissima. Si vedano, almeno, S. CASSESE, *Beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 7 (1998), pp. 674 ss.; S. ITALIA, *I beni culturali in Italia e in Europa*, Udine, Del Bianco, 1999, pp. 392 ss.; A. ANGIULI, *Dai vincoli paesistici al codice del paesaggio. (Linee di un percorso sandulliano)*, in *Studi in memoria di Aldo. M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 507 ss.; L. CASINI, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 5 (2004), pp. 469 ss.; A. ANGIULI, *Beni paesaggistici e codificazione Commento agli articoli 135, 142-146; 148-151* e *Postfazione sul paesaggio*, in AA.VV., *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 181 ss.; S. SETTIS, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Milano, Mondadori Electa, 2005, pp. 8 ss.; A. ANGIULI, *Piano paesaggistico e piani ad incidenza territoriale. Un profilo ricostruttivo*, Relazione svolta al «Convegno di Studi indetto dall'Università degli Studi di Padova e dall'A.I.D.U. il 5 giugno 2008, in AA.VV., *La nuova disciplina del paesaggio: commento alla riforma del 2008*, in *Riv. giur. urb.*, 5 (2009), pp. 291 ss.; ID., *Garanzie di effettività della tutela del paesaggio. Profili di diritto interno e comunitario*, in AA.VV., *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 77 ss.; ID., *Diritto e processo nella tutela del paesaggio. Percorsi di una integrazione tra ordinamenti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 259 ss.; ID., *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 1289 ss.; ID., *Il governo comunale del territorio alla ricerca di "sistema"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 991 ss.; G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in «*Aedon*», 1 (2014), pp. 1 ss.

[2] Sulla determinante presenza in Italia del patrimonio culturale d'interesse religioso (non meno dell'80% del contingente nazionale), si veda R. COPPOLA, *La valorizzazione dei beni culturali d'interesse religioso con speciale riguardo alle modificazioni consensuali del Concordato lateranense ed all'intesa tra il Governo e la CEI*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 11 ss.

È ormai evidente, infatti, che sul panorama culturale italiano (ed invero europeo) negli ultimi anni abbiano pesato una serie di problematiche di carattere soprattutto economico-finanziario. Vero è, tuttavia, che proprio in un momento di crisi - di cui ancora è protagonista il nostro Paese nonostante i recenti segnali di ripresa[3] - potrebbe meglio svilupparsi l'*humus* fertile su cui coltivare nuove sfide nella gestione e, soprattutto, nella valorizzazione del patrimonio culturale: basti pensare, a tal proposito, al rafforzamento della collaborazione tra settore pubblico e privato che potrebbe rivelarsi estremamente proficua a tal fine.

Com'è noto, le regole del mercato impongono anche nell'ambito della gestione pubblica dell'interesse culturale un ampio ricorso a strumenti di diritto privato e a forme giuridiche flessibili. Oggi alle regole comunitarie sulla libera circolazione delle merci e sulla concorrenza si è aggiunta la necessità di compensare l'indebolimento del ruolo pervasivo dello Stato sulle politiche del settore. La crescente necessità delle amministrazioni di individuare formule di mobilitazione di risorse private per il perseguimento di finalità di utilità sociale, in una fase di crisi finanziaria e di riduzione progressiva dei trasferimenti pubblici, impone di conseguenza l'individuazione e la messa a punto di un nuovo metodo di gestione del patrimonio culturale capace di contemperare punti di forza e criticità del pubblico e del privato, per ottenere dal reciproco scambio di risorse e competenze un rafforzamento, al tempo stesso, della sfera economica e di quella culturale.

In realtà, l'adozione, negli ultimi anni, di misure di contenimento della spesa pubblica[4] - divenute ancor più severe a seguito dell'adesione dell'Italia agli accordi del cosiddetto *fiscal compact* - segnalano la difficoltà di ampliare le dimensioni e i costi dell'apparato pubblico con la conseguente necessità di valutare positivamente l'apporto di capitali e di professionalità di soggetti privati, non solo nazionali, nella gestione del patrimonio culturale, con particolare riguardo al settore della sua valorizzazione.

Ove si condividano, dunque, tali premesse e si ritenga che da una corretta collaborazione pubblico - privato possa discendere un'opportunità per la pubblica amministrazione di continuare a curare l'interesse pubblico specifico di cui è titolare, ciò che rientra nella sua responsabilità, diviene non più opzionale il ricorso alla collaborazione tra settore pubblico e privato con riferimento alla valorizzazione dei beni culturali, pur nella consapevolezza della necessaria distinzione di ruoli e funzioni che impone al potere pubblico di rendere la gestione privata pienamente compatibile con il valore inalienabile della tutela del patrimonio culturale, formato da cose materiali

---

[3] Utile, a tal proposito, appare la consultazione, sul sito istituzionale del MEF (www.mef.gov.it) del DEF approvato il 10 aprile 2015 dal consiglio dei ministri che disegna un cambiamento di marcia nella situazione economica e finanziaria italiana con il prodotto interno lordo che nel 2015 secondo le previsioni diventa positivo (+0,7%) dopo tre anni di recessione.

[4] La L. cost. 20 aprile 2012, n. 1, recepisce i vincoli della normativa europea in materia di *governance* economica, come da ultimo integrata mediante il c.d. *fiscal compact*. In tema, si veda, C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, pp. 52 ss.

che hanno valore di testimonianza di civiltà, secondo la nota definizione della commissione Franceschini.

Vero è, tuttavia, che a chi sostenga la necessità di favorire e potenziare l'interscambio fra pubblico e privato nella gestione dei beni culturali non potrà sfuggire la necessità di una riflessione sulla sussistenza di una serie di ostacoli alla realizzazione di tale obiettivo e sulla modalità più opportune per superarli.

Il riferimento riguarda, anzitutto, l'applicazione della disciplina normativa dettata dal codice dei contratti pubblici con riferimento al settore dei beni culturali sulla quale, anche in considerazione della favorevole occasione del recepimento delle Direttive 2014/23/UE 2014/24/UE 2014/25UE occorre porre una particolare attenzione.

La complessa, e spesso ben poco chiara, trama normativa dettata dal D.Lgs. 163 /2006 - nella sua attuale formulazione - in tema di appalti pubblici relativi ai beni culturali impone infatti all'interprete di effettuare una serie di passaggi procedimentali ed interpretativi fra rinvii da una disposizione all'altra del codice, costringendolo a porre in essere un'operazione simile a quella di un'artista che si accinge alla composizione di un mosaico e che dopo aver faticosamente rinvenuto le tessere da comporre si rende conto della difficoltà di incastrare una tessera con l'altra. Egli sarà costretto a lavorare molto più intensamente, andando alla ricerca di ulteriori tessere della forma e dimensione più acconcia.

In senso traslato l'operazione richiesta all'interprete del codice dei contratti pubblici appare, come si analizzerà meglio di seguito, non meno complicata e la sussistenza di una difficoltà di tal genere risulta ancor più evidente[5]. In tema di semplificazione normativa, può essere utile una pur sintetica comparazione con la normazione contenuta nel *code des marchés publics* francese, che detta una disciplina assai più semplice in relazione agli appalti volti alla conservazione ed alla valorizzazione dei beni culturali. L'opportunità di un confronto fra il modello italiano e quello francese può cogliersi nell'attuale fase di elaborazione del recepimento nel nostro ordinamento delle nuove Direttive comunitarie sui contratti pubblici, già invia di totale recepimento nell'ordinamento francese.

2. Gli appalti di lavori incidenti su beni culturali presentano indubbiamente delle peculiarità connesse anche alle specializzazioni tecniche e artistiche che richiede l'attività di restauro. È in considerazione di tali peculiarità che è possibile ipotizzare che il legislatore italiano abbia deciso di "dedicare" ai suddetti appalti una disciplina speciale che non è tuttavia inserita in un testo normativo *ad hoc* ma - come del resto nel caso del *code des marchés publics* francese - nel codice dei contratti pubblici. In

[5] La Legge sui contratti pubblici concernenti i beni culturali trasfusa due anni dopo nel codice di cui al D.Lgs. 163/2006 è stata commentata criticamente da A. FANIZZA, *Commento al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 30 "Modificazioni alla disciplina degli appalti pubblici dei lavori concernenti i beni culturali" (g.u. 7 febbraio 2004, n. 31)*, in AA.VV., *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 523 ss.

particolare, nell'esaminare l'architettura normativa che il D.Lgs. n. 163/2006 dedica agli appalti incidenti sui beni culturali - Capo II del Titolo IV della Parte II del D.Lgs. n. 163/2006, rubricato «contratti relativi ai beni culturali» emerge che nove sono, in particolare, gli articoli dedicati a tali appalti contenenti regole in parte derogatorie rispetto a quelle previste in via generale per gli appalti pubblici in relazione ai seguenti aspetti: gli appalti misti (art. 199); l'affidamento congiunto (art. 200); la qualificazione degli esecutori (art. 201); le attività di progettazione e direzione dei lavori (artt. 202 e 203); le procedure di scelta dei contraenti e i sistemi di aggiudicazione (art. 204), nonché le varianti (art. 205).

Il risultato è una disciplina connotata da rilevanti ambiguità[6] che impedisce all'amministrazione di avvalersi di strumenti duttili per il perseguimento dei suoi scopi, restando intrappolata fra le strette maglie di un apparato di regole procedurali volte alla tutela della concorrenza più che alla garanzia della conservazione dei beni culturali.

Al fine di comprendere la normativa effettivamente applicabile è necessario effettuare una serie di rinvii fra le varie disposizioni del codice.

Si pensi, ad esempio, alla norma di cui all'articolo 197 del D. Lgs. 163/2006; secondo cui

> ai contratti pubblici relativi ai beni culturali di cui al presente capo si applicano, in quanto non derogate e ove compatibili, le disposizioni: - della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice); - della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori); - della parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici); - della parte IV (contenzioso); - della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie). 2. Si applicano inoltre, in quanto non derogate, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero inferiore. 3. La disciplina della parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto), si applica all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n.42, secondo le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5.

Dalla semplice lettura dell'articolo 197 del codice emerge il dato negativo di una continua coesistenza di più frammenti normativi: trovano applicazione, infatti, non solo disposizioni contenute nella parte speciale del codice, ma anche, «in quanto non derogate e ove compatibili», una serie di altre norme concernenti, ad esempio, principi e disposizioni comuni e contratti esclusi; programmazione, direzione ed esecuzione di

[6] Al punto che si tende a ricondurla in ogni caso ai principi generali della materia dei contratti pubblici.

lavori; concessione di lavori pubblici; contenzioso e disposizioni di coordinamento, finali e transitorie[7].

La conseguenza che se ne può trarre è la mancanza di effettiva specialità, e quindi di autonomia, dell'attuale disciplina sugli appalti nel settore dei beni culturali, a cui si aggiunge il rischio che dalla complessa trama normativa discenda, in concreto, la possibilità di un disincentivo alla partecipazione alla gara per gli operatori economici (senza tralasciare le difficoltà delle stesse stazioni appaltanti nella redazione dei bandi) chiamati ad effettuare preliminarmente un' interpretazione delle suddette norme. Difficoltà che si moltiplicano naturalmente per gli operatori stranieri.

Alla complessità della trama normativa dettata dal codice si somma, inoltre, la difficile applicazione, in relazione ai suddetti appalti di strumenti caratterizzati da una certa flessibilità per ciò che concerne, ad esempio, la scelta del contraente.

A tal proposito occorre sottolineare che ai sensi dell'articolo 204 del codice dei contratti pubblici, perché possa trovare applicazione la più flessibile procedura negoziata i concorrenti inviatati devono essere «almeno quindici»[8]. Trattasi di un numero (quindici) che rischia di apparire eccessivo in considerazione delle competenze altamente specialistiche richieste alle imprese concorrenti.

È su questa base che diviene possibile ipotizzare che nell'ottica di una maggiore collaborazione pubblico - privato l'applicazione della procedura negoziata potrebbe esser favorita dando maggior rilievo alla particolarità dei lavori aventi ad oggetto beni del patrimonio culturale, estendendo l'ambito di applicazione della più flessibile procedura negoziata in relazione al numero dei concorrenti invitati[9], posto che possono esserci casi in cui, essendo in gioco competenze altamente specialistiche, la stazione appaltante si trova a interfacciarsi con un numero di imprese inferiore a quindici, non esistendone altre sul mercato che in quel momento abbiano le competenze specifiche richieste.

3. Un esempio di regime giuridico meno complicato da esigenze di garanzia di legalità rispetto a quello italiano è offerto dall'ordinamento francese, che prevede l'applicazione ai lavori aventi ad oggetto il restauro e la conservazione dei beni culturali della disciplina valevole per gli appalti sotto soglia, e senza limiti di importo di una speciale normazione semplificante.

Invero, il *code des marchés publics* – pur non menzionando neppure i beni culturali[10] sulla falsariga delle Direttive comunitarie - sottopone i suddetti appalti ad

[7] Inoltre, non appare possibile trascurare che il secondo comma dell'art. 197 del codice dei contratti pubblici italiano aggiunge al quadro normativo applicabile anche le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II relativa ai contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture nei settori ordinari.

[8] La norma presuppone, naturalmente, la sussistenza in tale numero di soggetti qualificati.

[9] Oltre che sul fronte dell'importo massimo (passato da 500.000 a 1.000.000 di euro nel 2011).

[10] Non appare invero possibile tralasciare che l'art. 3 del codice dei contratti pubblici si occupa espressamente dell'acquisto di opere o oggetti d'arte di antiquariato o da collezione esistenti per

una procedura negoziata informale che - oltre a conferire all'amministrazione adeguati spazi di discrezionalità - non impone un numero minimo di concorrenti da invitare.

La disciplina, inoltre, a differenza di quella italiana, è completa in sé e non contiene rinvii ad altre norme «in quanto non derogate e ove compatibili».

In particolare, l'articolo 30 del suddetto *code* prevede che gli appalti relativi a tutti i servizi che non sono menzionati all'articolo 29 - e nell'articolo 29 non v'è alcun accenno ai beni culturali - possono esser conclusi, qualunque sia il loro importo, con la procedura *adaptée*[11] dunque adeguata o, ancor meglio, informale di cui all'articolo 28[12] il quale, a sua volta, precisa, con riferimento alla suddetta procedura, che i relativi termini sono liberamente fissati dall'amministrazione aggiudicatrice secondo la natura e le caratteristiche del fabbisogno da soddisfare, il numero o la posizione degli operatori che possono rispondere e le circostanze dell'acquisto. L'amministrazione aggiudicatrice può negoziare con i candidati che hanno presentato un'offerta. Questa negoziazione può concentrarsi su tutti gli elementi dell'offerta, tra cui il prezzo. Per la determinazione dei termini, l'amministrazione aggiudicatrice può avvalersi delle procedure formalizzate senza tuttavia sottostare alle regole formali che le riguardano. Tuttavia, qualora decida di utilizzare in particolare una di queste procedure formalizzate, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad applicarla in pieno. Qualunque sia la sua scelta, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere agli operatori economici ulteriori informazioni o documenti come quelli previsti per le procedure di cui agli articoli 45, 46 e 48. L'amministrazione aggiudicatrice può decidere che il contratto sarà aggiudicato senza previa pubblicità o concorrenza nelle situazioni descritte nella sezione II dell'articolo 35, o nelle ipotesi in cui tali procedure sono impossibili o inutili in relazione all'oggetto del contratto, al suo importo o al basso grado di concorrenza nel settore.

L'amministrazione aggiudicatrice può inoltre decidere che il lavoro sarà affidato senza previa pubblicità o rispetto delle regole della concorrenza se il suo importo stimato sia inferiore a 15.000 euro. Se si avvale di tale facoltà, l'ente assicura la scelta di un'offerta che sia in linea con la necessità di fare un buon uso dei fondi pubblici e

---

escluderli dall'applicazione del codice. È, invece, contenuta nel codice, all'articolo 71, l'obbligazione di decorazione di edifici pubblici. Introdotta nel 1951 in Francia, tale obbligazione, anche chiamata "*1% artistique*" impone ai *maitres d'ouvrage publics* di riservare l'1% del costo dei loro edifici all'ordinazione o all'acquisto di una o più opere d'arte allo scopo di integrarle nella costruzione. A tal proposito l'articolo 71 del codice dei contratti pubblici rinvia, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, ad una specifica normativa recata dal D.Lgs.29 aprile 2002, n. 677.

[11] La norma prosegue, invero, sottolineando che le disposizioni della sezione III dell'articolo 40 e il terzo comma dell'articolo 41 non si applicano quando l'importo stimato dei servizi richiesti è pari o superiore a 207.000 di euro.

[12] L'articolo 28 del codice dei contratti pubblici francese esordisce sottolineando che in generale la procedura *adaptée* trova applicazione quando il valore stimato dell'appalto è inferiore alle soglie in riferimento alle quali si applicano le procedure formali di cui all'articolo 26. Tale norma, a sua volta, nell'indicare le soglie che impongono l'applicazione delle procedure formali, individua, tra l'altro, il suddetto valore in relazione agli appalti di lavori: 5.186.000 €.

s'impegna a stipulare contratti sistematicamente con lo stesso operatore economico quando vi è una pluralità di offerte potenzialmente in grado di soddisfare l'esigenza.

Dalla lettura delle suddette norme appare evidente la possibilità di applicare per gli appalti di servizi aventi ad oggetto prestazioni di conservazione e restauro di beni culturali una procedura informale. Per ciò che concerne, viceversa, la realizzazione di appalti aventi principalmente ad oggetto lavori sui beni culturali occorre sottolineare che per gli stessi trovano applicazione le discipline formalizzate o meglio ordinarie (vale a dire: di evidenza pubblica), qualora l'importo stimato dell'appalto superi le soglie fissate dall'articolo 26 ovvero 186.000 euro.

Preliminarmente ad un'analisi della suddetta disciplina che impone anche un accenno ad una lettura condivisa del *ministère de la culture et de la communication* (*commission patrimoine)* sull'applicazione del codice dei contratti pubblici agli appalti aventi ad oggetto i beni culturali intesi come beni che costituiscono collezioni pubbliche dei musei[13]di Francia, dei centri di archivio e biblioteche pubbliche (…), nonché quelli rilevanti in sede archeologica in quanto compresi fra i patrimoni protetti sotto il titolo di monumenti storici (beni mobili, immobili, per destinazione, pitture murarie, rilevanti ai sensi dei vari titoli del codice del patrimonio) appare utile rammentare che l'espressione *bien culturel* è stata introdotta nell'ordinamento francese solo nel 1989, con la legislazione sulle scoperte culturali marittime.

Si osservi che alla locuzione *bien culturel* il legislatore francese, infatti, ha tradizionalmente preferito il termine *patrimoine*[14]. La *ratio* di tale scelta è rinvenibile nella volontà di attribuire un valore simbolico all'espressione utilizzata: la parola *patrimoine* rinvia, in maniera più netta, rispetto al termine *bien* al concetto di eredità e di trasmissione di valori materiali ideali alle future generazioni.

In maniera particolarmente forte è pertanto avvertita nell'ordinamento francese, come invero in quello italiano che dedica l'articolo 9 della Costituzione alla tutela del patrimonio culturale, la sussistenza di un *file rouge* tra la necessità di preservare il patrimonio[15] culturale ed bisogno di tutela di uno strumento di formazione della memoria collettiva e di unificazione del corpo sociale.

Una conferma del peculiare rilievo attribuito al patrimonio culturale nell'ordinamento francese discende dalla lettura del suddetto documento redatto nel

---

[13] Sull'organizzazione giuridica dei musei francesi si veda, S. FOÀ, *L'organizzazione giuridica dei musei in Francia: decentramento e servizio pubblico culturale*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1999, pp. 85 ss.

[14] La Legge del 1913 costituisce il testo fondamentale in materia di patrimonio culturale. Sono soggetti a tale normativa i beni mobili e i immobili la cui conservazione presenta dal punto di vista storico o artistico, un interesse di carattere pubblico, i siti storici e artistici, e dunque le zone adiacenti i beni monumentali, i siti pittoreschi e leggendari, centri storici delle città. Trattasi di nozione aperta che rimette all'interprete l'individuazione di bene di interesse pubblico e che pone in rilievo il patrimonio, peraltro inteso per lo più come monumenti, mentre meno intesa risulta la protezione dei beni mobili. L'assoggettamento alla disciplina è subordinato alla catalogazione.

[15] Per un'analisi comparata tra beni culturali e *patrimoine* si veda C. DI SALVO, *Beni culturali o patrimoine? Italia e Francia a confronto*, Civitavecchia, Librinmente, 2014.

2009 dal *ministère de la culture et de la communication* relativo all'applicazione del *code des marchés publics* ai beni culturali in cui si sottolinea che non v'è dubbio che tutti gli interventi sul patrimonio comportino dei rischi. Tali rischi, tuttavia, assumono particolare rilievo con riferimento ai beni culturali stante la necessità di preservarli per trasmetterli alle generazioni future. Intervenire o meno su un bene culturale implica, una scelta definitiva.

Nell'effettuare tali scelte, appare evidente il fondamentale rilievo della coerente applicazione dei corpi normativi vigenti in materia.

Non è casuale dunque che nello stesso documento del 2009 redatto dal ministero si evidenzi la necessità di coniugare armoniosamente prima di qualunque intervento sui beni culturali le norme del *code des marchés publics du 1er août 2006,* del *code du patrimoine,* del *code des collectivités territoriales,* del *code général de la propriété des personnes publiques,* senza tralasciare, inoltre, le carte internazionali in vigore le quali fissano le regole per gli interventi sul patrimonio culturale, posto che le azioni di conservazione e restauro non possono che essere intraprese da professionisti le cui capacità di realizzare gli interventi richiesti siano state verificate in anticipo.

Fermi i principi generali e la necessità di distinguere fra appalti di servizi e appalti di lavori aventi ad oggetto la conservazione ed il restauro dei beni culturali, occorre sottolineare che nel *code* per i primi trova applicazione, qualunque sia l'importo stimato, la procedura informale nella scelta dei contraenti; per i secondi, viceversa, la suddetta procedura trova applicazione soltanto se il valore stimato dell'appalto non superi gli euro 187.000.

Dunque, gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto la conservazione o il restauro dei beni culturali possono esser condotti sulla base di una procedura delineata dall' articolo 30 del *code* poiché gli stessi non rientrano fra le categorie di servizi escluse dall'articolo 29 dall'applicazione di una disciplina negoziata informale.

Invece gli appalti il cui oggetto riguarda principalmente la realizzazione di lavori sono sottoposti alle relative regole e seguono la procedura formale se il valore stimato supera le soglie fissate dall' articolo 26 del *code* (187.000 euro).

Fondamentale appare dunque l'analisi dell'articolo 30 dello stesso codice, che consente di applicare agli appalti di servizi relativi ai beni culturali una procedura informale, alle condizioni previste dall'articolo 28: il settore dei beni culturali è infatti escluso da quello dei servizi per i quali le norme prevede l'applicazione delle procedure formalizzate.

L'articolo 30, come già accennato, consente di applicare ai servizi non rientranti nell'articolo 29, qualunque sia il loro valore, la procedura *adaptée* con la conseguenza di poter scegliere, qualunque sia l'importo dell'appalto, le modalità di pubblicità e di svolgimento della procedura tenendo conto della natura e delle caratteristiche del bisogno da soddisfare, del numero e della localizzazione degli operatori economici e delle condizioni di acquisto. Si tratta, evidentemente, di una procedura che tende a

tutelare l'interesse dell'aggiudicatore ad utilizzare tutte le risorse di flessibilità autorizzate da questa procedura,in particolare quella di negoziare con i candidati.

4. L'evidente flessibilità e chiarezza normativa che caratterizza l'ordinamento francese in tema di applicazione del codice dei contratti pubblici agli appalti aventi ad oggetto i beni culturali potrebbe costituire uno stimolo per il legislatore italiano ad intervenire e a semplificare, sulla scia del modello francese, la trama delle norme dettate sul tema al fine di consentire una collaborazione pubblico privato quanto mai utile in un momento di crisi economica che ancora vede coinvolto il nostro Paese. L'occasione in tal senso potrebbe derivare dal recepimento nell'ordinamento italiano delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE[16] la cui trasposizione nell'ordinamento francese[17] si coniuga con l'esigenza di semplificare al massimo la disciplina dei contratti pubblici e non solo.

La prova della suddetta esigenza di semplificazione appare evidente ove si consideri che nell'ordinamento francese nel realizzare la prima fase del percorso volto al recepimento delle Direttive europee[18], con il *Décret* n. 2014/1097 del 26 settembre 2014 si è proceduto ad elaborare misure di semplificazione per le PMI e per l'innovazione[19] con l'obiettivo di modificare il *code* ed i decreti di applicazione dell'*Ordonnance* n. 2005/649 sul PPP[20] prevedendo fra l'altro, a tale scopo, l'alleggerimento dell'obbligo di produzione dei documenti di partecipazione, che è indicato come ancora troppo complesso e costituente spesso un ostacolo all'accesso alla gara.

In questo caso, due sono le misure prescritte: 1) dispensa per le imprese dal dover fornire documenti accessibili *on line* per la stazione appaltante; 2) dispensa per le imprese dal dover fornire documenti ancora validi se già forniti allo stesso ente appaltante nel quadro di una procedura precedente.

In relazione alla prima misura l'accessibilità *on line* gratuita ai documenti richiesta nel bando per la dispensa costituisce un obbligo per le stazioni appaltanti, esteso ai casi

[16] A tal proposito corre l'obbligo di sottolineare che tra i recenti emendamenti alla delega per la riforma degli appalti compare il divieto di derogare alle procedure ordinarie se non per casi legati alle calamità naturali.

[17] Sul tema, si vedano, fra i più recenti**,** F. LINDITCH, *Mise en concertation du projet d'ordonnance relative aux marchés publics* in «*Contrats et Marchés publics*», 2 (2015), pp. 29 ss.

[18] A tal proposito occorre sottolineare che la Francia ha dato formalmente il via al processo di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE il 12 marzo 2014 con un grande *colloque* organizzato dal ministero dell'economia e delle finanze. Il *colloque* è stato concluso dal ministro Pierre Moscovici, che ha annunciato l'architettura strategica della trasposizione, fondata su diversi provvedimenti ("misure specifiche") e una premessa generale.

[19] La cui proposta è stata oggetto di una consultazione *on line* di circa 2 mesi di durata in ossequio al principio del *débat public* preventivo.

[20] Quanto al merito, il primo punto attiene al *plafonnement* del fatturato delle imprese esigibile nelle gare che viene fissato nel massimo a due volte il valore presunto dell'appalto e, più in generale, ancorato a una valutazione della cifra d'affari minima necessaria in rapporto alla tipologia di appalto per la buona esecuzione del contratto.

di esclusione dalle gare - mediante verifica *on line* delle cause di esclusione (ad esempio, il casellario giudiziario) - con onere per le imprese di fornire unicamente i riferimenti informatici per tali verifiche.

Per ciò che concerne la seconda misura si afferma il principio del "ditelo una sola volta" principio riferito al caso di gare dello stesso ente, con l'avvertenza che questi deve averlo specificato nel bando e che il candidato abbia confermato la validità attuale dei documenti già prodotti. Inoltre, va notato che una buona parte del Decreto legislativo è dedicato al partenariato per l'innovazione. La disciplina s'inquadra nella lunga tradizione dei governi francesi di supporto alle formule di negoziazione e di ricerca di soluzioni innovative, come peraltro già avvenuto dopo l'approvazione della direttiva 18 con il dialogo competitivo, reso addirittura possibile anche nel sottosoglia[21].

Non appare ultroneo infine sottolineare che a dicembre 2014, nel rispetto della tabella di marcia prevista dal governo francese nel recepire le Direttive europee è stata avviata una seconda fase di tale recepimento, con la pubblicazione nel JORF n. 0295 del 21 dicembre 2014 della *Loi* n. 2014-1545 relativa alla semplificazione dell'attività delle imprese e ad altre misure di semplificazione.

In particolare, nel rispetto dei principi costituzionali, l'art.42 contiene la delega al governo per assumere mediante *Ordonnance* le necessarie misure di recepimento delle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, relative agli appalti pubblici[22].

Il progetto di *Ordonnance* relativo agli appalti pubblici - che prevede che l'entrata in vigore dell'*Ordonnance* comporta l'abrogazione del *code des marchés publics* vigente - presenta 82 articoli suddivisi in due parti principali più due altre di completamento. Tale progetto, nei confronti del quale invero sono già state mosse alcune critiche[23] fissa i principi generali di livello legislativo. L'essenziale della trasposizione delle nuove Direttive, che riguarda soprattutto le modalità di aggiudicazione degli appalti pubblici, si effettuerà attraverso misure regolamentari d'applicazione. Il progetto di *Ordonnance* dunque modificherà e razionalizzerà le regole applicabili agli appalti pubblici e all'insieme dei committenti pubblici in un corpo unico di norme, di numero più contenuto dell'attuale attuando una prima misura

[21] Sempre nell'ambito della prima fase, è stato emanato il *Décret* n. 2014-1341 del 6 novembre 2014 relativo ai contratti di concessione di lavori pubblici contenente varie disposizioni in materia di contratti pubblici. Il *Décret* traspone il punto b del par. 1 dell'art. 43 della Direttiva 2014/23/UE e contiene la definizione dei criteri che consentono di modificare i contratti di concessione di lavori pubblici in corso di esecuzione.

[22] Secondo vari criteri generali tra cui è annoverabile quello della razionalizzazione delle norme di tutti gli appalti pubblici ai sensi del diritto dell'Unione in relazione alle regole generali di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti.

[23] Il riferimento è all'*Haut Conseil à la vie associative (HCVA) et de l'Uniopss*, che ha reso pubblico il suo giudizio sul progetto il 27 ed il 30 gennaio 2015 rimproverando fra l'altro l'eccessiva brevità ed il rinvio a norme regolamentari per l'elaborazione di una disciplina di dettaglio.

essenziale: la qualifica uniforme dei contratti pubblici quali contratti amministrativi soggetti ad un regime unico di impugnative giurisdizionali[24].

L'esigenza di semplificazione presente nell'ordinamento francese non appare invero lontana da quella avvertita nell'ordinamento italiano anche e soprattutto nel settore degli appalti aventi ad oggetto i beni culturali che impongono all'interprete di effettuare un percorso ad ostacoli fra un rinvio e l'altro a varie disposizioni normative.

L'occasione del recepimento delle direttive europee nel nostro ordinamento potrebbe dunque costituire anche per il legislatore italiano una base e occasione migliore per far chiarezza ed al tempo stesso rafforzare la strada volta a realizzare attività pubbliche e private che conducano ad un'effettiva valorizzazione del patrimonio culturale italiano[25]nel rispetto dei principi che regolano la sua tutela - se pur prudentemente - ma con un metodo teso a trarre preziosi vantaggi, anche economici per tutti i cittadini, nel restauro, che deve effettuarsi al massimo livello di qualità, com'è nella tradizione italiana, ma anche senza eccessi di spesa ottenibili mediante una contrattazione competitiva, misurata e prudente, ma rientrata a fini pratici di risparmio nella spesa e, nel contempo, di qualità del risultato.

Inoltre, nella fruizione collettiva che si colloca tra le caratteristiche della nostra tradizione più intrise di principi democratici e di buona amministrazione perché apre al godimento universale i beni culturali non appena ciò sia concretamente possibile, assolte le prevalenti esigenze della tutela.

[24] La semplificazione e la chiarificazione dei testi riguarderà anche i contratti globali e quelli di partenariato, ora connotati da una disciplina sparsa fra una pluralità di leggi e decreti. L'obiettivo è la riduzione degli attuali 507 articoli sul tema a 291.

[25] L'Italia è un Paese ad alto tasso di concentrazione di beni culturali. Impossibile fornire una cifra percentuale sull'intero patrimonio culturale mondiale: quel che è certo, è che l'Italia è risultata, al 2013, lo stato con più siti iscritti nella lista dei patrimoni dell'umanità dell'UNESCO e, in tutto il globo, la nostra penisola è considerata un sinonimo di arte, storia e cultura. In un periodo di difficoltà per lo sviluppo del Paese, puntare sulle caratteristiche per cui si è maggiormente apprezzati e riconosciuti risulta quasi doveroso, nonostante le croniche difficoltà strutturali italiane nel conservare e gestire al meglio l'intero patrimonio culturale di cui si dispone.

Paolo Pardolesi

PROMISSORY ESTOPPEL IN SCOTS AND LOUISIANA LAWS: UNILATERAL PROMISE IN DISGUISE?*

ABSTRACT	
The essay explores the counterintuitive possibility of identifying the unilateral promise as a bargaining configuration or as an essential requirement of pre-contractual obligations, and ties to briefly describe the solution adopted in the 'mixed' jurisdictions of Scotland and Louisiana, that, on one hand, offer a remarkable recap of the legal traditions of common law and civil law and, on the other, emphasize the conceptual dichotomy relating to the institute of promissory estoppel, despite the fact that the doctrine of consideration has a reduced leeway in the two legal experiences.	Il saggio – prendendo le mosse dalla controintuitiva possibilità di individuare nella promessa unilaterale tanto una configurazione negoziale quanto il presupposto di un'obbligazione precontrattuale – si pone l'obiettivo di esaminare la soluzione elaborata nei sistemi misti della Scozia e Louisiana, da un lato, perché tali esperienze offrono una rilevante sintesi tra la tradizione di *common law* e quella di *civil law* e, dall'altro, in quanto tale dicotomia concettuale (sottesa all'istituto del *promissory estoppel*) è fortemente presente sebbene la dottrina della *consideration* abbia uno spazio limitato nei sistemi in commento.
Promissory estoppel – Unilateral promise – Mixed jurisdictions of Scotland and Louisiana	***Promissory estoppel* – Promessa unilaterale - Sistemi misti di Scozia e Louisiana**

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The Scots law of promise: the authority of Stair and the 'institutional writing' – 2.1. The influence of the English legal system and the contribution of Smith – 2.2. The reform: the Requirements of Writing (Scotland) Act of the 1995 – 3. The Louisiana law of promise: the uneasy relationship between the concepts of 'cause' and 'consideration' – 3.1 The codification of promissory estoppel – 4. Some final thoughts

1. The apparently counterintuitive possibility of framing the unilateral promise as a bargaining configuration, revolving around the idea that the promisor wants to stress the seriousness of the commitment, or as an essential requirement of pre-contractual obligation (closely linked to the desire to prot ect the expectation created

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

in the promisee)[1] requires some crucial 'excursion' into the mixed jurisdictions of both Scotland and Louisiana, not only for the practical reason that they remarkably summarize the legal traditions of common law and civil law, but mainly because the conceptual dichotomy relating to the institute of promissory estoppels, is strongly present even though the doctrine of consideration is left with a somehow restricted space[2].

The following notes aim to be the first steps on the path towards examining the implications of the approaches by these mixed legal system.

2. Let's focus on the discipline of promise in Scotland. For this purpose, it will be important to start from the 'impact' of the 'istitutional writing'[3] (concerning private and criminal law) and, more precisely, of the Stair's *Istitutions of the law of Scotland* which is the most important contribute on the subject of the contract and promise[4]. In particular – moving from the belief that the canon law having taken off the exception of the civil law, *de nudo pacto non oritur action* [5]—, Stair rejected Groutius's requirement of acceptance emphasizing the binding power of the promise simple and pure: «Stair states that a promise is that which is simple and pure, and hath not implied as a condition, the acceptance of another, and he thus distinguishes an obliga-

[1] On these profiles see D.A. FARBER - J. H. MATHESON, *Beyond promissory estoppel: contract law and the 'invisible handshake'*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 903 (1985); E. YORIO – S. THEL, *The Promissory basis of Section 90*, 101 Yale L. J. 111 (1991); P. PARDOLESI, *The double soul of promissory estoppel. A comparative view*, 18 *C.E.L.B* 1 (2012); ID., *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività della promessa*, Bari, 2009, p. 19 ss.

[2] For an in-depth examination of the binding power of the promise in Scotland and in Louisiana see D. V. SNYDER, *Hunting promissory estoppel*, http://ssrn.com/abstract=1316358. On the concept of mixed jurisdictions see T. B. SMITH, *Scots law and roman-dutch law: a shared tradition*, in *Studies Critical and Comparative*, a cura di T.B. Smith, Edinburg, 1962, p. 46; R. ZIMMERMAN – D. VISSER, *Southern cross: civil law and common law in South Africa*, Oxford, 1996; E. ÖRÜCÜ – E. ATTWOOLL – S. COYLE, *Studies in legal system: mixed and mixing*, London, 1996; R. ZIMMERMAN – K. REID, *An history of private law in Scotland*, vol. I e II, Oxford, 2000; W. TETLEY, *Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncodified)*, 60 *La. L. Rev.* 677 (2000); V. V. PALMER, *Mixed jurisdiction worldwide: the third legal family*, Cambridge, 2001; J. M. SMITS, *The contribution of mixed legal system to european contract law*, Groningen, 2001; ID., *The making of European private law*, Oxford, 2002; R. ZIMMERMAN – K. REID, *European contract law: scots and south african prospective*, Edinburgh, 2006.

[3] On the sources of Scots law see, indicatively, M. WALKER, *Gli scritti istituzionali del diritto scozzese*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 509; A. F. RODGER, *Think about Scots law*, 1 *Edin. L. Rev.* 3 (1996), p. 12; A. C. BLACK, *The istitutional writers*, in AA. VV., *An introductory survey of the sources and literature of Scots law*, Edinburgh, 1936, p. 59.

[4] *The Institutions of the Law of Scotland deduced from its Originals, and collated with the Civil, Canon and Feudal Laws and with the Customs of Neighbouring Nations* was published in 1681 and represent the most important work of James Dalrymple, 1st Viscount Stair.

[5] «[E]cclesiastical courts maintained an important role in Scotland even after the Reformation, and the Court of Session was itself largely ecclesiastical in its conception, character, and outlook»: D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 28.

tion based on promise from an obligation based on a contract, which is the deed of two, the offerer and the accepter»[6]. However, this rule suffered a considerable reshaping because of the evidence system received in Scotland: «promises cannot be proved by witnesses, even for small amounts, unlike contracts»[7].

Therefore, until the publication of the *Requirement of Writing (Scotland) Act* 1995, also in the Scots legal system the use of the writing as a *vestimentum* of the agreement represent a fundamental requisite[8].

2.1. The Scottish legal system (as well as drafted in the institutional writing) was destined to a new restyling: the Acts of Union (passed by English and Scottish Parliaments in 1707), a part from led to the creation of the United Kingdom of Great Britain on 1 may of that year, caused a progressive colonization of the principles of the English common law with the result of separating the Scots rules from their Roman law origin[9].

A drastic opposition to the English colonization took place after the Second World War with the contribute of Thomas Broun Smith who brought «the Scots law of unilateral promise, if not into the forefront, at least out of obscurity»[10]: «I'm convinced that the civilian tradition in Scots – that element which is the most rational, equitable, universal and potentially creative – is in jeopardy at the same time. There are pressures from outside our system and weaknesses within»[11]. In other words, «what Smith did was to illustrate the elegance of the Scottish (…) solution and place it into a comparative context that gave it both pedigree and gravitas. His work take into account the great civil law families of French and German law and particularly addresses Roman-Dutch law and south African law. He explains where Stair's –and Scotland's- solution fits among those respectable traditions, and he demonstrates the superior doctrinal simplicity of a Scottish analysis of the problems posed by the cases»[12].

---

[6] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 28 s.
[7] On this point see D. V. SNYDER, *op. cit.*, p. 29.
[8] For an in-depth examination of these aspects see, once again, L. VAGNI, *La promessa in Scozia. Per un percorso di diritto contrattuale europeo*, Milano, 2008, p. 169.
[9] On these profiles see C. MCDIARMID, *Scots law, the turning of the tide*, (1999) *Juridical Rev.* 156, p. 157.
[10] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 30. On the works of T. B. Smith, see E. REID - D.L. CAREY MILLER, *A mixed legal system in transition: T.B. Smith and the progress of Scots law*, Edinburgh, 2005.
[11] T.B. SMITH, *Strange Gods: crisis of Scots law as civilian system*, in *Studies critical and comparative*, edited by T.B. Smith, Edinburgh, 1962, p. 73.
[12] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 31 s.

These orientations were confirmed with the works on law of contracts which the *Scottish Law Commission* started in 1973 (exactly under the leadership of Smith)[13]. The final goal was to purify the discipline of the obligations from all the theories which brought it far from the Stair's contribution: «[t]he obligation to which such a promise gives rise […] is unilateral, in that it is the creation of the will of the promisor alone; this is so even though the promised performance is stipulated to be conditional upon some act or abstention by promisee»[14]. Nevertheless, the *Scottish Law Commission* didn't realize the goal to clarify the chaotic relationship between promise and contract in Scots law[15]: «[i]t is less clear whether the offeror is similarly entitled to deny the existence of a contract when the offeree claims that he relied upon the term in the offer to the effect that his silence would be construed as an acceptance, and that he intended his silence to be so regarded»[16].

2.2. Turning the glace on a doctrinal debate, there is still great uncertainty which is increased from the inactivity of the Scottish Parliament (who lost the possibility to conclude the path to recovery of the Stair's contribution began from the *Law Commission*)[17]. More in detail: with the *Requirement of Writing (Scotland) Act* 1995, the Scottish Parliament introduced merely few exceptions to the rule by which the binding power of the simple promise could be admitted only with the requisite of the *vestimentum*. In other words, «where one party has materially relied, the other party may not withdraw if doing so would result in material harm. The lack of formality is forgiven». Therefore, the die is cast: «[a]lthough the statutory language is lengthy and convoluted, this Scottish statute essentially states the principle of promissory estoppel as applied to the problems posed by the statute of frauds»[18].

In this perspective, is important to observe that in the *Requirement of Writing (Scotland) Act* 1995 there are some different shades compared with the discipline of the promissory estoppel in England and in North America: the most significant is the explicit request that the reliance of the promisee is supported by the "knowledge and

[13] On the contribution of T.B. Smith see H.L. MACQUEEN, *Glory with Gloak or the stake with Stair? T. B. Smith and the Scots law of contract*, in *A mixed legal system* cit., p. 138.
[14] See SCOTTISH LAW COMMISSION, *Memorandum n. 36, General introduction*, Edinburgh, 1977, p. 4: «[a]t least since the time of Stair the law of Scotland, diverging in this respect from the laws of most other civil law systems of Western Europe, has not required, before an obligation is recognized as coming into beign, that the promise accepts the benefit of the promise made in favour; it has consequently seen no need, as other system have, to resort to the device of a presumed acceptance by the beneficiary in order to hold the promisor to his undertaking».
[15] L. VAGNI, *op. cit.*, p. 216.
[16] SCOTTISH LAW COMMISSION, *Memorandum n. 36*, cit., p. 47.
[17] On this point see L. VAGNI, *op. cit.*, p. 267 s.
[18] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 23.

acquiescience" of the promisor[19]. So that, moving from this perception, what is the real meaning of the requirement introduced by the Scottish Parliament? in particular, could it satisfied in the case in which the reliance is foreseeable (as we can see in the Section 90 of the Restatement Second of Contracts) or in the hypothesis in which is «expected and desidered, but the promisor has not been informed that it has actually taken place»[20]?

However, it is necessary to emphasize that to trace an hasty evaluation couldn't be of use. Instead, is important to underline that the inauspicious draft of the rule[21], on one hand, and the rarity of Scottish jurisprudence on this point[22], on the other hand, have reduced considerably its range of incidence.

Finally, is reasonable to conclude that the Scottish Parliament – allowing that the promise devoid of the requisite of the *vestimentum* was recognized from the legal system in the presence of the surrogate of the reliance of the promise – sides with the North America concept of promissory estoppel, but remains far from the implementation of the Stair's principle of the binding power of the promise simple and pure[23].

3. From Scotland to Louisiana, scouring the Atlantic, remain the suggestions of a mixed jurisdiction marked from the 'tangible' and 'singular' codification of the promissory estoppel[24].

Let's start from the analysis of one of the most relevant problem which has characterized the origin of the Civil Code of Louisiana: this codification itself contained the problematic word 'consideration', both in the central definition of cause (the article 1896 of the Civil Code of 1870 provides that for cause of contract "is meant the

---

[19] See S*ection* 1.(3) of the *Requirement of Writing (Scotland) Act* 1995: «Where a contract, obligation or trust mentioned in subsection (2) (a) above is not constituted in a written document complying with section 2 of this Act, but one of the parties to the contract, a creditor in the obligation or a beneficiary under the trust ("the first person") has acted or refrained from acting in reliance on the contract, obligation or trust with the knowledge and acquiescence of the other party to the contract, the debtor in the obligation or the truster ("the second person") — (a) the second person shall not be entitled to withdraw from the contract, obligation or trust; and (b) the contract, obligation or trust shall not be regarded as invalid, on the ground that it is not so constituted, if the condition set out in subsection (4) is satisfied».

[20] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 23 s.: «there may be some work for the courts here, and it will be informative to observe the judicial reactions and whether the old stance on knowledge under *rei interventus* doctrine is continued. Certainly the promisor's knowledge and acquiescence would always be relevant to promissory estoppel, if for no other reason than the relevance of injustice».

[21] «The clarity that might be expected of a modern statutory codification of bar with respect to formalities, however, is arguably illusory in the case of the 1995 Act. Certainly the drafting is infelicitous, (…), and its circumlocution raises a number of technical questions of statutory interpretation that could make a real difference in the results of cases»: D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 24.

[22] On this profile see L. VAGNI, *op. cit.*, p. 229.

[23] For an in-depth examination of these aspects see, once again, L. VAGNI, *op. cit.*, p. 230.

[24] For the article 1967 of the Louisiana Code Civil see note 31.

consideration or motive for making it") and in other troublesome palces (for example the *options*)[25]. Although, this concept fomented a fair amount of Civilian angst in Louisiana, efforts were made to reconcile «these mentions of consideration with the indisputabily civilian notion of cause», on the one hand, supposing that the word consideration (as used in the Civile Code) «could be read to be a times synonymous with 'cause', and other times with 'onerous cause'» and, on the other hand, arguing that «the requirement that there be 'any consideration' for an option would be satisfied in virtually every option, given that the parties are interested in buying or selling, particularly since the flexible 'any consideration' therein stipulated formulation replaced the earlier, stricter requirement that the option be purchased for value»[26]. However, the effort produced didn't achieve resounding success. Actually, the Louisiana courts received an more severe approach requiring that «an option be supported by consideration, much as at common law»[27].

This scenario bacame more complicated when «Louisiana did recognize certain kinds of conventional obligations without any consideration at all, as long as formal requirements were met». In other words, Louisiana preserved «the possibility of a valid gratuitous contract, that is, promise of donation», as long as there were the presence of two fundamentals requisites: «[f]irst, the intent had to be expressed in a so-called authentic public act, that is, a writing 'passed before a notary public and two witnesses'. Second, the promise had to be accepted»[28].

A relevant step forward in the direction to assure greater systematic cohesion happened in 1985 with the revision of the Civil Code: first of all, references to consideration were excided. Instead, the revision reactivated the requisite of the cause with an important clarification: «Under this Article, the cause is not consideration»[29]. Coherently, with respect to the options, the revision requires no consideration and «the revision commentary states, with a certain amount of gumption, that the revision does no change the law». Finally, «the reference to consideration in the article on gra-

[25] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 10 s., observes that the source of the art. 1896 of the Civil Code of 1970 has to be found in the art. 1887 of the French version of 1825: «On entend par la cause du contract (…) la consideration ou le motif qui a engagé à contracter». Moreover, "the French version is considered more authoritative than the English versions of either 1825 or 1870".

[26] D.V. SNYDER, *op. cit.*, at 12. For an in-depth examination of these aspects see S. LITVINOFF, *Obligations*, II, 1975, p. 107.

[27] In this sense see *Goodyear Tire & Rubber Co v. Ruiz*, 367 *So*2*d* 79 (*La Ct App.* 4*th Cir* 1979); *McCarthy v. Magliola*, 331 *So*2*d* 89 (*La Ct App.* 1*st Cir* 1976); *Davis v. Bray*, 191 *So*2*d* 774 (*La Ct App.* 2*d Cir* 1966); *Moresi v. Burleigh*, 127 *So* 624 (*La* 1930) *Gloven v. Abney*, 106 So 735 (*La* 1925);

[28] «This situation obtained at the same time as various mentions of consideration in other contexts muddied the Louisiana waters on whether the courts would follow the doctrine of cause exclusively or would revert to ideas of consideration. The legal situation in Louisiana was decidedly mixed»: D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 12.

[29] See La Civ. Code arts 1966 (requiring cause), 1967 (defining cause) & cmt (c).

tuitous contracts was also removed, without mention, with the usual comment that the revised article does not change the law»[30].

3.1. In light of these premise, is surprising that – in the article 1967 of the Civil Code[31] – the Louisiana State Law Institute showed his will to remove consideration from Louisiana obligations law and also to add promissory estoppel [with a meaning evidently inspired to the model expected in the *Section* 90 del *Restatement (Second) of Contracts*]: «this desire was made explicit in so many words when the Council instructed the reporter to draft an article that would make it quite clear that 'cause' is not 'consideration' in the Common Law sense, and, further, to introduce a concept analogous to detrimental reliance or promissory estoppel»[32].

In this perspective, is important to observe that, «as in the Common Law states, promissory estoppel got its start in late XIX nineteenth-century case law in which the equities of the case seemed to require enforcement of a promise that did not amount to the usual kind of contract»: often courts –in the lack of solution *ad hoc* – enforced promises on grounds that could be rationalized under the terms of promissory estoppel[33]. In particular, one of the most important cases is *Ducote v. Oden* which was decided from the Louisiana Supreme Court[34]. More in detail, the importance of this decision is connected to the observation that –nonetheless represented the emblem of the "rejection of common law doctrine"[35] – it was subjected to change of the orientation wanted from the Louisiana State Law Institute. Beyond the in-depth analysis of the main profiles concerning this litigation[36], is necessary to observe how the Louisiana Supreme Court –after repeating counsel's argument which sounded the very words of the Section 90 of the Restatement (Second) of Contracts — remaked that

[30] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 13.
[31] See art. 1967: «Cause is the reason why a party obligates himself. A party may be obliged by a promise when he knew or should have known that promise would induce the other party to rely on it to his detriment and the other party was reasonable in so relying. Recovery may be limited to the expenses incurred or the damages suffered as a result of the promisee's reliance on the promise. Reliance on a gratuitous promise made without required formalities is not reasonable».
[32] See D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 33. For an in-depth examination of these profiles see *Louisiana State Law Institute, Revision of the Louisiana Civil Code of 1870, Book III – Obligations Revision – Cause*, 3 (20 Apr 1979).
[33] «So in the early Louisiana law, promissory estoppel percolated quietly through the cases, as elsewhere in the country»: D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 13.
[34] *Ducote v. Oden*, 59 *So2d* 130 (*La* 1952).
[35] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 14
[36] On this point see D. V. SNYDER, *op. cit.*, p. 13 s., who observes how «[t]he court emphasized the weakness of the plaintiff's allegation that the promise took place in a casual (…) conversation in the stages of discussion, and even courts which accept the doctrine would likely find that the elemental promise had not been shown».

«[s]uch a theory is unknown to our law and could not be found in the all-important provisions of the Civil Code»[37].

Although it was clear the unmistakable separation from the common law solutions, the dramatic turn of events occurred in 1985 with the revision of the Code Civil: surplisingly the Louisiana State Law Institute stated, on one hand, to remove consideration from Louisiana obligation law and, on the other hand, to trasplant the model of North America promissory estoppel in the Civil Code. Therefore, «the irony is double-faced: not only are common law notions defining cause, positively and negatively, but promissory estoppel is being imported at the same time that chief doctrine that made it necessary is being deported». All that implied a wide effort of interpretation: the *cause*, rather than reveal "the motive for making a promise", should have represented the essential "reason" or, even better, «the reason that makes an obligation enforceable»[38].

Nevertheless, this change of horizon (which, on a systematic ground, involved the removal of the concept of consideration and the achievement of the notion of cause), the revision of 1895 didn't obtain the hoped results: «[i]n the proposed formulation, if the promise is supported by cause, it is for that very reason enforceable, by definition. Cause has been not only turned around, then, but made to serve the same function as consideration. To be clear, it did not employ the same test as consideration — no bargain was to be required — but the function of the doctrine was to be the same. At Common Law, if there is consideration the promise is enforceable, and otherwise not. Under the proposed formulation, if there is cause, the promise is enforceable, and otherwise not. This proposition is a far cry from the original scheme, and while Civilian in its adherence to a cause not identical to bargain, it is being driven by concerns emanating from the Common Law»[39].

This solution was confirmed from the arguments by means of whom the Louisiana State Law Institute justified the introduction of the discipline of promissory estoppel in the Code Civil: I) first of all, this institute «is consonant with the principles in the existing Code, including its Napoleonic general article on delictual obligation»; II) moreover, the implementation of promissory estoppel has been recognized in the case law was supported («[t]his proposition was a bit difficult in light of the Supreme Court of Louisiana decision in *Ducote v. Oden*, as mentioned above, but the reporter identified the undercurrent of cases that applied the principle *sub rosa* both before and after *Ducote*»); and III) finally, "the most remarkable argument", is that *promissory estoppel*, by virtue of his strong connenction both with the «delictual and quasi-

[37] *Ducote v. Oden* cit., p. 132.
[38] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 34.
[39] See D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 34 s.

delictual obligations» and the *culpa in contraendo*, «is in essence a civil law doctrine anyway»[40].

In this context, in spite of the difficulty to justified the transplant of promissory estoppel in the Louisiana Civil Code (recognizing in his doctrine an ancient heritage of civil law)[41], it is required to underline how this institute «worked in many of the same sorts of jobs associated with promissory estoppel in the rest of the United States». Therefore, differently from the Scottish law (in which, on a pragmatic profile, the discipline of promissory estoppel has not obtained a wide success), promissory estoppel in Louisiana – getting a role of fundamental importance in the law of promise — has been applied in many cases concerning different problems as "option contracts", "irrevocable offers" and, more in general, "precontractual liability"[42].

4. Although the *ratio* of promissory estoppel follows remarkably different paths in the mixed legal systems we have briefly examined, there are intriguing points of proximity.

As previously mentioned, the Scots law of promise, moving from Stair's intuitions, came to envision the binding nature of the simple and pure promise: «[t]hat was his ground, and not the more delictual notion of reliance». Yet, another approach as-

---

[40] On this point see, more in detail, D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 35 s., who observes how promissory estoppel is linked «to the binding force of a unilateral declaration of will, the very same idea observed in Scotland, and most clearly in Stair. The crowning glory, though, goes to the assertion that estoppel is descendent from the Roman law doctrine of *venire contra factum proprium*. The assertion that promissory estoppel is not a common law invention after all, and is instead Roman and thus quintessentially of the civil law, is no less remarkable for its dubiety. *Venire contra factum proprium* is more generally viewed as being based on facts rather than executory promises, and is therefore closer to equitable estoppel (…) rather than promissory estoppel. Moreover, *venire contra factum proprium* is probably better attributed to the *ius commune*, and perhaps Bartolus originally, rather than Rome, as earlier research has shown. But these are scholastic points. The impetus came from the American Common Law and Restatement. The revision draft reproduces section 90, not a text from the Digest or from Bartolus, neither of which is very clearly about promissory estoppel anyway».

[41] «This view was certainly not shared by all participants in the legislative process. The extent to which promissory estoppel, with its delictual flavour, could be compatible with any civilian conception of cause seems to have been especially troublesome»: J. DU PLESSIS, *Common law influences on the law of contract and unjustified enrichment in some mixed legal systems,*78 *Tul. L. Rev.* 218, 228 (2003).

[42] See *Lafayette City-Parish Consol Govt*, 907 SO 2d 37 (La. 2005); *Baker v. LSU Health Scis Ctr, Inst of Professional Education*, 889 SO 2d 1178 (La. Ct. App. 2004); *Hibernia Nat'l Bank v. Antonini*, 862 SO 2d 331 (La. Ct. App. 2003); *Holt v. Bethany Land Co*, 843 SO 2d 606 (La. Ct. App. 2003); *Dan Rhodes Enters v. City of Lake Charles*, 857 SO 2d 1256 (La. Ct. App. 2003); *Jesco Constr Corp. v. Nationsbank Corp*, 830 SO 2d 989 (La. Ct. App. 2002) *Magic Moments Pizza, Inc v. Louisiana Restaurant Assn*, 819 SO 2d 1146 (La. Ct. App. 2002); *Haring v. Stinson* 756 SO 2d 1201 (La. 2000).
On these profiles see S.W. DE LONG, *The new requirement of enforcement reliance in commercial promissory estoppel: section 90 as catch-22*, 1997 *Wis L. Rev.* 943; R.A. HILLMAN, *Questioning the new consensus on promissory estoppel: an empirical and theoretical study*, (1998) *Colum. L. Rev.* 580; R.E. BARNETT, *The death of reliance*, (1996) 46 *J. Legal Educ.* 518; D.A. FARBER - J.H. MATHESON, *op. cit.*, p. 903; E. YORIO – S. THEL, *op. cit.*, p. 111.

sumes that «there could be liability even in the absence of a promise if a resolution (as opposed to promise) be holden forth to assure others»[43]. For example, in the South African legal system, where (as well as in the Scots law) the doctrine of consideration is ignored (and few space is allowed to the concept of cause), it has been necessary to elaborate 'mechanisms' aiming to trigger liability despite the lack of subjective consent (when justifiable reliance has been created in the counterparty).

Therefore, it is no surprise that the Louisiana solution is diametrically opposed to the path choose in Scotland. Though the promise fulfills a crucial role and the obligation is based on individual consensus, the option seems unmistakably delictual: «Loiusiana, after all, took its law not from the lawyers of the Church, concernend for the soul of the promisor, but from the Restatement of the American Common Law, concernend with equities that had to be recognized when the requirement of consideration or the disappearance of the seal visited injustice on relying promises»[44].

In light of the above, it is reasonable to conclude that in Louisiana the reliance (as long as reasonable and detrimental) fills an essential role: «the element of tort in Louisiana law is quite strong in comparative terms».

Nonetheless, the common need to overtake the difficulties connected to the case in which (in absence of a legitimate contract) the promisor's behavior has induced the justified reliance of the promise, has encouraged these two mixed legal system to adopt parallel outcomes (if considered from the standpoint of effectiveness) in the same time frame: «[t]oo much can be made of similar moves at similar times, and cries of convergence are sometimes too swiftly voiced. The fact of the moves and their timing, though, should at least be recorded, and some of the implications considered»[45].

[43] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 54 s.
[44] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 55.
[45] D.V. SNYDER, *op. cit.*, p. 56.

Ferdinando Parente

LA PERSONA COME *HOMO*: EVOLUZIONE E TUTELE*

ABSTRACT	
In forza delle Costituzioni del secondo dopoguerra e del processo di integrazione comunitaria, iniziato con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, proseguito con la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 e completato con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, il passaggio da una concezione dell'individuo come "soggetto" di diritto alla nozione dell'individuo come "persona" si è imposto progressivamente negli ordinamenti nazionali e nel sistema comunitario tanto da orientare in maniera decisa la produzione normativa verso la tutela integrale della persona. Questa impostazione porta a ribadire che la persona è il valore fondante dell'ordine giuridico, centro di imputazione di interessi esistenziali, legati al dinamismo della vita dell'uomo.	By virtue of the Constitutions of the Second World War and the process of European integration began with the Treaty of Rome of 25 March 1957, continued with the Charter in Nice on 7 December 2000 and completed by the Treaty of Lisbon on 13 December 2007, the shift from a conception of the individual as a subject of law to the notion of the individual as a person has imposed progressively into national and Community so as to orient decisively producing legislation to the protection of the person. This approach leads to reiterate that the person is the fundamental value of the juridical order, the center of imputation of existential interests, related to the dynamism of human life.
Individuo – soggetto – persona	**Individual – subject – person**

SOMMARIO: 1. L'individuo umano nel sistema giuridico romano: *ingenui* e *liberti*. La preminenza della persona nel modello gaiano. L'origine etimologica del lemma *persona*. – 2. La funzione ordinatoria degli *status*. La *capitis deminutio*. – 3. La persona nelle Costituzioni rivoluzionarie e nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. – 4. La persona nella cultura rinascimentale e nello Statuto Albertino. – 5. La nozione di persona nelle Costituzioni del secondo dopo guerra e nelle fonti di diritto comunitario. – 6. La formula «diritti inviolabili» come «clausola aperta».

---

*Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.
Relazione al Convegno Internazionale sul tema *Znaczenie ustawodawstwa Justyniana w kształtowaniu europejskiej kultury prawnej. Refleksje w 1450. Rocznicę śmierci cesarza (The Role of Justinian legislation in the development of European legal culture. Reflections on 1450 The anniversary of the death of the Emperor)* - Wydział Prawa Universytetu w Białymstoku, 21-22 may 2015.

1. Negli assetti del sistema giuridico romano, gli individui umani erano distinti in liberi e schiavi[1]. I liberi venivano differenziati in *ingenui* e *liberti*: i primi, considerati liberi dalla nascita; i secondi, nati in condizione di schiavitù, ma in seguito manomessi[2]. Lo schiavo era paragonato alla *res* e poteva essere oggetto di rapporti patrimoniali; lo schiavo, quindi, era oggetto di rapporti giuridici, non soggetto di diritto[3].

Nel diritto romano, pertanto, il lemma "persona", non designava ogni essere umano[4], posto che non tutte le "persone fisiche" erano dotate di soggettività: erano certamente soggetti di diritto le persone libere; non lo erano per converso gli schiavi[5].

Nondimeno, in un celebre passo delle sue *Institutiones* (*et prius videamus de personis*)[6], il giurista Gaio afferma la preminenza della persona all'interno del sistema normativo[7]. La locuzione di Gaio, tramite l'opera giustinianea, ha influenzato non pochi profili della cultura giuridica europea.

Sul piano storico, il modello gaiano sovverte una direttrice antica, che poneva al centro dell'assetto giuridico la *hereditas*[8]. Nell'àmbito del nuovo modello, invece, la persona viene «ad occupare un posto di centralità nell'ordinamento», in una

---

[1] GAIO, *I.*, 1, 9: *Et quidam summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. Sul punto, cfr. F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, II, 1, Napoli, ESI, 2012, p. 2, nota 3.

[2] GAIO, *I.*, 1, 10, 11: *liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt* (cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 115; F. PARENTE, *o.l.c.*).

[3] cfr. B. BIONDI, *o.c.*, p. 116; F. PARENTE, *La libertà matrimoniale tra* status personae *e* status familiae, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 131, nota 7; ID., *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 2.

[4] Sulla ricostruzione della soggettività del concepito, nel diritto romano classico, cfr. P. FERRETTI, In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 11 ss.

[5] F. PARENTE, *o.l.u.c.* Per il superamento della concezione patrimoniale del diritto romano riferito alla persona, nella prospettiva del riconoscimento di una personalità dello schiavo, sia pure limitata, attraverso la distinzione tra la "personalità giuridica" e la "personalità sociale" dell'uomo, cfr. S. TAFARO, *Diritto romano: un diritto per la persona*, in *Index*, 2006, p. 99 ss. Sulla nozione di persona, nel diritto romano, cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 1994, pp. 193-194. Alla luce dei testi più antichi, pare che il VULTEJUS sia stato il primo giurista moderno ad usare l'espressione "persona" in modo tecnico: *Servus enim homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis, vocabulum*. Il DONATELLO, invece, classifica i diritti della persona in «vita, incolumitas corporis, libertas, aestimatio» (cfr. G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1996, p. 7). Per la ricostruzione del lemma "persona", nella linguistica storica, cfr. O. BUCCI, *Persona. Una introduzione storico-giuridica alla civiltà greco-romano-giudaico-cristiana*, Roma, Roman, 2006, p. 40, nota 13.

[6] GAIO, *I.*, 1, 8.

[7] S. TAFARO, *Nascita e formazione del termine* persona, in AA. VV., *Person and Family in Roman law and in tradition of European law. Persona e famiglia nel diritto romano e nelle radici dei diritti dell'Europa*, Taranto-Warszawa, Editore Nunzio Varmence, 2009, p. 11; ID., *Centralità dell'uomo (persona)*, in AA. VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano, Giuffrè, 2007, p. 107 ss.

[8] R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura* 37, 1986, p. 1 ss.

prospettiva che «tende ad orientare il diritto verso il suo destinatario naturale»: l'uomo[9].

Dal punto di vista etimologico, è dubbio se il latino *persona* derivi dall'omologa radice linguistica greca o dall'etrusco *phersu* o ne sia un «calco semantico» ovvero un «prestito lessicale»[10].

Malgrado l'incertezza sulla rilevazione del sintagma, sembra che il sostantivo latino *persona* alludesse, in origine, alla morfologia descrittiva "volto", poi, al segno distintivo "faccia" e, infine, al lessema rappresentativo "maschera", che designava il "personaggio", la parte teatrale rappresentata dall'attore, per pervenire, attraverso un lungo percorso dialettico ed una trasmutazione semantica, all'accezione simbolica di *persona* come *homo*, accolta nella raffigurazione gaiana[11].

2. Nel filone della tradizione storica del diritto romano vanno collocati gli apporti dei giuristi tedeschi e degli studiosi di diritto francese: i primi ricostruiscono la persona come soggetto di diritto; i secondi, nella fase che precede la promulgazione del *code Napoléon*, ripropongono la nozione ordinatoria degli *status*, coniata dai giuristi romani[12], e la integrano con le attinenze della società feudale[13]. Il punto focale, nella costruzione degli *status*, era rappresentato dalla *capitis deminutio* secondo la quale la perdita della condizione di appartenenza ad un gruppo, da parte di un membro, determinava la scomposizione del gruppo[14] e la confluenza del singolo in altre aggregazioni più ampie e complesse[15].

---

[9] R. QUADRATO, *o.l.c.*: F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 8.

[10] S. TAFARO, Ius hominum causa constitutum. *Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, ESI, 2009, p. 14 ss.; O. BUCCI, *Persona. Una introduzione storico-giuridica alla civiltà greco-romano-giudaico-cristiana*, cit., p. 100.

[11] S. TAFARO, *o.l.u.c.*; O. BUCCI, *o.c.*, pp. 100-101; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 3.

[12] Sull'utilizzazione della locuzione "status", per la ricostruzione dei vari aspetti della condizione dell'uomo, nelle fonti del diritto romano, cfr. R. ORESTANO, *Status libertatis, civitatis, familiae*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, Utet, 1971, p. 384 ss.

[13] Sul punto, cfr. F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., pp. 3-4. In particolare, J. DOMAT, *Oeuvres complètes*, *Paris*, Alex-Gobelet, 1835, t. 1, p. 95, precisa che le qualità che costituiscono il tessuto degli *status* personali sono la conseguenza naturale dell'ordine della società e delle leggi civili. Per la trattazione organica delle distinzioni tra le persone, nel sistema anteriore alla rivoluzione francese, cfr. R.J. POTHIER, *Oeuvres*, IX, a cura di V. BUGNET, Paris, Nouvelle édition, 1930, *passim*, che prospetta sei "divisioni": 1) i corpi sociali, ossia gli stati soggettivi intesi come "ordini" (gli ecclesiastici, i nobili, la "gente" del terzo stato e i servi); 2) la cittadinanza (i regnicoli e gli albini); 3) la "vita civile", che concerne i soggetti che hanno perduto e recuperato la cittadinanza; 4) la posizione di figlio legittimo o illegittimo; 5) l'età e il sesso della persona; 6) le limitazioni connesse all'esercizio della potestà.

[14] Cfr. M. BRETONE, *Capitis deminutio*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, Utet, 1958, p. 916 ss.

[15] Cfr. P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1915, LV, p. 259 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, Cedam, 1947, p. 52; A. BURDESE, *Manuale di diritto romano*, Torino, Utet, 1998, p. 134 ss.; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 4, nota 9.

Nel diritto civile romano, lo *status* di *cives* costituiva una condizione necessaria per la piena capacità giuridica[16], ma non corrispondeva alla situazione di suddito, assunta dalla persona che abitava nei territori conquistati: alle popolazioni soggiogate non si estendeva la cittadinanza romana e, quindi, nello Stato romano vi erano sudditi liberi, ma privi della qualifica di *cives*[17]. La piena capacità giuridica era subordinata alla condizione soggettiva di potenziale capo della famiglia[18].

In realtà, i partecipi della *civitas libertasque* si distinguevano in persone *sui iuris* e persone *alienae potestati subiectae*: *sui iuris* era colui che non aveva discendenti legittimi o che era stato affrancato dall'ascendente da cui dipendeva; *alieni iuris* era il *filius familias*, discendente legittimo o adottivo di un *pater familias*, nonché la donna sottoposta alla *manus* del marito a seguito della celebrazione del matrimonio e le persone in *causa mancipi*; i soggetti *alieni iuris*, a differenza di quelli *sui iuris*, erano privi della capacità giuridica patrimoniale[19].

3. Nell'evoluzione delle fonti, le «Costituzioni rivoluzionarie» e la «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino», approvata in Francia il 26 agosto 1789, influenzano in maniera decisiva la codificazione del *code civil*, i cui principi ispiratori soppiantano le distinzioni per classi del tessuto sociale, definite dall'*Ancien Régime*[20]. La regola della cultura rivoluzionaria francese, che sarà recepita nelle codificazioni di diritto civile e nelle carte costituzionali delle nazioni nascenti, contenuta nel *titre premier* del *livre premier* del *code civil*, riguarda il godimento dei diritti civili, a cui devono essere ammessi "tutti" i cittadini, senza distinzioni sociali (art. 8)[21]. Si tratta, dunque, di una disposizione di sintesi dei principi di uguaglianza, di solidarietà e di libertà, la quale qualifica la persona come elemento della natura nella sua irripetibilità e come membro dell'aggregato sociale, ossia come incarnazione dei valori e dei diritti riconosciuti all'individuo nella socialità[22].

Se, infatti, secondo le regole del diritto romano e del diritto feudale, solo coloro che nascevano liberi potevano agire pienamente e disporre dei propri beni, a seguito della codificazione nata dalla rivoluzione francese, si impone una nuova regola, alla luce della quale tutti gli uomini, in quanto umani, esercitano un potere su sé stessi e sui propri beni che si riassume nella formula «esercizio dei diritti civili». In sostanza,

---

[16] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1998, p. 52 ss.
[17] B. BIONDI, *o.c.*, p. 128 ss.
[18] Cfr. L. MONACO, Affectio *e convivenza nell'esperienza storica*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Le convivenze familiari. Diritto vigente e proposte di riforma*, Torino, 2006, Giappichelli, p. 35 ss.
[19] Cfr. F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 4, nota 9; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 57 ss.; F. PARENTE, *La libertà matrimoniale tra* status personae *e* status familiae, cit., pp. 131-132, note 8, 9 e 10.
[20] Cfr. M. MINERBI, *La crisi dell'antico regime e l'eversione della feudalità in Francia* (1787-1793), Firenze, La Nuova Italia, 1979, p. 103 ss.
[21] F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 5. L'art. 8 (l. 26 *juin* 1889) *code civil* dispone: «Tout Français jouira des droits civils».
[22] Cfr. G. ALPA e A. ANSALDO, *o.c.*, pp. 16-17.

nel *code Napoléon* è recepito un principio di uguaglianza, preordinato alla non discriminazione tra nobili e plebei, ricchi e poveri, liberi e servi, che ha cadere le antiche immunità e i vecchi privilegi e con essi le distinzioni sociali[23].

4. Dal punto di vista storico, dunque, l'individuo è diventato persona con una propria identità nel periodo culturale dell'Umanesimo e del Rinascimento[24], durante il quale l'essere umano è stato liberato dai parametri di identificazione legati al gruppo sociale e ha assunto la veste di referente diretto dei valori di uguaglianza, di solidarietà, di libertà e di dignità, che hanno caratterizzato l'ideologia rivoluzionaria francese e ispirato le moderne carte costituzionali in funzione della tutela integrale della persona[25].

Già lo Statuto Albertino del 1848 dedicava alla persona e alle libertà personali disposizioni modellate sulla dichiarazione francese dei diritti di libertà[26], configurate come enunciazioni di principio, espresse in formule sinottiche che facevano rinvio alle leggi collegate per la determinazione del contenuto dei diritti della persona[27].

Lo Statuto non definiva la capacità giuridica della persona, la cui configurazione era affidata alla regolamentazione del codice civile; nondimeno, nel recepire il principio di uguaglianza formale, rimarcava tre profili che supponevano la generale soggettività dell'individuo: *a*) l'indifferenza del titolo nobiliare o del rango sociale o professionale della persona rispetto all'uguaglianza dinanzi alla legge; *b*) la guarentigia dei diritti civili e politici, preservata ad ogni individuo; *c*) la plausibilità di limitazioni tassative al regime della capacità generale, specificate dal sistema ordinamentale[28].

I diritti riconosciuti dallo Statuto erano articolati in tre categorie: i diritti soggettivi privati, accreditati al singolo non in quanto cittadino, ma come individuo, che consentivano alla persona di intèssere nella vita di relazione una pluralità di rapporti giuridici a contenuto molteplice; i diritti soggettivi pubblici, che inerivano al diritto di azione, all'utenza dei servizi pubblici, all'ammissione nelle scuole pubbliche

---

[23] Cfr. G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, cit., pp. 15-16.
[24] F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 6.
[25] P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, ESI, 2005, p. 7.
[26] In particolare, l'art. 24 sull'uguaglianza; l'art. 25 sul concorso ai carichi dello Stato; l'art. 26 sulle garanzie della libertà individuale; l'art. 27 sull'inviolabilità del domicilio; l'art. 28 sulla libertà di stampa; l'art. 29 sulla inviolabilità della proprietà e sull'indennità di esproprio; l'art. 30 sulla contribuzione fiscale; l'art. 31 sulla garanzia del debito pubblico; l'art. 32 sulla libertà di riunione.
[27] Cfr. R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 119; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 7.
[28] Cfr. R. LUCIFREDI, *o.u.c.*, p. 38.

e negli istituti di assistenza e di beneficenza; i diritti politici, in forza dei quali i cittadini potevano partecipare alla vita politica dello Stato[29].

5. In forza delle Costituzioni del secondo dopoguerra e del processo di integrazione comunitaria, iniziato con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957[30] e completato con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007[31], il passaggio da una concezione dell'individuo come soggetto di diritto alla nozione dell'individuo come persona si è imposto progressivamente negli ordinamenti nazionali e nel sistema comunitario e sopranazionale, tanto da orientare in maniera decisa la produzione normativa verso la tutela integrale della persona[32].

In Italia, la Costituzione repubblicana, approvata dall'Assemblea Costituente nella seduta del 22 dicembre 1947, e la produzione legislativa successiva hanno rigettato nettamente la prospettiva patrimoniale della tutela della persona[33] e introdotto norme che presiedono alla salvaguardia dell'uomo come "valore" e che si elevano a principi fondamentali del sistema (artt. 2, 3, 13 ss., 32, 36, Cost.)[34].

L'art. 2 Cost.[35], nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, si pone nella visione giusnaturalistica, dei diritti innati[36]: l'ordinamento non attribuisce i diritti, ma

---

[29] Cfr. R. LUCIFREDI, *o.l.u.c.*; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., pp. 7-8.

[30] Il Trattato di Roma del 25 marzo 1957 fu ratificato dall'Italia con la l. 14 ottobre 1957, n. 1203, pubblicata nella *G.U.* 23 dicembre 1957, n. 317.

[31] Su cui, cfr. E. TRIGGIANI (a cura di), *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, Levante Editori, 2008, p. 11 ss.

[32] F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., pp. 8-9.

[33] Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Naoli, ESI, 2006, p. 714 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti*, cit., pp. 8-9. La proprietà, che in passato ha ricoperto un ruolo preminente tra gli istituti privatistici, ha costituito il cardine fondamentale attorno al quale hanno ruotato le nuove esigenze di tutela della persona e la causa del ritardo dell'affermazione dei diritti soggettivi della persona stessa (cfr. D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 357; M. C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 13). Con l'evoluzione dei tempi, si è affermata la necessità di tutelare le richieste volte al riconoscimento degli interessi della persona a contenuto non patrimoniale (C. D'ARRIGO, *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, IV, *Aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 712; M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 198).

[34] F. PARENTE, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e «dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell'uomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 456-457. «(…) la persona umana non dev'essere tutelata solamente in quanto "ha" ma in quanto "è" (cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 9), anzi, la proprietà e tutti gli istituti di iniziativa economica e di tutela e protezione del patrimonio sono "funzionalizzati" alla tutela della persona quale valore sociale primario.

[35] In particolare, l'art. 2 Cost. assume rilevanza pregnante nella tutela di tutte quelle situazioni soggettive che, pur in mancanza di un esplicito riferimento normativo, si configurano come proiezione della personalità dell'individuo nel contesto sociale di riferimento (Cass. 9 giugno 1998, n. 5658, in *Foro it*. 1998, I, c. 2387). Esso ha funzione precettiva e si configura come una "clausola generale aperta" all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile di apprestare copertura costituzionale a tutti i nuovi valori emergenti della personalità, «in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela "del

li riconosce come situazioni soggettive esistenziali[37]. Insomma, nell'ordito della carta costituzionale, è ribadito il principio che l'uomo è un valore assoluto, a cui l'ordinamento garantisce i diritti essenziali, connessi alla sfera psico-fisica e alla corporeità[38]. La tutela ordinamentale, dunque, è fortemente influenzata dall'essere dell'individuo e dal libero svolgimento della vita di relazione[39] e abbraccia la totalità delle manifestazioni della persona meritevoli di tutela[40].

Sul punto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, che costituisce parte integrante del Trattato di Lisbona, colloca a fondamento della vita privata la dignità (art. 1) e la libertà (art. 6), tutelate senza distinzione di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a minoranze nazionali, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Nello specifico, l'art. 1 della Carta prescrive: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», mentre l'art. 6 dispone: «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza». La dignità e la libertà nella parità costituiscono, quindi, il substrato valoriale dei diritti dell'individuo[41].

---

pieno sviluppo della persona umana" di cui al successivo art. 3 cpv». (Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.* 1996, I, c. 1317; Cass. 10 maggio 2001, n. 6507, in *Giust. civ*., 2001, I, p. 2644; in dottrina cfr. M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.), Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 197).

[36] In quanto diritti fondamentali della persona, essi devono considerarsi intrinseci, caratterizzanti la persona umana in quanto tale, e, pertanto, inalienabili, indisponibili, imprescrittibili e irrinunciabili (M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 123; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Treccani, 1989, p. 10; F. NEGRO, *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro it*., 1956, IV, c. 213-214). Infatti, i diritti della personalità tutelano i modi d'essere della persona: «l'ordinamento giuridico assicura al soggetto i beni fondamentali della vita, dell'integrità fisica e della libertà di fronte a tutti gli altri consociati, i quali cioè, come nei diritti reali, hanno il dovere negativo dell'astensione» (F. NEGRO, *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro it*., 1956, IV, c. 213).

[37] F. PARENTE, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e «dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell'uomo*, cit., pp. 454-455.

[38] Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 12 ss.; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 11. Sebbene le norme costituzionali spesso non contengano l'espressione "persona", ma quella di "uomo", non può essere sostenuta l'esistenza di una frattura tra il concetto di uomo e quello di persona in senso giuridico, né una differenza tra i diritti che incardinano in capo al primo e quelli che sono attribuiti alla seconda (cfr. Corte Cost. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost*., 1999, p. 176 ss., con nota di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione penitenziaria?*).

[39] Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 24; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 145.

[40] D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, cit., p. 378; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., pp. 12-13.

[41] F. PARENTE, *La libertà matrimoniale tra* status personae *e* status familiae, cit., pp. 147-148.

6. In sintesi, il patrocinio della persona non può essere frazionato in autonome fattispecie o riferito ad isolati interessi che trovano riscontro in specifiche disposizioni, ma deve essere perseguito nel rispetto del valore unitario della persona, che ne è il fondamento[42].

In questa prospettiva, la locuzione "diritti inviolabili" assume la fisionomia di "clausola aperta", diretta a recepire i nuovi diritti elaborati nel contesto sociale[43]: il diritto alla *privacy*, il diritto alla procreazione responsabile, il diritto a conoscere la propria origine biologica, il diritto all'unicità, il diritto alla differenza di genere, il diritto ad un patrimonio genetico non manipolato, il diritto a morire con dignità[44].

Questa impostazione porta a ribadire che la persona è il valore fondante dell'ordine giuridico, centro di imputazione di interessi talvolta definiti, ma spesso non determinati, né determinabili, legati alla contingenza dei contesti storici, sociali, politici, culturali e economici e al dinamismo delle situazioni esistenziali della vita[45].

---

[42] P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 107; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 14.

[43] Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 20; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1989, p. 65 ss.; P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, p. 172 ss.; P. PERLINGIERI, *Personalità umana e diritto privato*, Napoli, ESI,1973, passim; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, Il Foro italiano, 1978, p. 97.

[44] E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona*, in *Vita not.*, 2004, p. 8; F. PARENTE, *Il ripensamento dei diritti fondamentali della persona nell'area dellUnione Europea*, in *Corti pugliesi*, 2007, p. 778, nota 20.

[45] Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 720; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, cit., p. 1

Salvatore Antonello Parente

PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E CREDITO D'IMPOSTA: QUESTIONI IN TEMA DI UTILIZZO*

ABSTRACT	
Il credito di imposta disciplinato dall'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, si inserisce all'interno delle agevolazioni tributarie concernenti la mediazione conciliativa. Esso è commisurato all'indennità corrisposta dalle parti all'organismo di mediazione ed è utilizzabile in compensazione o in diminuzione delle imposte sui redditi. La misura del credito varia in funzione dell'esito della procedura: in caso di successo, l'importo è pari all'indennità effettivamente corrisposta, fino ad un massimo di euro cinquecento; in caso di insuccesso, l'ammontare è ridotto alla metà. La misura effettiva, spettante a ciascun contribuente, potrà essere quantificata annualmente soltanto dopo l'adozione del decreto del Ministro della giustizia, che fissa l'ammontare delle risorse del «fondo unico giustizia» destinate a coprire le minori entrate causate dal suddetto credito, per i procedimenti conclusi nell'anno precedente. Qualora la mediazione sia stata esperita per una molteplicità di controversie, con conseguente corresponsione di una pluralità di indennità, i crediti d'imposta saranno cumulati oltre il limite dei cinquecento euro, tetto massimo riferito al singolo procedimento, trattandosi di un'agevolazione avente carattere oggettivo.	The tax credit is governed by art. 20, d.lgs. n. 28/2010, fits within tax concessions relating to the conciliatory mediation. It is commensurate with compensation paid by the parties to the mediation body and is usable in compensation or reduction of income tax. The measure of credit varies depending on the outcome of the procedure: if successful, the amount shall be equal to the compensation actually paid, up to a maximum of 500 euro; if unsuccessful, the amount is reduced to half. The actual measurement, accruing to each taxpayer, can be quantified only annually after the adoption of the decree of the Minister of Justice establishing the amount of the resources "justice single fund" designed to cover the lower revenue caused by the credit, for the proceedings concluded in the previous year. If mediation has been experienced for a multiplicity of conflicts, resulting in payment of a plurality of allowances, tax credits shall be accumulated beyond the limit of 500 euro, cap refers to the single procedure, being a benefit having objective character.

Media-conciliazione - agevolazioni tributarie - credito d'imposta	**Media-conciliation - tax breaks - tax credit**

SOMMARIO: 1. Il credito d'imposta quale incentivo alla mediazione conciliativa. I beneficiari della misura, i termini e le condizioni per la fruizione. Il presupposto del beneficio: la corresponsione dell'indennità all'organismo di mediazione e non al mediatore. – 2. La variazione del credito

* Saggio sottoposto a referaggio secondo sistema del doppio cieco.

in funzione dell'esito positivo o negativo della procedura di mediazione. Il successo della mediazione e la commisurazione dell'ammontare del credito all'indennità effettivamente corrisposta. La riduzione del credito alla metà in caso di insuccesso della mediazione. – 3. La presunta illegittimità costituzionale della norma per violazione del principio di uguaglianza. L'effettiva quantificazione del credito spettante al contribuente. La salvaguardia dell'invarianza del gettito postulata dalla legge delega. – 4. Il carattere oggettivo del beneficio e la cumulazione dei crediti d'imposta oltre il tetto massimo previsto in caso di pluralità di procedimenti di mediazione esperiti per una molteplicità di controversie. La duplice comunicazione ministeriale. – 5. Le modalità di utilizzo e le conseguenze dell'omessa indicazione del credito nella prima dichiarazione utile. – 6. La preclusione al rimborso del credito d'imposta non utilizzato.

1. La disciplina delle agevolazioni fiscali che presiedono la mediazione conciliativa[1] solleva molteplici spunti di riflessione, a causa di un compendio normativo piuttosto lacunoso, frammentario ed in parte oscuro[2]. Gli articoli 17, commi 1-3, e 20, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28[3], recante disposizioni in ordine all'«attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», disciplinano tre diverse misure di *favor*: due, sul piano della fiscalità indiretta, consistenti in sgravi fiscali per gli atti della procedura (esenzione totale dall'imposta di bollo per tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di mediazione; esenzione parziale dall'imposta di registro, applicabile al solo verbale di accordo); la terza, invece, sul fronte dell'imposizione diretta, attraverso il riconoscimento di un credito d'imposta[4] commisurato all'indennità corrisposta dalle parti all'organismo di mediazione.

---

[1] Cfr. S. FORNI, *Prime riflessioni sui profili tributari della disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali,* in *Il foro toscano,* 1 (2011), p. 87-88. Peraltro, ricorda giustamente N. SOLDATI, *L'accordo di mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012,* in R. FAVALE e M. GAMBINI (a cura di), *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari,* Napoli, Esi, 2013, p. 229 che «previsioni agevolative di contenuto equivalente erano già state introdotte in altri progetti e proposte di legge, primo tra tutti, la Proposta di legge Cola presentata il 5 maggio 2002 all'art. 13, nonché la Proposta di legge Bonito «Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato», presentata il 6 giugno 2001, all'art. 17». Negli stessi termini, cfr. E.M. PICCIRILLI, *La leva fiscale come strumento per incentivare la "mediaconciliazione" nelle controversie civili e commerciali,* in *Il fisco,* 47 (2011), p. 7684, nt. 17.

[2] Cfr. L. DEL FEDERICO, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. La registrazione del verbale di conciliazione e dell'accordo delle parti,* in *Boll. trib.* 4 (2012), p. 245.

[3] Pubblicato nella *G.U.* n. 53 del 5 marzo 2010.

[4] Sulla tematica, cfr. P. RICHIUSA e M. ZAMARO, *Incentivi fiscali per la mediazione civile: un orizzonte in fase di esplorazione,* in *Corr. trib.,* 21 (2011), p. 1734; S.A. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa,* in FAVALE e GAMBINI (a cura di), *op. cit.,* p. 307; E. BIANCHI, *Agevolazioni fiscali e costi della mediazione,* in G. FALCO e G. SPINA, *La nuova mediazione,* Milano, Giuffrè, 2013, p. 652 ss.; SOLDATI, *op. cit.,* p. 233; M. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile,* in *Corr. trib.,* 15 (2013), p. 1195 ss.; PICCIRILLI, *op. cit.,* p. 7685; C. MICARELLI e A. D'ALESSANDRO, *Disciplina fiscale della mediazione: incentivi alle parti, obblighi del mediatore e dell'organismo,* in *Corr. trib.,* 10 (2011), p. 822; M. ESPOSITO, *Mediazione civile e commerciale: aspetti economici e fiscali,* in *http://www.mediazioniearbitrati.com/magazine/2011/04/mediazione-civile-e-commerciale-aspetti-economici-e-fiscali/*; N. SOLDATI, *Le indennità del servizio di mediazione,* in N.

SOLDATI e P. THIELLA, *Guida alla mediazione civile e commerciale. Evoluzione normativa, aspetti operativi, settori di applicazione e casistica,* Milano, Gruppo 24-Ore, 2012, p. 91-92; S. FIORENTINO, *La conciliazione delle controversie civili e commerciali: gli incentivi fiscali connessi,* in R. VITOLO (a cura di), *Mediazione e arbitrato nel sistema dei rapporti giuridici d'impresa,* Napoli, Esi, 2012, p. 332; FORNI, *op. cit.,* p. 88-89; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180,* in *Obbligazioni e contratti,* 5 (2011), p. 371; M.F. PAROLA, *Incentivi fiscali,* in *www.mondomediazione.it/1/upload/scheda_4_incentivi_fiscali.pdf,* p. 1; O. MENDUTO, *Aspetti fiscali del procedimento di mediazione,* in *http://www.mcmconciliare.com/articoli-mcm-adr-conciliare/50-la-lente-tributaria-ed-economica-dellistituto-della-mediazione-dott-orlando-menduto-mba luiss.html*; C. DE LUCA e L. GIANNONE (a cura di), *Mediazione civile e commerciale: gli aspetti fiscali,* in *http://www.concordiaadr.it/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=30: mediazione-civile-e-commerciale-gli-aspetti-fiscali&id=3:news-maggio-2011&Itemid=166,* p. 3; S. CINIERI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili,* in *Pratica fiscale e professionale,* 44 (2010), p. 18-19; D. LENOCI, *Il credito di imposta nella mediazione (alcuni aspetti fiscali),* in *http://www.dirittoeprocesso.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3982:il-credito-di-imposta-nella-mediazione-alcuni-aspetti-fiscali-d-lenoci&catid=55:processo-civile&Itemid=88*; C. MOSCA, *La mediazione ex decreto 28/10. Sua contestualizzazione nell'ambito del movimento ADR e profili critici,* Treviso, Tiaki Publ., 2011, p. 155 ss.; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *Regime fiscale degli atti del procedimento di mediazione di cui al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28,* Approvato dalla Commissione Studi Tributari del 21 gennaio 2011, in *Studi e materiali,* 2 (2011), p. 588-589; F. MICONI, *Il credito di imposta per le spese di conciliazione,* in AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Contributo allo studio dei profili civilistici e tributari,* a cura di L. CAROTA e C. VERRIGNI, Padova, Amon, 2011, p. 189 ss.; P. GIUGLIANO e E.S. DE ANGELIS, *Il regime tributario delle procedure di mediazione,* V. RUGGIERO e M. LUBRANO DI SCORPANIELLO (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale,* Milano, FrancoAngeli, 2011, p. 232-233; G. AUTORINO, D. NOVIELLO e C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali,* Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2011, p. 194; N. SANTI DI PAOLA e F. CARNEGLIA, *Guida alla nuova conciliazione. Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ai sensi del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28,* Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010, p. 118-119; C. MARUCCI, *Il credito di imposta e il suo funzionamento,* in C. COVATA, M. DI ROCCO, C. MARUCCI, G. MINELLI, A. SANTI e P. TARRICONE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali,* a cura di M. BOVE, Padova, Cedam, 2011, p. 374 ss.; N. SARTORI, *Il credito d'imposta quale meccanismo di agevolazione fiscale,* in A. CASTAGNOLA e F. DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e del Decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180,* Padova, Cedam, 2012, p. 336; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale,* Torino, Giappichelli, 2011, p. 459 ss.; T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile,* Milano, Giuffrè, 2010, p. 121. Inoltre, cfr. *Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 28/2010,* in GALLETTO, *op. cit.,* p. 189; L. GIANNONE, *Credito d'imposta,* in A. PERA e G.M. RICCIO (a cura di), *Mediazione e conciliazione – Diritto interno, comparato e internazionale,* Padova, Cedam, 2011, p. 178 ss.; V. MASTROIACOVO, *La regolamentazione delle indennità versate ai mediatori. La disciplina del credito d'imposta,* in M.L. CENNI, E. FABIANI e M. LEO (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010,* Napoli, Esi, 2012, p. 210-211; S.A. PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta,* in A.F. URICCHIO e S.A. PARENTE, *La fiscalità della mediazione civile e commerciale. Regole, problemi e rimedi,* Roma, Nel Diritto Editore, 2015, p. 123 ss. In generale, sulla disciplina tributaria del credito d'imposta, cfr. S. COVINO, voce *Credito di imposta,* in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24-Ore,* vol. 4, Milano, 2007, p. 574 ss.; M. TRAVAGLIONE, *Analisi della Giurisprudenza in merito alla decadenza del diritto al credito d'imposta spettante ai sensi dell'art. 8 della legge n. 388/2000 per mancata presentazione del modello CVS,* in *Le Corti salernitane,* 4 (2007), p. 899 ss.; M.C. FREGNI, voce *Crediti e rimborsi d'imposta,* in *Dizionario di diritto pubblico,* diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1669 ss.; S. GIROLAMO, *Aspetti civilistici, fiscali e contabili del credito di imposta,* in *Pratica contabile,* 10 (2002), p. 5 ss.; M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile,* Torino, Giappichelli, 1997, p. 111 ss.; M. TURCHI, voce *Credito d'imposta,* in

Quest'ultimo strumento agevolativo, disciplinato dall'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, mira a favorire il ricorso alla mediazione[5], attraverso la previsione di un contributo, pari alle spese in essa sostenute[6], utilizzabile in compensazione o in diminuzione delle imposte sui redditi[7], che potrebbe piegarsi ad utilizzi distorti, laddove il procedimento di mediazione venga instaurato al solo fine di ottenere indebiti vantaggi fiscali[8].

Il primo comma della disposizione poc'anzi citata prescrive che «alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento,

---

Dig. disc. priv., sez. comm., vol. IV, Torino, 1989, p. 203 ss.; F. TESAURO, voce *Rimborso delle imposte*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, vol. VI, Torino, 1986, p. 825 ss.; M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano, Giuffrè, 1984. In particolare, come puntualizza TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1195, tale misura agevolativa si colloca «nel solco storico degli incentivi fiscali che sin dagli anni '70 hanno rappresentato uno strumento tecnico privilegiato dal legislatore al fine di consolidare e sviluppare il sistema economico produttivo. Il credito d'imposta, nella sua forma tecnica di fruizione in compensazione di imposte e tributi da versare, sembra avere spiccata natura «finanziaria», essendo immediatamente spendibile», in quanto inserito «nel sistema del «versamento unitario e delle compensazioni», attraverso il quale tutti i crediti e i debiti per imposte del medesimo contribuente, pur se di natura diversa, confluiscono in un unico modello di versamento periodico all'Erario (Mod. F24)».

[5] Cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1195, il quale puntualizza che «per deflazionare il contenzioso civile, nel disciplinare la mediazione il legislatore riconosce un vantaggio in termini economici, non solo sotto forma di minori imposte, ma concedendo un credito d'imposta commisurato all'indennità di mediazione, prevedendo uno strumento premiale nel caso di mediazione che si conclude con successo e comunque concedendo un «ristoro» anche nel caso di mediazione conclusasi con un insuccesso. In termini quantitativi il riconoscimento del credito d'imposta è ancorato alle indennità di mediazione che dipendono dalla «tabella delle indennità» che il singolo organismo sceglie all'interno del proprio regolamento di procedura e che, sinteticamente, stabiliscono la spesa per ciascuna parte intervenuta in mediazione, commisurata al valore della lite».

[6] Cfr. M. CARADONNA e F. RUSCETTA, *La disciplina del credito d'imposta*, in A. BANDINI e N. SOLDATI (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 326; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 307-308; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 3. Inoltre, sulla tematica, cfr. F. RUSSO, *La difficile gestione dei crediti d'imposta nel quadro RU di UNICO*, in *Corr. trib.*, 17 (2011), p. 1439, il quale sottolinea che il credito d'imposta trova la propria genesi «in un'ottica di azione di responsabilità del Governo rivolta ad incentivare la realizzazione di iniziative indirizzate alla promozione nel nostro Paese della cultura della mediazione al fine di consentire alle imprese e ai cittadini di accedere in modo consapevole e sicuro a questi strumenti».

[7] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685.

[8] Cfr. G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Le società*, 5 (2010), p. 631, il quale ribadisce che «proprio la fluidità del percorso di mediazione giustifica in definitiva la via italiana, ibrida, alla mediazione, in cui la proposta (che è consentita al mediatore pur in assenza della richiesta delle parti) è anche scudo contro i comportamenti opportunistici e l'uso strumentale di un procedimento di mediazione che la disciplina del credito di imposta (art. 20) può indurre a percorrere al solo scopo di godere dell'agevolazione fiscale, senza alcun reale intento conciliativo».

determinato secondo quanto disposto ai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto alla metà»[9].

È dunque opportuno procedere ad un'attenta analisi della fattispecie agevolativa, finalizzata ad individuarne i beneficiari, i termini e le condizioni di fruibilità[10], atteso che, malgrado la meritevolezza dell'intenzione perseguita dal legislatore, le modalità per beneficiare del credito d'imposta sollevano non poche criticità[11].

In via preliminare, bisogna evidenziare che il credito è strettamente legato all'indennità di mediazione[12], le cui tariffe variano a seconda che l'organismo sia costituito come ente di diritto pubblico o come ente di diritto privato[13].

Nella prima ipotesi, il tariffario è determinato in maniera vincolante, *ex* art. 16, d.m. 18 ottobre 2010, n. 180[14]; nella seconda, ai sensi dell'art. 16, comma 13, del decreto, l'organismo è libero di stabilire gli importi della tariffa[15]. L'indennità complessiva, per scaglione di riferimento, individuata nella Tabella A, allegata al

---

[9] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308; SOLDATI, *L'accordo di mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012*, cit., p. 233; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; A.M. MICCOLI, Alternative dispute resolution *nel mercato finanziario: mediazione conciliativa negli investimenti finanziari*, in *Vita not.*, anno LXV, 3 (2013), p. 1182.

[10] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734. Sulla tematica, cfr. N. SARTORI, *Il funzionamento del credito d'imposta di cui all'articolo 20*, in CASTAGNOLA e DELFINI (a cura di), *op. cit.*, p. 337 ss.

[11] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 822; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 125.

[12] Cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1196, laddove evidenzia che «in termini quantitativi il riconoscimento del credito d'imposta è ancorato alle indennità di mediazione che dipendono dalla «tabella delle indennità» che il singolo organismo sceglie all'interno del proprio regolamento di procedura e che, sinteticamente, stabiliscono la spesa per ciascuna parte intervenuta in mediazione, commisurata al valore della lite».

[13] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 125.

[14] Pubblicato nella *G.U.* del 4 novembre 2010, n. 258. Per un primo commento al d.m. n. 180/2010, cfr. J. DONATTI, C. MAMBELLI e C. MARCHESE, C. REGIS e F. SEGANTINI, *La mediazione civile e commerciale. Commento al Decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180*, Firenze, Edizioni Futura, 2011; M. MARINARO, *La formazione più stringente per gli operatori corregge il regolamento sulla conciliazione. Gli articoli modificati del Dm Giustizia 180/2010. Dagli Organismi incentivi all'accesso volontario*, in *Guida al Diritto*, 36 (2011), p. 34-35; E. MAZZOLI, M. PARI e A. REVELINO, *La nuova mediazione nel contenzioso civile e commerciale dopo il D.M. n. 180/2010*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2011; E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 339 ss.; V. VERDICCHIO, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, p. 607; M. BARIZZA, *Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: le novità apportate al d.m. n. 180 del 2010*, in *Studium iuris*, 6 (2012), p. 666 ss. Inoltre, cfr. SOLDATI, *Le indennità del servizio di mediazione*, cit., p. 91-92, il quale evidenzia che «l'emanazione del decreto ministeriale n. 180 del 2010 ha rappresentato l'ultimo tassello normativo per dare piena attuazione ai disposti in tema di mediazione delle liti civili e commerciali contenuti all'interno del d.lgs. n. 28 del 2010». Per un'analisi approfondita dell'art. 16, cfr. S. GIAVARRINI, *Sub art. 16, D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 (Criteri di determinazione dell'indennità)*, in CASTAGNOLA e DELFINI (a cura di), *op. cit.*, p. 427 ss.; V. AMENDOLAGINE, *Alcuni aspetti della mediazione "vista da vicino", tra utopia legislativa e prassi quotidiana*, in *http://www.judicium.it/admin/saggi/135/Amendolagine.pdf*, p. 3-4.

[15] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89. Sulla questione, cfr. C. COLOMBO, *Costituzionalità e spese di avvio: una sentenza che fa discutere*, in *Consulente Immobiliare*, 971 (2015), p. 438 ss.

decreto, comprende l'importo di euro 40,00, per le liti di valore fino ad euro 250.000,00, e di euro 80,00, per quelle di valore superiore, versato da ciascuna parte per le spese di avvio del procedimento[16].

L'àmbito soggettivo di applicazione della norma è piuttosto ristretto[17]: il credito d'imposta è riconosciuto alle «parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi»[18]; mentre, è da escludere che possano fruire del beneficio in esame coloro che, pur avendo sostenuto le spese del procedimento di mediazione, non abbiano assunto la qualifica di «parte»[19].

Fermo restando tale presupposto, il suddetto credito è astrattamente riconosciuto anche a soggetti "non professionali", ossia coloro che operano al di fuori del reddito d'impresa o di lavoro autonomo[20]. Invero, però, considerato il concreto operare del credito, utilizzabile esclusivamente in compensazione o a detrazione di altre imposte, senza la possibilità di richiedere alcun rimborso monetario[21], il funzionamento del beneficio fiscale «di fatto discrimina un'ampia platea di soggetti, in particolare coloro i quali hanno un'imposta lorda minore delle detrazioni d'imposta spettanti e pertanto, trovandosi con un'imposta netta pari a zero, si troverebbero nell'impossibilità di poter fruire di detto credito»[22].

In forza del tenore della norma, il diritto al credito d'imposta non può essere riconosciuto in caso di mancato versamento delle spese di mediazione[23].

Nelle fonti, non è specificato se del credito d'imposta possa beneficiare pure la parte che intenda accollarsi le spese di mediazione, in proporzione all'indennità che avrebbe dovuto corrispondere la controparte[24]. Il legislatore, infatti, non chiarisce se, in tale ipotesi, il costo sopportato possa dar luogo ad un ulteriore credito d'imposta a favore della parte che lo sostiene[25].

Sul punto, in assenza di riscontri, è opportuno fornire una risposta negativa, atteso che il pagamento dell'indennità di mediazione, da parte del versante, in luogo della

---

[16] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 125-126.
[17] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308.
[18] Cfr. *Ibidem*.
[19] Cfr. R. DOMINICI e L. MAGNANI, *Profili fiscali del tentativo obbligatorio di mediazione e conciliazione*, *Corr. trib.*, 15 (2012), p. 1127; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 126.
[20] Cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1196.
[21] Cfr. *Ibidem*.
[22] Cfr. *Ibidem*.
[23] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 126. Inoltre, cfr. MENDUTO, *op. cit.*, il quale ribadisce che «è possibile beneficiare del credito solo se effettivamente si è fatto fronte al pagamento delle indennità di mediazione; sarebbe del resto poco comprensibile una norma che permettesse lo sfruttamento di un beneficio, quale il credito appunto, pur non avendo ottemperato al pagamento delle somme spettanti all'Organismo per la gestione del procedimento».
[24] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89.
[25] Cfr. *Ibidem*.

controparte, è effettuato per conto di quest'ultima, che è l'unica titolare dell'obbligo di pagamento e del diritto al credito d'imposta[26].

Il riferimento «ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi» rende plausibile un'ulteriore precisazione[27]: l'indennità deve essere corrisposta agli organismi registrati e non ai soggetti designati nel ruolo di mediatore[28]. Difatti, l'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, pur individuando nel mediatore il soggetto al quale la parte deve corrispondere l'indennità, non può che essere inteso nell'unico significato sistematicamente congruente, ossia nel senso di pagamento nei confronti dell'organismo di mediazione[29]. Tanto emerge dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, che, nel disciplinare gli organismi di mediazione, richiama le «indennità spettanti» agli stessi, ma soprattutto dall'art. 14, comma 1, del decreto, che, nel regolare gli obblighi del mediatore, vieta al medesimo di «percepire compensi direttamente dalle parti»[30].

Quindi, tra le parti e il mediatore non può instaurarsi alcuna relazione economica[31], atteso che l'individuazione del mediatore, anche a seguito dell'eventuale segnalazione delle parti, compete esclusivamente al responsabile dell'organismo, ai sensi dell'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010[32].

---

[26] Cfr. PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 126-127. In senso dubitativo si esprime anche FORNI, *op. cit.*, p. 89-90, il quale conclude che «occorrerà attendere le eventuali decisioni in merito del Ministero della giustizia, cui compete di determinare l'importo del credito spettante».

[27] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1127; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308. Negli stessi termini, cfr. C. VACCÀ, *Gli incentivi*, in C. VACCÀ e M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie – D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e D.M. 18 ottobre 2010, n. 180*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 150, il quale evidenzia che l'interpretazione letterale della norma porterebbe ad «intendere che il credito d'imposta si associ al pagamento dell'indennità che compete al mediatore direttamente ad opera delle parti stesse, situazione che mai si verifica».

[28] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1127; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 308-309; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 127; MENDUTO, *op. cit.*, il quale sottolinea che «il legislatore commette un errore formale quando individua nella figura del mediatore colui al quale la parte deve corrispondere l'indennità: è pacifico infatti che nessun tipo di rapporto economico deve esserci tra la parte ed il mediatore; l'unico rapporto contrattuale la parte lo instaura con l'Organismo di mediazione; sarà poi un passaggio successivo quello della liquidazione dell'indennità spettante al mediatore, e che vedrà come attore l'Organismo e non già la parte intervenuta in mediazione».

[29] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309. Negli stessi termini, cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1200, nt. 28, il quale ribadisce che costituisce un errore di natura formale «il riferimento alla figura del mediatore come colui al quale la parte deve corrispondere l'indennità, essendo pacifico che nessun tipo di rapporto economico deve esserci tra la parte ed il mediatore in quanto l'unico rapporto contrattuale la parte lo instaura con l'Organismo di mediazione».

[30] Cfr. VACCÀ, *op. cit.*, p. 150; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309.

[31] Cfr. VACCÀ, *op. cit.*, p. 150.

[32] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 127.

Invece, le parti hanno un rapporto contrattuale diretto con l'organismo di mediazione, al quale competerà liquidare il compenso al mediatore[33], secondo i parametri tariffari adottati, che potrebbero non essere neppure conosciuti dalle parti[34].

Insomma, per l'applicazione del credito d'imposta, è richiesto che «i mediatori incaricati operino per conto degli organismi, pubblici e/o privati, iscritti nell'apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia»[35].

2. La misura del credito varia in funzione dell'esito del procedimento di mediazione[36]. Difatti, il legislatore ha utilizzato, come parametro di quantificazione, il "successo" o l'"insuccesso" della mediazione[37].

In caso di successo, l'importo del credito è commisurato all'indennità effettivamente corrisposta[38] all'organismo di mediazione, fino ad un massimo di euro cinquecento[39]; in caso di insuccesso, l'ammontare è ridotto alla metà[40]. Ciò significa che, in questo caso, il credito d'imposta non può superare l'importo di euro duecentocinquanta[41].

Dalle fonti normative, emerge l'intento legislativo di agevolare le parti che hanno raggiunto l'accordo, rispetto a quelle che, non avendo conseguito alcuna intesa, hanno fatto fallire la mediazione[42]. In altri termini, l'ammontare del credito d'imposta, al

---

[33] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89.
[34] Cfr. VACCÀ, *op. cit.*, p. 150; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 127.
[35] Cfr. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309.
[36] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309. Sul punto, TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1195-1196, sottolinea che, «per la prima volta, nel tentativo di deflazionare il contenzioso civile, il legislatore del d.lgs. n. 28/2010 riconosce un vantaggio in termini economici non solo – come avvenuto in passato – sotto forma di minori imposte, ma concedendo un credito d'imposta commisurato all'indennità di mediazione, prevedendo uno strumento premiale nel caso di mediazione che si conclude con successo e comunque concedendo un «ristoro» anche nel caso di mediazione conclusasi con un insuccesso».
[37] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309.
[38] Difatti, come puntualizza TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198, «una norma in senso contrario che permettesse lo sfruttamento di un beneficio, qual è appunto il credito d'imposta, in mancanza dell'effettivo pagamento delle somme spettanti all'organismo di mediazione, non sarebbe rispettoso del principio di cassa che, in via generale, viene applicato in sede di dichiarazione dei redditi per godere di agevolazioni».
[39] Cfr. GALLETTO, *op. cit.*, p. 121; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309; FORNI, *op. cit.*, p. 89; SOLDATI, *Le indennità del servizio di mediazione*, cit., p. 91; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; ESPOSITO, *op. cit.*; LENOCI, *op. cit.*; MENDUTO, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 3.
[40] Cfr. GALLETTO, *op. cit.*, p. 121; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309; FORNI, *op. cit.*, p. 89; SOLDATI, *Le indennità del servizio di mediazione*, cit., p. 91; LENOCI, *op. cit.*; MENDUTO, *op. cit.*; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; ESPOSITO, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 3.
[41] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309.
[42] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326. Nello stesso senso, cfr. DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 128.

quale il contribuente ha diritto, è graduato in base al successo o all'insuccesso dell'azione di mediazione, tesa alla risoluzione della controversia[43]. Pertanto, attraverso lo strumento del credito d'imposta il legislatore ha introdotto un disincentivo alla mancata conciliazione[44].

In assenza di specifiche disposizioni, grava sull'interprete l'onere di definire la nozione di esito positivo o negativo del procedimento di mediazione, ossia di chiarire quando la mediazione deve ritenersi conclusa con successo o con insuccesso[45].

La questione, lungi dal rivestire un rilievo meramente teorico, assume un'importanza pratica notevole, atteso che, come evidenziato, la misura del credito d'imposta muta in base all'esito del procedimento.

In senso acritico, può ipotizzarsi che la mediazione abbia avuto esito positivo, e raggiunto il suo obiettivo, in caso di sottoscrizione del verbale di accordo, a prescindere dall'inadempimento successivo[46]. Questa soluzione, tuttavia, può produrre un effetto antinomico: far fruire dell'agevolazione in misura piena anche la parte che decida di non conformarsi all'accordo, costringendo l'altra alla richiesta di omologa[47].

In realtà, l'eventuale successiva inadempienza non può incidere sulla valutazione complessiva del comportamento delle parti, atteso che il verbale di mediazione è un titolo che la parte interessata può far valere nei confronti dell'inadempiente, per pretendere, pure in maniera coatta, il rispetto degli accordi sottoscritti[48].

Alla stregua di un approccio più articolato, il procedimento di mediazione può considerarsi concluso con successo allorquando alla sottoscrizione del verbale segua l'adempimento dell'accordo[49]. In altri termini, soltanto l'esecuzione dell'accordo sottoscritto determina il successo della mediazione.

Al contrario, poiché, in caso di inadempimento, la mediazione non persegue l'esito auspicato, in questa ipotesi non può spettare un credito d'imposta pieno, come si desume dalla mancata previsione legislativa dell'inadempimento dell'accordo sottoscritto. Difatti, la norma si limita a riconoscere il credito d'imposta in misura piena soltanto nell'ipotesi di successo della mediazione[50].

---

[43] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326; RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734.

[44] Cfr. lo Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 588; MASTROIACOVO, *op. cit.*, p. 211. Negli stessi termini, cfr. SOLDATI, *Le indennità del servizio di mediazione*, cit., p. 91, il quale sottolinea che «il diverso ammontare del credito d'imposta previsto dalla norma vuole costituire un ulteriore incentivo alla partecipazione attiva alla mediazione, onde in particolare ridurre il rischio che nella mediazione obbligatoria il ricorso alla mediazione presso gli organismi riconosciuti dal Ministero della giustizia si risolva in una formalità utile solo a lucrare il credito d'imposta».

[45] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 822-823; RUSSO, *op. cit.*, p. 1439, nt. 14; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 129.

[46] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1128; CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; RUSSO, *op. cit.*, p. 1439, nt. 14.

[47] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 326-327; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; RUSSO, *op. cit.*, p. 1439, nt. 14.

[48] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1128.

[49] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734.

[50] Cfr. *Ibidem*.

In conclusione, la mediazione non può dirsi conclusa con successo in caso di sottoscrizione del verbale di mediazione, seguita dall'inadempimento dell'accordo[51]. Nella specie, per evitare l'attribuzione del credito d'imposta in maniera indebita, è opportuno che l'organismo di mediazione, informato dalla parte adempiente, provveda a comunicare l'inadempienza al Ministero della giustizia, in conformità ai suoi obblighi legali di informazione[52].

3. I dubbi in ordine alla legittimità costituzionale del citato art. 20, per violazione del principio di uguaglianza (art. 3 cost.), nella parte in cui distingue la misura del credito d'imposta in base al successo o all'insuccesso del procedimento di mediazione, non sembrano fondati[53], atteso che la disposizione costituzionale postula la necessità di trattare in maniera identica situazioni identiche e in maniera differente situazioni diverse.

Difatti, nell'àmbito dell'art. 20, il diverso ammontare del credito è finalizzato, da un lato, ad incentivare l'utilizzo dello strumento della mediazione, per dare attuazione alle istanze di decongestionamento della giustizia civile, a tutela del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 cost.); dall'altro, a ridurre il rischio che, per le materie in origine oggetto di mediazione obbligatoria, il ricorso al procedimento dinanzi agli organismi abilitati si risolvesse in una formalità per fruire del credito d'imposta[54].

In realtà, le perplessità sui profili di legittimità costituzionale, riferite alle ipotesi nelle quali la mediazione era obbligatoria, avevano perso temporaneamente parte della loro rilevanza, dopo la sentenza della Consulta[55] che aveva dichiarato costituzionalmente illegittime, per eccesso di delega, le disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, concernenti la mediazione obbligatoria, lasciando in vita la mediazione come tecnica facoltativa di risoluzione dei conflitti.

---

[51] Sul punto, cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 822-823.
[52] In tal senso, cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734.
[53] Cfr. S. PIERONI, *Vantaggi economico/fiscali della mediazione*, in *Mondo ADR* del 28 ottobre 2010.
[54] Cfr. N. SOLDATI, *Credito d'imposta e tutti i documenti esenti da bollo*, in *Il Sole – 24 Ore* del 14 marzo 2011, *Guida pratica n. 34 – La mediazione delle liti istruzioni per l'uso*, p. 8; RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 130. Negli stessi termini, cfr. SOLDATI, *L'accordo di mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012*, cit., p. 233-234, il quale puntualizza che la diversa entità del suddetto credito costituisce «un ulteriore incentivo alla partecipazione attiva alla mediazione, onde, in particolare, ridurre il rischio che nella mediazione obbligatoria il ricorso alla mediazione presso gli organismi riconosciuti dal Ministero della giustizia si risolva in una formalità utile solo a lucrare il credito d'imposta».
[55] Corte Cost., sentenza 24 ottobre – 6 dicembre 2012, n. 272, in *G.U.* del 12 dicembre 2012, n. 289.

Dopo il c.d. "decreto del fare"[56] e la relativa legge di conversione[57], che hanno reintrodotto, seppur in forma del tutto attenuata, l'obbligatorietà dell'istituto, tali perplessità hanno acquistato nuovamente attualità e rilevanza.

Da un punto di vista applicativo, l'ammontare del credito d'imposta è «commisurato» all'indennità corrisposta all'organismo di mediazione, entro il limite massimo di euro cinquecento[58], sebbene la norma non offra indicazioni concrete in ordine al «rapporto di commisurazione»[59].

Invero, la misura effettiva del credito potrà essere quantificata, per ciascun anno, entro il trenta aprile, soltanto dopo l'adozione del decreto del Ministro della giustizia, che, a decorrere dall'anno 2011, fissa l'ammontare delle risorse del «fondo unico giustizia» destinate a coprire le minori entrate causate dal credito d'imposta, per le mediazioni concluse nell'anno precedente[60]. Difatti, la copertura finanziaria delle agevolazioni fiscali *de quibus* è garantita dal predetto fondo, istituito dall'art. 2 del d.l. 16 settembre 2008, n. 143, convertito con modifiche dalla legge 13 novembre 2008, n. 143, al quale «affluiscono le risorse derivanti dalle confische e dai sequestri disposti nell'ambito dei procedimenti sanzionatori amministrativi e penali, nonché alcuni depositi civili»[61]. Tale circostanza solleva non poche perplessità in ordine all'effettiva portata dell'agevolazione *de qua*, la quale è di fatto condizionata dalla disponibilità della copertura finanziaria di detto fondo[62], il quale, «seppur capiente in una prima fase di applicazione del credito d'imposta, per la prevedibile dinamica caratterizzata da un numero modesto di mediazioni iniziali difficilmente potrà essere incrementato in misura tale da consentire un credito d'imposta costante»[63].

Pertanto, l'ammontare dell'agevolazione non può essere quantificata a monte, in misura precisa, in quanto il contribuente non è munito di strumenti che gli consentono

---

[56] Decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, recante *"Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"*, pubblicato sul *Supplemento Ordinario* n. 50 alla *G.U.* del 21 giugno 2013, n. 144.

[57] Legge 9 agosto 2013, n. 98, pubblicata nella *G.U.* del 20 agosto 2013, n. 194, Supplemento Ordinario n. 63.

[58] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327.

[59] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 309-310.

[60] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; MENDUTO, *op. cit.*; ESPOSITO, *op. cit.*; LENOCI, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4. Negli stessi termini, cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; FORNI, *op. cit.*, p. 89; PAROLA, *op. cit.*, p. 1; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 588; RUSSO, *op. cit.*, p. 1439; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334.

[61] Cfr. SOLDATI, *L'accordo di mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012*, cit., p. 234.

[62] Cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1199.

[63] Cfr. Ivi, p. 1199, nt. 27.

di conoscere in anticipo il *quantum* effettivo del credito d'imposta[64]. Ne deriva che, di fatto, la suddetta agevolazione si presenta non appetibile o comunque non incentivante per il successo della mediazione[65]. Peraltro, può non essere superfluo evidenziare che una diversa formulazione della norma avrebbe potuto essere strumentalizzata, in termini di abuso[66], dando luogo a comportamenti elusivi. Difatti, il credito d'imposta, «essendo non imponibile, realizza un disallineamento nella correlazione tra costi e ricavi in quanto le indennità di mediazione riconosciute agli organismi di mediazione sono deducibili, mentre il credito d'imposta non è imponibile per espressa previsione normativa, ed in quanto tale non concorre in nessun caso alla formazione del reddito ai fini delle imposte, né del valore della produzione netta ai fini IRAP e non rileva ai fini degli artt. 61 e 109, comma 5, del TUIR»[67]. Di conseguenza, la presenza di una normativa puntuale, volta a determinare l'importo del credito in maniera definitiva, avrebbe consentito di realizzare vantaggi non conformi allo spirito della norma[68].

Dunque, per la determinazione dell'importo, sarà necessario attendere la comunicazione del provvedimento di quantificazione, adottato dal Ministero della giustizia[69] sulla base delle risorse stanziate e dei crediti d'imposta registrati nell'anno precedente[70].

Difatti, alla stregua dei primi tre commi dell'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, ciascun beneficiario, nei limiti del tetto massimo di euro cinquecento, per le mediazioni che lo hanno visto protagonista nell'anno precedente e che si sono effettivamente chiuse in

---

[64] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 132. Negli stessi termini, cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1197, il quale, esaminando la normativa di riferimento, evidenzia che la circostanza di poter «determinare la portata del credito solo successivamente attraverso un rapporto proporzionale tra il totale dei crediti d'imposta spettanti e i fondi a disposizione non permette ai soggetti di valutare l'effettivo vantaggio economico in caso di definizione positiva di una mediazione».

[65] Cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1197.

[66] Cfr. *Ibidem*.

[67] Cfr. *Ibidem*.

[68] Cfr. Ivi, p. 1197-1198, laddove, a titolo meramente esemplificativo, si prende in esame la situazione di alcune società, come, ad esempio, quelle di assicurazione, le quali, per loro natura, sono obbligate a porre in essere un numero elevato di mediazioni. In tal caso, le stesse, al fine di fruire in maniera piena del beneficio *de quo*, «potrebbero avere interesse a definire solo mediazioni la cui indennità da corrispondere, deducibile quale componente negativo di reddito attesa la mancanza di una previsione contraria, sia pari o inferiore a 500 euro, per poi ricevere un credito d'imposta pari alle indennità corrisposte e non imponibili».

[69] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198.

[70] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; ESPOSITO, *op. cit.*; GALLETTO, *op. cit.*, p. 121; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; LENOCI, *op. cit.*; MENDUTO, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233.

quell'anno[71], si vedrà riconoscere un credito d'imposta proporzionale alle risorse finanziarie complessive stanziate dal Ministero della giustizia e riversate all'Agenzia delle entrate[72]. La previsione ha lo scopo di salvaguardare l'invarianza del gettito postulata nella delega [art. 60, comma 3, lettera o), l. n. 69/2009][73].

Quindi, in teoria, in caso di successo della mediazione, il credito d'imposta sarà pari all'indennità corrisposta all'organismo, nei limiti massimi di euro cinquecento; mentre, in caso di insuccesso, l'ammontare del credito sarà ridotto alla metà. In realtà, qualora le risorse finanziarie stanziate non fossero in grado di soddisfare l'importo complessivo delle pretese, il credito spettante a ciascun beneficiario sarà commisurato in misura proporzionale all'entità delle risorse[74] e potrà risultare inferiore al tetto massimo di euro cinquecento[75]. Dunque, il meccanismo depotenzia gravemente la finalità legislativa di incentivare l'utilizzo del procedimento di mediazione come strumento di prevenzione, gestione e risoluzione dei conflitti[76].

Per permettere al Ministero della giustizia di determinare nel dettaglio l'ammontare delle risorse finanziarie, gravanti sulla quota del «fondo unico giustizia», destinate a compensare il minor gettito derivante dalla concessione dei crediti d'imposta relativi alle mediazioni concluse nell'anno precedente, gli organismi di mediazione sono chiamati a svolgere un ruolo collaborativo, dovendo comunicare al Ministero le informazioni di cui sono in possesso[77]: ad esempio, il numero delle

---

[71] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89.

[72] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1127; RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1734-1735; FORNI, *op. cit.*, p. 89. Inoltre, cfr. SOLDATI, *Le indennità del servizio di mediazione*, cit., p. 91, il quale puntualizza che «la copertura finanziaria delle agevolazioni fiscali descritta è garantita dal Fondo unico di giustizia, istituito dall'art. 2 del D.L. 16 settembre 2008, n. 143, convertito con modificazioni dalla legge 13 novembre 2008, n. 181. A tale fondo affluiscono le risorse derivanti dalle confische e dai sequestri disposti nell'ambito dei procedimenti sanzionatori amministrativi e penali, nonché alcuni depositi civili».

[73] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1127.

[74] In tal senso, cfr. *Ibidem*.

[75] Cfr. lo Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 588-589; MASTROIACOVO, *op. cit.*, p. 211.

[76] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 90; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 134.

[77] Cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 824; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685, nt. 22. In particolare, il Ministero della Giustizia, con nota in data 12 giugno 2012, "*Mediazione – Precisazioni sul credito d'imposta*" (consultabile in *www.giustizia.it*), ricorda che, «con riferimento agli adempimenti inerenti al credito di imposta, l'art. 20 del d.lgs. 28/2010 ha prescritto specifici adempimenti necessari per la determinazione della misura del credito di imposta. Si segnala che: è stata già inoltrata a tutti gli organismi di mediazione la richiesta di far pervenire presso la direzione generale della giustizia civile i dati di dettaglio necessari; è in atto la predisposizione di un programma informatico che consentirà la compiuta comunicazione a tutti gli interessati dell'importo da poter far valere a titolo di credito di imposta per le indennità corrisposte nell'anno 2011. Si informa, inoltre, che nella sezione VI delle istruzioni per la compilazione delle dichiarazioni dei redditi 2012 è precisato che se la comunicazione (relativa al credito di imposta) è pervenuta in data successiva alla presentazione della dichiarazione dei redditi, il credito di imposta può essere indicato nella dichiarazione relativa all'anno in cui è stata ricevuta la comunicazione».

mediazioni tentate; i soggetti che vi hanno partecipato; i costi sostenuti[78]. Ciò in quanto, nella determinazione del credito d'imposta, spettante a ciascun contribuente, si dovrà tener conto della singola indennità di mediazione e delle risorse complessivamente spettanti[79]. In proposito, l'art. 17, commi 4-9, d.lgs. n. 28/2010 fornisce i criteri di determinazione delle indennità spettanti agli organismi di mediazione, puntualizzati, in maniera specifica, dall'art. 16, d.m. 18 ottobre 2010, n. 180.

Infine, per consentire al Ministero della giustizia di svolgere l'attività di monitoraggio (art. 11, d.m. 18 ottobre 2010, n. 180), i singoli organismi di mediazione sono tenuti a fornire informazioni sui casi di successo della mediazione e su quelli di esonero dal pagamento dell'indennità[80].

In questa prospettiva, l'attività di collaborazione degli organismi risulta fondamentale[81], ma il coinvolgimento, oltre a comportare un onere per la gestione informatizzata dei dati, contrasta con il dovere di riservatezza (art. 9, d.lgs. n.28/2010)[82]

---

[78] Cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 824; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310.

[79] Cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 824; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310.

[80] Cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 824; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685, nt. 22; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 134.

[81] Cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 824.

[82] Sulla tematica, cfr. A. SANTI, *Il dovere di riservatezza alla luce della nuova normativa*, in COVATA, DI ROCCO, MARUCCI, MINELLI, SANTI e TARRICONE, *op. cit.*, p. 253 ss.; R. PLENTEDA, *Le nuove responsabilità*, in FALCO e SPINA, *op. cit.*, p. 694-695; F. RUSCETTA e A. TAMMARO, *Iscrizione nel registro, indennità, obblighi di riservatezza e formazione del mediatore*, in *Corr. trib.*, 10 (2011), p. 753 ss.; V. RUGGIERO, *Dovere di riservatezza, inutilizzabilità delle informazioni acquisite e segreto professionale*, in RUGGIERO e LUBRANO DI SCORPANIELLO (a cura di), *op. cit.*, p. 132 ss.; GRECO, *op. cit.*, p. 371-372; ARMONE, *op. cit.*, p. 626; C. NECCHI, *Sub art. 9. Dovere di riservatezza*, in BANDINI e SOLDATI (a cura di), *op. cit.*, p. 163 ss.; F. DANOVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 785; DIANA, *op. cit.*, p. 229 ss.; M. BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 487 ss.; R. MATERA, *Riservatezza e segreto professionale*, in PERA e RICCIO (a cura di), *op. cit.*, p. 201 ss.; D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *www.judicium.it;* C. MENICHINO, *Sub art 9 (Dovere di riservatezza)*, in CASTAGNOLA e DELFINI (a cura di), *op. cit.*, p. 177 ss.; M. MARINARO, *L'attuazione degli obblighi antiriciclaggio nel procedimento di mediazione delle controversie*, in *http://www.judicium.it/admin/saggi/305/Marinaro.pdf*, p. 1-2; G. DINACCI, *Il dovere di riservatezza del mediatore*, in R. MARTINO (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, Bari, Cacucci, 2011, p. 115 ss.; S. DE FRANCISCIS, *La riservatezza nella procedura di mediazione*, in G. CASSANO, S. DE FRANCISCIS, C. DE LUCA e L. GIANNONE (a cura di), *La mediazione – Domande e risposte per i dubbi dell'avvocato (mediatore e non). Problematiche processuali di introduzione del giudizio*, Padova, Cedam, 2012, p. 97 ss.; C. TROVÒ, *Requisiti e ruolo del mediatore: alcune riflessioni*, in *Consulente immobiliare*, Anno LVI, 920 (31 dicembre 2012), p. 2203-2204; M. BUZIO, *La riservatezza*, in CENNI, FABIANI e LEO (a cura di), *op. cit.*, p. 95 ss.; A. GIORDANO, *Gli organismi di mediazione e i mediatori secondo il D.Lgs. n. 28/2010. Alla ricerca di un'indennità controversa tra regole dell'economia e principi del diritto*, in *Giureta. Rivista di diritto dell'economia, del trasporti e dell'ambiente*, vol. X, 2012, p. 179 ss.; N. SOLDATI, *Il giudice può chiamare le parti alla mediazione*, in S. MARZIALETTI, B.L. MAZZEI, G. NEGRI e M. PIVETTI (a cura di), *La nuova mediazione, I focus del Sole-24 Ore*, 25 settembre 2013, p. 11; N. SOLDATI, *Riservatezza garantita per legge*, in MARZIALETTI,

a cui sono tenuti coloro che prestano la propria opera o il proprio servizio all'interno dell'organismo[83].

Una soluzione per fornire risposte a tali criticità potrebbe consistere nella richiesta formale di un consenso scritto, operata dagli organismi di mediazione e rivolta alle parti coinvolte nei procedimenti, avente ad oggetto l'autorizzazione alla comunicazione dei dati al Ministero della giustizia[84].

Le indennità che determinano il sorgere del credito d'imposta sono quelle versate per l'attività di mediazione[85]. La fattispecie comprende l'ipotesi dei mediatori ausiliari[86] (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010), muniti di specifiche competenze, la cui nomina non legittima la richiesta di ulteriori compensi, in aggiunta all'onorario del mediatore[87], secondo quanto prescritto dall'art. 16, comma 10, d.m. 18 ottobre 2010, n. 180[88], che concerne il «regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28»[89].

Invece, tra le indennità non può essere compresa la somma erogata ai consulenti esterni, qualificata dal legislatore «compenso», che rappresenta una spesa autonoma rispetto all'indennità corrisposta all'organismo di mediazione[90].

4. Qualora il procedimento di mediazione sia stato esperito per una molteplicità di controversie, con corresponsione di una pluralità di indennità, i crediti d'imposta saranno cumulati oltre il limite dei cinquecento euro, tetto massimo riferito a ciascun procedimento, trattandosi di un'agevolazione avente carattere oggettivo[91]. Nella specie, coloro che, avendo pendenti numerose vertenze, anche di modesto valore,

---

MAZZEI, NEGRI e PIVETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 11. Peraltro, l'obbligo di riservatezza, nell'àmbito del procedimento di mediazione, trova fondamento nell'art. 7 della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, attuato dal legislatore italiano con l'art. 60 della l. n. 69/2009 e il successivo art. 9 del d.lgs. n. 28/2010 (cfr. GALLETTO, *op. cit.*, p. 79).

[83] Cfr. MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 824.

[84] Cfr. *Ibidem*.

[85] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1127-1128; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310.

[86] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310.

[87] Cfr. *Ibidem*.

[88] Per l'analisi della norma, cfr. P. PORRECA, *Sospensione e cancellazione dal registro. Le indennità*, in *www.iudicium.it*, § 5.

[89] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 310-311.

[90] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1128; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 311.

[91] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1130; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 311.

hanno esperito una pluralità di procedimenti di mediazione beneficeranno del credito in misura maggiore[92].

In altri termini, sotto il profilo quantitativo, l'agevolazione in apparenza sembra di ammontare modesto, trattandosi di un credito d'imposta pari all'indennità corrisposta all'organismo di mediazione, fino ad un tetto massimo di euro cinquecento; in realtà, il beneficio potrà assumere una rilevanza economica cospicua e incidere sensibilmente sull'ammontare dell'imposta da versare all'erario, allorquando il contribuente abbia esperito una pluralità di procedimenti di mediazione e vanti il diritto a tanti crediti d'imposta quante sono le procedure[93]. In tal caso, i crediti si cumuleranno tra loro, anche oltre il limite dei cinquecento euro, riferito al singolo procedimento di mediazione e non alla totalità delle procedure[94].

Una volta determinato il credito spettante al beneficiario, il Ministero della giustizia, entro trenta giorni dal termine indicato nell'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 28 del 2010, ossia entro il trenta maggio di ciascun anno, è tenuto ad una duplice comunicazione[95]: all'interessato e, in via telematica, all'Agenzia delle entrate[96].

La comunicazione all'interessato reca l'indicazione dell'importo del credito, mentre quella effettuata all'Agenzia delle entrate specifica l'elenco dei beneficiari e gli importi a ciascuno comunicati[97].

Quest'ultima comunicazione consente all'ufficio di effettuare controlli automatizzati, in sede di liquidazione, o controlli successivi, nella fase dell'accertamento[98].

---

[92] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1130; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 135.

[93] Cfr. DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 5.

[94] Cfr. DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 5; LENOCI, *op. cit.*

[95] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 311; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198.

[96] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 311; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198; RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1735; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; LENOCI, *op. cit.*; PAROLA, *op. cit.*, p. 1; MENDUTO, *op. cit.*; ESPOSITO, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; RUSSO, *op. cit.*, p. 1439, nt. 15; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; FORNI, *op. cit.*, p. 89; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; MASTROIACOVO, *op. cit.*, p. 211.

[97] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 311; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198.

[98] Cfr. lo Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 311. Inoltre, cfr. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334, il quale sottolinea che «il controllo del rispetto della procedura è assicurato dalla contestuale trasmissione per via telematica, da parte del Ministero, degli elenchi dei beneficiari all'Agenzia delle Entrate».

Poiché la modalità telematica è riservata alla comunicazione all'Agenzia delle entrate[99], sembra congruente ritenere che il Ministero possa provvedere a comunicare il credito d'imposta ai contribuenti sia in forma cartacea che telematica.

All'atto dell'esperimento della mediazione, la procedura prevista dall'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, non fornisce alcuna certezza sull'importo del credito effettivo spettante al contribuente. Difatti, come anticipato, l'ammontare del credito sarà comunicato dal Ministero successivamente, in base all'ammontare delle risorse stanziate e all'entità dei crediti d'imposta registrati nell'anno precedente[100].

Nelle fonti, manca una previsione sui mezzi di tutela, allorquando il Ministero – per errore di calcolo o per impropria corresponsione di un'indennità inferiore o per altre cause - non abbia determinato correttamente la misura del credito, malgrado il pregiudizio derivante al contribuente dall'attribuzione di un credito inferiore a quello spettante[101].

In realtà, l'atto del Ministero che determina l'importo del credito ha natura provvedimentale e incide direttamente sul debito d'imposta gravante in capo al beneficiario[102]. Di conseguenza, l'impugnazione dell'atto rientra nella giurisdizione delle commissioni tributarie[103], attesa l'ampia competenza di queste, *ex* art. 2, comma 1, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, pubblicato nella *G.U.* del 13 gennaio 1993, n. 9 – Supplemento Ordinario, che ne estende la giurisdizione a «tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati»[104].

Ciò posto, l'interprete deve risolvere un duplice ordine di problemi[105]. In primo luogo, un problema di mancata allogazione: la comunicazione di cui all'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 28/2010 non è testualmente compresa tra gli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario, elencati nell'art. 19, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546[106]. In secondo luogo, deve procedere alla corretta individuazione della parte resistente, contro la quale proporre il ricorso, ai sensi dell'art. 10 del decreto[107].

Per la soluzione del primo problema, è possibile attingere all'orientamento che, ai fini dell'impugnabilità dell'atto, dà rilevanza agli aspetti sostanziali, piuttosto che a quelli formali[108]. In altri termini, per verificare l'impugnabilità dell'atto, non è sufficiente tener conto del *nomen iuris*, ma è necessario dare rilievo alla funzione effettivamente perseguita. In questa prospettiva, la comunicazione ministeriale può

---

[99] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823.
[100] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 136.
[101] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1128-1129.
[102] Cfr. Ivi, p. 1128; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 312.
[103] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1128; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 312.
[104] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 312.
[105] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1128.
[106] Cfr. *Ibidem*.
[107] Cfr. *Ibidem*.
[108] Cfr. Ivi, p. 1128 ss.

essere inquadrata tra gli atti di «diniego» o di «revoca» delle agevolazioni, espressamente dichiarati impugnabili dall'art. 19, comma 1, lettera h), d.lgs. n. 546/1992[109]. Inoltre, mentre in origine si riteneva che la disposizione *de qua* contenesse un'elencazione tassativa, attualmente, si registrano diverse aperture[110], confermate anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte[111].

La seconda perplessità, che assume notevole rilievo sul piano applicativo, può essere risolta intestando il ricorso - da presentare alla commissione tributaria - al Ministero della giustizia, che ha emesso l'atto, e all'Agenzia delle entrate (*rectius*: Direzione o Ufficio locale competente), unico soggetto titolare dei poteri di accertamento del rapporto d'imposta oggetto della lite[112].

Anche qualora il Ministero ometta la comunicazione, il contribuente non rimane privo di tutela, in quanto può beneficiare del credito d'imposta, sia pure attraverso una procedura più articolata. Infatti, il contribuente, reputandosi beneficiario del credito, potrebbe utilizzarlo fiscalmente e provocare i successivi atti di rettifica dell'Agenzia delle entrate, oppugnabili dinanzi al giudice tributario[113].

In ogni caso, l'importo del credito non è suscettibile di rimborso, ai sensi dell'art. 20, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 28/2010[114].

5. Le modalità di utilizzo del credito d'imposta, puntualmente disciplinate dal quarto comma dell'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, differiscono in funzione della tipologia

---

[109] Cfr. Ivi, p. 1128-1129.

[110] Cfr. Cass. civ., sez. V, 11 maggio 2012, n. 7344, in *CED Cassazione*, secondo cui, «è impugnabile davanti al giudice tributario qualsiasi atto formato dall'Amministrazione finanziaria volto a rendere nota una pretesa compiuta e definita deducendo un rapporto giuridico d'imposta nei confronti del contribuente», atteso che «l'art. 19, d.lgs. n. 546 del 1992 è una norma che può essere oggetto di interpretazione non solo estensiva, ma anche analogica. Sono infatti ricorribili tutti i provvedimenti, anche se non formati secondo la "veste autoritativa" di uno degli atti elencati dall'art. 19, d.lgs. n. 546 del 1992, che contengono la manifestazione di una pretesa tributaria definita». Negli stessi termini, cfr. Cass., 30 ottobre 2012, n. 18642, in *CED Cassazione*; Cass., n. 24916/2013, in *CED Cassazione*.

[111] Cfr. Cass. S.U., 26 novembre 2013 – 18 febbraio 2014, n. 3773, in *CED Cassazione*, secondo cui, «il d.lgs. n. 546/1992, art. 19, quale espressione della struttura impugnatoria del processo tributario, contiene il "catalogo" (anch'esso arricchitosi nel tempo) degli "atti impugnabili", cioè degli atti che, se ritualmente notificati, comportano, in ragione della loro ritenuta natura immediatamente impositiva, l'onere della impugnazione, a pena della cristallizzazione della pretesa in essi contenuta; secondo la giurisprudenza di questa Corte, peraltro, la tassatività di detta elencazione va riferita non tanto ai singoli atti nominativamente indicati, ma piuttosto alla individuazione di "categorie" di atti, considerate in relazione agli effetti giuridici da quelli prodotti, con la conseguenza che la norma è suscettibile, in presenza di determinate condizioni, di interpretazione estensiva, in ossequio alle norme costituzionali di tutela del contribuente (artt. 24 e 53 Cost.) e di buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.); ciò con la precisazione, quanto agli atti per i quali si ritenga di ammettere la possibilità di una tutela di natura "anticipata", della mera facoltatività dell'impugnazione, il cui mancato esercizio non determina alcuna conseguenza sfavorevole in ordine alla possibilità di contestare la pretesa in un secondo momento, quando cioè essa si vesta della forma autoritativa di uno degli atti espressamente indicati nell'art. 19».

[112] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1129.

[113] Cfr. *Ibidem*.

[114] Cfr. *Ibidem*.

del soggetto beneficiario[115], ossia a seconda che questi sia un soggetto passivo iva o un privato[116].

Difatti, a decorrere dalla data di ricevimento della comunicazione di cui al terzo comma dell'art. 20, il credito d'imposta potrà essere utilizzato dalle persone fisiche non titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo, in diminuzione delle imposte sui redditi, e dai soggetti iva, in compensazione[117], ai sensi dell'articolo 17, d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241[118]. Per la sua concreta fruizione, il credito deve essere indicato nella dichiarazione dei redditi dell'interessato, a pena di decadenza[119]. Tale circostanza è stata criticata da una parte della dottrina[120], in quanto finisce per derogare in concreto al principio generale contenuto nell'art. 6, comma 4, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente)[121], in forza del quale l'Amministrazione

---

[115] Cfr. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 312.
[116] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 312; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823.
[117] Sulla compensazione tributaria, cfr., per tutti, FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, cit., p. 429 ss.
[118] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 312; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685.
[119] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1129; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 298; CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; ESPOSITO, *op. cit.*; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1735; LENOCI, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; MASTROIACOVO, *op. cit.*, p. 211; RUSSO, *op. cit.*, p. 1439-1440; FORNI, *op. cit.*, p. 89; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198.
[120] Cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198.
[121] Sullo Statuto dei diritti del contribuente, cfr. S.A. PARENTE, *Statuto del contribuente e forme di democrazia partecipativa al procedimento impositivo*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno V, Bari, Cacucci, 2012, p. 395 ss.; G. ALICE, *Statuto del contribuente: effetto retroattivo delle disposizioni tributarie e motivazione degli atti*, in *Il fisco*, 44 (2000), p. 13038 ss.; G. FALCONE, *Il valore dello Statuto del contribuente*, in *Il fisco*, 36 (2000), p. 11038 ss.; C. GLENDI, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, in *Corr. trib.*, 2000, pag. 2416; S. SCREPANTI, *Statuto dei diritti del contribuente. Prime disposizioni attuative*, in *Il fisco*, 48 (2000), p. 14342 ss.; U. PERRUCCI, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, in *Boll. trib.*, 14 (2000), p. 1060 ss.; G. MARONGIU, *Statuto del contribuente, affidamento e buona fede*, in *Rass. trib.*, 5 (2001), pag. 1275; G. MARONGIU, *Statuto del contribuente: primo consuntivo ad un anno dall'entrata in vigore*, in *Corr. trib.*, 2001, p. 2069 ss.; S. SCREPANTI, *Statuto dei diritti del contribuente: approvate in via definitiva dal Consiglio dei Ministri le disposizioni attuative*, in *Il fisco*, 7 (2001), p. 2195 ss.; G. MARONGIU, *Statuto del contribuente, affidamento e buona fede*, in *Corr. trib.*, 35 (2001), pag. 2613; C. BUCCICO, *Lo Statuto del contribuente: principi e lacune*, in *Il fisco*, 19 (2001), p. 7005 ss.; M. CARBONE e S. SCREPANTI, *Statuto dei diritti del contribuente*, Roma, ed. *Il fisco*, 2001; T. NITTO, *I nuovi rapporti tra fisco e contribuenti alla luce della legge n. 212/2000*, in *Giornale di dir. amm.*, 2 (2001), p. 129; G. TINO, *Lo Statuto del contribuente e il nuovo sistema della fiscalità*, in *Il fisco*, 24 (2001), p. 8475 ss.; M.G. BRUZZONE, *Statuto del contribuente: fonte di diritti o di doveri?*, in *Corr. trib.*, 14 (2001), p. 1025 ss.; G. FALCONE, *Lo Statuto del contribuente un anno dopo*, in *Il fisco*, 29 (2001), p. 9790 ss.; A. COTTO, M. MEOLI e G. VALENTE, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, a cura de *Il Sole 24-Ore*, 2001; O. CUCUZZA, *Alcune riflessioni operative sullo Statuto dei diritti del contribuente*, in *Il fisco*, 33 (2001), p. 11015 ss.; D. D'AGOSTINO, *Adeguamenti della normativa fiscale allo Statuto del contribuente*, in *Il fisco*, 37 (2001), p. 12093 ss.; F. TAGLIAFERRO e L. TAGLIAFERRO, *Lo Statuto dei diritti del contribuente nei Paesi del Sud Europa*, in *Il fisco*, n. 7/2002, p.

983 ss.; L. BARCELLONA, *Statuto del contribuente,* in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza,* 3 (2002), p. 354 ss.; U. PERRUCCI, *Prime verifiche sull'applicazione dello «Statuto»,* in *Boll. trib.,* 2 (2002), p. 94 ss.; G. MARONGIU, *Contributo alla realizzazione dello "Statuto dei diritti del contribuente",* in *www.uckmar.com/opinioni/opi022.htm*; A. BUSCEMA, F. FORTE e D. SANTILLI, *Statuto del contribuente. Analisi dottrinale ed evoluzione giurisprudenziale,* Padova, Cedam, 2002; L. MURCIANO, *Statuto del contribuente e fonti del diritto tributario: un'ipotesi interpretativa sull'art. 23 Cost.,* in *Riv. dir. trib.,* 9 (2002), pt. 1, p. 921 ss.; A. URICCHIO, voce *Statuto del contribuente,* in *Dig. disc. priv., sez. comm.,* Aggiornamento, vol. II., Torino, 2003, p. 845 ss.; L. DEL FEDERICO, *Statuto del contribuente, illecito tributario e violazioni formali,* in *Rass. trib.,* 3 (2003), p. 855 ss.; G. MARONGIU, *Lo Statuto del contribuente: le sue "ragioni", le sue applicazioni,* in *Dir. e prat. trib.,* 6 (2003), pt. 1, p. 1007 ss.; G. LULY, *Un'altra applicazione dei principi contenuti nello Statuto del contribuente ad opera della Cassazione,* in *Dir. e prat. trib.,* 6 (2003), pag. 1394; G. MARONGIU (a cura di), *Lo Statuto dei diritti del contribuente,* Torino, Giappichelli, 2004; A. MERCATALI, *Lo Statuto del contribuente e la manovra finanziaria 2004,* in *Boll. trib.,* 3 (2004), p. 171 ss.; A. FANTOZZI e A. FEDELE (a cura di), *Statuto dei diritti del contribuente,* Milano, Giuffrè, 2005; G. MARZULLO, *Lo statuto del contribuente: le garanzie introdotte e lo stato di attuazione,* in *Diritto e lavoro nelle Marche,* 1 (2005), p. 161 ss.; V. MASTROIACOVO, *Ancora sull'efficacia dello Statuto dei diritti del contribuente,* in *Riv. dir. trib.,* 11 (2004), pt. 2, p. 672 ss.; M.A. GRIPPA SALVETTI, *Lo Statuto dei diritti del contribuente tra valore formale e portata interpretativa,* in *Rass. trib.,* 5 (2004), p. 1719 ss.; M. LOGOZZO, *Il "valore" dello Statuto del contribuente: irretroattività della legge tributaria e legittimo affidamento,* in *GT – Riv. giur. trib.,* 10 (2004), p. 955 ss.; G. INGRAO e L. FERLAZZO NATOLI, *Lo Statuto dei diritti del contribuente nella recente giurisprudenza della Cassazione,* in *Rass. trib.,* 4 (2005), p. 1275 ss.; E. DE MITA, *Lo Statuto diventa la bussola dei giudici,* in *Dir. e prat. trib.,* 5 (2005), pt. 2, p. 989-990; G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente nella quinquennale esperienza giurisprudenziale,* in *Dir. e prat. trib.,* 5 (2005), pt. 1, p. 1007 ss.; G. MARINO, *Lo Statuto dei Diritti del Contribuente cinque anni dopo – Presentazione della ricerca del CERTI,* in *Rivista dei dottori commercialisti,* 2 (2006), p. 7 ss.; V. AZZONI, *Statuto dei diritti del contribuente – Appunti sulla filosofia di impianto e sulla portata delle singole disposizioni,* in *Boll. trib.,* 21 (2006), p. 1687 ss.; R. FERRARA, *Lo Statuto del Contribuente: cosa è cambiato per l'Amministrazione Finanziaria,* in *Rivista dei dottori commercialisti,* 2 (2006), p. 13 ss.; G. MARINO, *Lo Statuto dei diritti del contribuente a cinque anni dalla sua istituzione,* in *Rass. trib.,* 2 (2006), p. 460 ss.; F. BIANCHI e R. LUPI, *Statuto del contribuente (ad vocem),* in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24-Ore,* diretta da S. PATTI, vol. 15, Milano, 2007, p. 419 ss.; E. DE MITA, *Statuto del contribuente, pochi varchi nella "carta",* in *Dir. e prat. trib.,* 1 (2007), pt. 1, p. 205-206; T. LAMEDICA, *Statuto del contribuente: divieti e precetti,* in *Corr. trib.,* 46 (2008), p. 3749-3750; E. DE MITA, *Lo Statuto dei diritti del contribuente tra la valorizzazione che ne fa la Cassazione e le violazioni del Parlamento,* in *Boll. trib.,* 21 (2008), p. 1639 ss.; L. SOLARI, *Lo statuto dei diritti del contribuente,* in *Dir. e prat. trib.,* 1 (2008), pt. 2, p. 143 ss.; N. CHIECHI e S. CHIECHI, *Ancora sullo Statuto del contribuente a dieci anni dall'introduzione,* in *Boll. trib.,* 13 (2010), p. 1016-1017; L. FERLAZZO NATOLI e M.V. SERRANÒ, *Lo Statuto dei diritti del contribuente a dieci anni dalla sua approvazione,* in *Boll. trib.,* 10 (2010), p. 741 ss.; G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente,* 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2010. Per l'applicazione dello Statuto del contribuente alle singole tipologie di tributi, cfr. E. SPAZIANI TESTA, *Brevi cenni sullo stato di attuazione dello Statuto del contribuente con particolare riferimento ai tributi locali,* in *Il fisco,* 15 (2001), p. 5484 ss.; A. URICCHIO, *Lo Statuto dei diritti del contribuente e l'interpello nell'ordinamento tributario degli enti territoriali,* in *La finanza locale,* 10 (2001), p. 1353 ss.; A. CUVA, *Statuto del contribuente ed enti locali,* in *Rivista della Guardia di Finanza,* 6 (2002), p. 2575 ss.; A. DE FAZIO, *Gli organi indiretti dell'amministrazione finanziaria nell'interpretazione dello Statuto del contribuente,* in *Riv. dir. trib.,* 9 (2004), pt. 1, p. 1037 ss.; M. BASILAVECCHIA, *L'efficacia dello Statuto dei diritti del contribuente dopo le ultime pronunce della Cassazione. L'impatto sul mondo dei tributi locali,* in *Tributi locali e regionali,* 1 (2005), p. 11 ss.; A. ZUCCHETTI, *Lo Statuto e la partecipazione dei cittadini nelle Autonomie locali,* in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza,* 2005, p. 1221 ss.; N. CHIECHI, *La tutela nelle indagini bancarie secondo lo Statuto del contribuente,* in *Boll. trib.,*

finanziaria non può richiedere documenti ed informazioni già in suo possesso[122].

Tuttavia, il generico riferimento alla «dichiarazione dei redditi», in assenza di ulteriori specificazioni, implica l'individuazione della dichiarazione dei redditi a cui fare riferimento, considerata la gravità della sanzione - decadenza dalla fruizione del credito – comminata nel caso di inottemperanza alla prescrizione normativa[123].

In una prospettiva sistematica, la norma sembra alludere alla prima dichiarazione dei redditi che il contribuente è tenuto a presentare dopo aver ricevuto la comunicazione del Ministero della giustizia sulla misura complessiva del credito spettante[124].

In altri termini, il credito è utilizzabile a far data dal ricevimento della comunicazione del Ministero[125]. Considerate le rigidi scadenze imposte dall'art. 20, commi 2 e 3, d.lgs. n. 28/2010[126], quindi, la comunicazione dovrebbe pervenire ai contribuenti entro il termine per la presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta nel quale l'indennità fu corrisposta[127].

In caso di comunicazione tardiva, ossia pervenuta in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi, il credito d'imposta sarà indicato nella dichiarazione relativa all'anno di ricevimento della comunicazione[128].

---

19 (2004), p. 1385 ss. Sulle ipotesi di violazione dello Statuto del contribuente, cfr. C. SALVATORES, *Disatteso lo statuto del contribuente,* in *Boll. trib.,* 2 (2003), p. 85-86.

[122] Sulla tematica, si consenta il rinvio a PARENTE, *Statuto del contribuente e forme di democrazia partecipativa al procedimento impositivo,* cit., p. 418-419, nel punto in cui, esaminando i contegni comportamentali imposti all'Amministrazione finanziaria dall'art. 6 dello Statuto, si evidenzia «il divieto di chiedere al contribuente documenti e informazioni già in possesso dell'autorità amministrativa, laddove reperibili ai sensi dell'art. 18, commi 2 e 3, legge n. 241/1990».

[123] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1129.

[124] Cfr. *Ibidem*; MENDUTO, *op. cit.*; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; MASTROIACOVO, *La regolamentazione delle indennità versate ai mediatori. La disciplina del credito d'imposta,* cit., p. 211. Inoltre, sulla tematica, cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1735. Parzialmente diversa sembra essere la soluzione prospettata da FORNI, *op. cit.*, p. 89, secondo il quale, «per poter usufruire del credito è necessario che il valore dello stesso sia indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi dell'anno in cui la mediazione si è conclusa».

[125] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327. Negli stessi termini, cfr. la nota del Ministero della Giustizia, 12 giugno 2012, "*Mediazione – Precisazioni sul credito d'imposta*", cit., laddove puntualizza che, «se la comunicazione (relativa al credito di imposta) è pervenuta in data successiva alla presentazione della dichiarazione dei redditi, il credito di imposta può essere indicato nella dichiarazione relativa all'anno in cui è stata ricevuta la comunicazione».

[126] Dal combinato disposto dei due commi della disposizione emerge che, entro il 30 aprile di ciascun anno, il Ministro della Giustizia, con apposito decreto, deve determinare le risorse del "Fondo unico giustizia", destinate alla copertura delle minori entrate derivanti dalla concessione del credito d'imposta, relativo alle mediazioni concluse nell'anno precedente, oltre alla misura del credito effettivamente spettante. Nei successivi 30 giorni (30 maggio) lo stesso Ministero deve comunicare agli interessati e all'Agenzia delle Entrate l'importo del credito spettante.

[127] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1129. Com'è noto, i termini di scadenza entro i quali presentare la dichiarazione sono puntualmente delineati dal legislatore: 30 giugno, tramite uffici postali o istituti bancari; 30 settembre tramite dichiarazione telematica per le persone fisiche; l'ultimo giorno del nono mese successivo alla chiusura del periodo di imposta per gli altri soggetti.

[128] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1735.

Pertanto, le dichiarazioni presentate nel 2011, relative ai redditi conseguiti nel periodo d'imposta 2010, sono state i primi modelli a contenere l'indicazione del credito d'imposta[129].

In ordine alle modalità di esibizione della dichiarazione e di fruizione del credito, le fonti prevedono regimi diversificati in funzione della tipologia dei contribuenti considerati: da un lato, i soggetti esercenti attività d'impresa o di lavoro autonomo (c.d. soggetti passivi iva); dall'altro, le persone fisiche titolari di altri redditi (c.d. soggetti privati)[130].

Difatti, tutti i contribuenti hanno il diritto di utilizzare il credito d'imposta in compensazione, ai sensi dell'art. 17, d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, pubblicato nella *G.U.* del 28 luglio 1997, n. 174, secondo le norme dettate per il pagamento dei tributi erariali, dei contributi previdenziali, dei tributi locali e di altri tributi[131], a decorrere dalla data di ricevimento della comunicazione[132], mediante il modello di pagamento F24[133].

In altri termini, il credito potrà essere compensato con eventuali debiti, di cui risulta gravato il contribuente, derivanti da imposte sui redditi, ritenute, iva, irap e imposte sostitutive[134].

In realtà, di questa modalità di utilizzo del credito potranno fruire i soggetti passivi iva, i quali, ricevuta la comunicazione del Ministero, potranno procedere alla compensazione entro il termine di presentazione della dichiarazione successiva[135]. Le persone fisiche non titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo (c.d. soggetti

---

[129] Cfr. *Ibidem*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 5. Per il dettaglio delle modalità d'indicazione del credito nella dichiarazione, cfr. RUSSO, *op. cit.*, p. 1440, il quale chiarisce che, «in definitiva, nella sezione XIX va indicato: - nel rigo RU98, il codice identificativo del credito d'imposta fruito (codice 78); - nel rigo RU100, l'ammontare del credito spettante nel periodo d'imposta della dichiarazione; - nel quadro RU101, l'ammontare del credito utilizzato in compensazione nel periodo d'imposta della dichiarazione; - nel rigo RU102, l'ammontare del credito di cui al rigo RU101 versato, a seguito di ravvedimento, nel periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione e fino alla data di presentazione della medesima, al netto dei relativi interessi e sanzioni; - nel rigo RU103, colonna 2, l'importo del credito residuo utilizzabile in compensazione successivamente alla chiusura del periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione». Inoltre, cfr. TRAVAGLIONE, *Ampliamento e semplificazione delle agevolazioni fiscali per incentivare la mediazione civile*, cit., p. 1198, nt. 24, secondo il quale «il Modello UNICO 2013 Persone Fisiche, redditi 2012, al rigo RN 24, colonna 4, contiene la casella «mediazioni», nella quale va indicato il credito di imposta certificato nella comunicazione ricevuta dal contribuente avente diritto ed inviata a cura del Ministero della giustizia».

[130] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1735; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 140.

[131] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 328; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823; MENDUTO, *op. cit.*; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334.

[132] Cfr. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; RUSSO, *op. cit.*, p. 1440.

[133] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1736; ESPOSITO, *op. cit.*; CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327-328; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; LENOCI, *op. cit.*; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233. Inoltre, sulla tematica, cfr. lo Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; MASTROIACOVO, *La regolamentazione delle indennità versate ai mediatori. La disciplina del credito d'imposta*, cit., p. 211.

[134] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89.

[135] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 328; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823.

privati), invece, potranno utilizzare il credito in diminuzione delle imposte sui redditi[136].

Insomma, qualora il beneficiario non sia un soggetto passivo iva, il credito d'imposta dovrà essere indicato direttamente nella dichiarazione dei redditi relativa all'anno in cui è stato comunicato, in diminuzione delle imposte sui redditi[137].

Di conseguenza, qualora il contribuente non abbia versato imposte, trattandosi, ad esempio, di reddito prodotto all'estero o di soggetto esente, non potrà giovarsi di alcun beneficio, non essendo contemplata la fruizione del rimborso, né il riporto del credito in diminuzione delle imposte relative al nuovo anno[138].

Ci si chiede se sussistano strumenti idonei a supplire all'omessa indicazione del credito nella prima dichiarazione dei redditi. La soluzione positiva[139] può giovarsi dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità[140], favorevole al riconoscimento della facoltà di emendare la dichiarazione dei redditi.

Quindi, in caso di omessa indicazione del credito nella prima dichiarazione utile, deve ritenersi che il contribuente abbia la facoltà di emendare la dichiarazione dei redditi, «in quanto la correzione, incidendo pur sempre sulla stessa dichiarazione, non trova ostacolo nella decadenza prevista per l'inserimento del credito»[141].

Nelle fonti non è specificato se possano fruire del credito pure i contribuenti non tenuti alla presentazione della dichiarazione dei redditi; ad esempio, i titolari di redditi di lavoro dipendente e assimilati, soggetti a ritenuta alla fonte[142].

Sul punto, è ragionevole supporre che, se consentito dal provvedimento di autorizzazione della certificazione unica (ad esempio, il Cud), l'indicazione del credito possa essere inserita in tale sede[143]. In mancanza, il contribuente, titolare soltanto di redditi di lavoro dipendente o assimilati, conserverà la facoltà di presentare la dichiarazione dei redditi, a proprie spese, e potrà indicare nella medesima il credito d'imposta, senza incorrere nella decadenza prevista dalla norma[144].

---

[136] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1736; FORNI, *op. cit.*, p. 89; MENDUTO, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; ESPOSITO, *op. cit.*; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; RUSSO, *op. cit.*, p. 1440; MASTROIACOVO, *La regolamentazione delle indennità versate ai mediatori. La disciplina del credito d'imposta,* cit., p. 211.
[137] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 328; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823.
[138] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 328; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823-824; MENDUTO, *op. cit.*; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 140-141.
[139] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1129.
[140] Cfr. Cass., Sez. Trib., 31 gennaio 2011, n. 2277, in *Banca Dati BIG Suite,* IPSOA, la quale si è occupata della tematica con riferimento ai crediti per imposte versate all'estero.
[141] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1129.
[142] Cfr. *Ibidem*.
[143] Cfr. *Ibidem*.
[144] Cfr. Ivi, p. 1129-1130.

Per i profili non delineati, il credito è soggetto alla disciplina in materia di crediti d'imposta contenuta nel d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917[145].

6. Il secondo periodo del quarto comma dell'art. 20, d.lgs. n. 28/2010, prescrive che «il credito d'imposta non dà luogo a rimborso e non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi, né del valore della produzione netta ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917»[146].

Pertanto, considerato che il credito non è rimborsabile[147], è preclusa al contribuente la proposizione dell'istanza di rimborso[148]. Difatti, come si è detto, il credito può essere utilizzato dai titolari di partita iva in compensazione dell'iva, in sede di versamento unico, e dalle persone fisiche non titolari di reddito d'impresa o di lavoro autonomo in diminuzione dell'imposta dovuta, in sede di dichiarazione dei redditi[149].

Il credito d'imposta, per espressa previsione normativa, non concorre alla formazione dell'imponibile, agli effetti delle imposte sui redditi[150], né incide sul valore della produzione netta, rilevante ai fini irap[151], e neppure assume rilievo ai fini del *pro rata* di indetraibilità[152] di cui all'art. 61, d.P.R. n. 917/1986, sulla determinazione degli importi degli interessi passivi deducibili dal reddito d'impresa, e all'art. 109, comma 5, dello stesso decreto, in ordine ai criteri di deducibilità dei costi[153].

---

[145] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1736; PARENTE, *La mediazione nella fiscalità diretta*, cit., p. 141.

[146] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 313; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685.

[147] Cfr. RICHIUSA e ZAMARO, *op. cit.*, p. 1735; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 313; CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 5; RUSSO, *op. cit.*, p. 1440, nt. 16; FIORENTINO *op. cit.*, p. 334; MASTROIACOVO, *La regolamentazione delle indennità versate ai mediatori. La disciplina del credito d'imposta*, cit., p. 211. Negli stessi termini, cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89, il quale puntualizza che «il credito di imposta non dà luogo a rimborso (se non utilizzato in compensazione)».

[148] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1130; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 313. Più in generale, sulle problematiche concernenti il rimborso dei tributi, cfr. M.C. FREGNI, voce *Rimborso dei tributi*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 612 ss.

[149] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1130; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 313.

[150] Cfr. PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 313.

[151] Cfr. *Ibidem*; CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823, nt. 6; MENDUTO, *op. cit.*; ESPOSITO, *op. cit.*; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; Studio n. 190-2010/T (est. V. MASTROIACOVO), *op. cit.*, p. 589; FORNI, *op. cit.*, p. 89; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; RUSSO, *op. cit.*, p. 1440, nt. 16; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 334; MASTROIACOVO, *La regolamentazione delle indennità versate ai mediatori. La disciplina del credito d'imposta*, cit., p. 211.

[152] Cfr. FORNI, *op. cit.*, p. 89; PARENTE, *I profili fiscali della mediazione conciliativa*, cit., p. 313-314.

[153] Cfr. CARADONNA e RUSCETTA, *op. cit.*, p. 327; MICARELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 823, nt. 6; CINIERI, *op. cit.*, p. 19; DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 4; ESPOSITO, *op. cit.*; MENDUTO, *op. cit.*; GIUGLIANO e DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 233; RUSSO, *op. cit.*, p. 1440, nt. 16.

Al di là dei risvolti applicativi, il regime del d.lgs. n. 28/2010, in materia di credito d'imposta, consente di sottolineare un'anomalia del sistema[154]: l'indennità corrisposta all'organismo di mediazione, che costituisce, almeno in parte, oggetto del credito, rientra implicitamente tra le spese processuali[155] di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 28/2010; ciò comporta, quale paradosso, che queste spese possono essere poste definitivamente a carico di una parte processuale diversa da quella che le ha sostenute[156].

L'eventualità può verificarsi anche nella diversa ipotesi, disciplinata dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, di provvedimento di condanna con contenuto identico alla proposta non accettata, nella quale la parte risultata vittoriosa è condannata pure al rimborso delle indennità di mediazione corrisposte dalla controparte[157].

La bizzarria di questa condizione è che del credito d'imposta, che il legislatore riconosce solo a chi corrisponde l'indennità, beneficia, in ultima analisi, un soggetto che non ha sopportato una spesa, che, nondimeno, gli viene rimborsata[158]. Purtroppo, il d.lgs. n. 28/2010 è deficitario di un meccanismo normativo per risolvere questa iniquità. Un rimedio potrebbe consistere nel riconoscimento ermeneutico dell'agevolazione al contribuente che, all'esito del giudizio, si sia accollato in via

---

[154] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1130.

[155] Sulle spese processuali di cui all'art. 13, d.lgs. n. 28/2010, cfr. M. MECACCI, *Disciplina delle spese processuali*, in FALCO e SPINA, *op. cit.*, p. 631 ss.; BIANCHI, *op. cit.*, p. 656 ss.; A. SANTI, *Sub art. 13. Spese processuali*, in COVATA, DI ROCCO, MARUCCI, MINELLI, SANTI e TARRICONE, *op. cit.*, p. 303 ss.; V. RUGGIERO, *Il regime delle spese nel procedimento di mediazione: l'art. 13 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, in RUGGIERO e LUBRANO DI SCORPANIELLO (a cura di), *op. cit.*, p. 192 ss.; A. DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 403 ss.; GRECO, *op. cit.*, p. 367; M. VACCARI, *La disciplina delle spese nella Media-Conciliazione*, in *www.judicium.it*; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in *Le società*, 5 (2010), p. 636; F. OLIVO, *L'incidenza della mediazione sul processo*, in *Corr. trib.*, 10 (2011), p. 791-792; GALLETTO, *op. cit.*, p. 91 ss.; A. BANDINI, *Sub art. 13. Spese processuali*, in BANDINI e SOLDATI (a cura di), *op. cit.*, p. 239 ss.; M.M. ANDREONI, *Sub art. 13 (Spese processuali)*, in CASTAGNOLA e DELFINI (a cura di), *op. cit.*, p. 247 ss.; G. AMENTA, *Spese processuali*, in PERA e RICCIO (a cura di), *op. cit.*, p. 283 ss.; C. GENELETTI, *Mediazione e condanna alle spese processuali*, in CASSANO, DE FRANCISCIS, DE LUCA e GIANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss.; I. PAGANELLI, *La formulazione della proposta di conciliazione e i riflessi del procedimento di mediazione sulla ripartizione delle spese processuali*, in CENNI, FABIANI e LEO (a cura di), *op. cit.*, p. 244 ss.; E. CAVUOTO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. 28/2010 e i rapporti con la giurisdizione*, in VITOLO (a cura di), *op. cit.*, p. 325 ss. Per taluni profili applicativi, cfr. A. CERCHIA, *In tema di ripetibilità delle spese di mediazione*, in *Giur. it.*, 1 (2013), p. 146 ss.; G. ARMONE e P. PORRECA, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, 9 (2011), V, c. 205 ss.

[156] Cfr. DOMINICI e MAGNANI, *op. cit.*, p. 1130.

[157] Cfr. *Ibidem*.

[158] Cfr. *Ibidem*.

definitiva il peso dell'indennità[159] o nel tener conto dell'indennità corrisposta all'organismo di mediazione, in sede di condanna alle spese[160].

Infine, l'ultimo comma dell'art. 20, nel disciplinare la copertura finanziaria delle minori entrate derivanti dal riconoscimento del credito d'imposta, impone al Ministero della giustizia di provvedere «annualmente al versamento dell'importo corrispondente all'ammontare delle risorse destinate ai crediti d'imposta sulla contabilità speciale n. 1778 "Agenzia delle entrate – Fondi di bilancio"»[161].

[159] Cfr. *Ibidem*.
[160] Cfr. *Ibidem*.
[161] Cfr. ESPOSITO, *op. cit.*; PICCIRILLI, *op. cit.*, p. 7685, nt. 21.

Maria Rosaria Piccinni

THE RELATIONSHIP BETWEEN FOOD AND RELIGION IN CHRISTIAN ORTHODOX LAW*

ABSTRACT	
Fasting is an essential aspect of Orthodox Church teachings, being intended as a spiritual preparation to experience a deep communion with God. The rule of fasting, which is dependent on the Church's cyrcle of feasts and fasts, is contained in the Church's Typicon, especially in chapters 32 and 33, and is repeated in the appropriate places of the Divine service books, the Menaia and Triodion. In general, fasting days for orthodox Christians include all Wednesdays and Fridays throughout the years (in remembrance of the betrayal of Christ and of his crucifixion and his death); the four canonical fasting periods are: Great Lent, Nativity fast, Apostles' fast, Dormition Fast and a few special days.	Il digiuno è un aspetto essenziale della pratica liturgica Ortodossa, da intendersi come un periodo di preparazione spirituale ad una profonda comunione con il divino. Le regole alimentari, strettamente legate al calendario liturgico delle festività, sono contenute nel Typicon, specialmente nei capitoli 32 e 33, e nei testi liturgici Menaia e Triodion. In generale, i giorni di digiuno per gli ortodossi sono il mercoledì ed il venerdì, (in ricordo del tradimento di Cristo ad opera di Giuda e della sua crocifissione). I quattro periodi di digiuno canonico sono: la grande Quaresima (in preparazione alla Pasqua), la Quaresima della natività, il digiuno degli Apostoli e della Dormizione. Per ognuno di questi periodi sono previste diverse regole di continenza alimentare, che costituiscono per il fedele un obbligo giuridico.
Orthodox Church - fasting rules - food	**Chiesa Ortodossa - digiuno - alimentazione**

SUMMARY: 1. The ascetic and social meaning of fasting in Orthodox religion. – 2. The origin of dietary rules in liturgical and canonical tradition. – 3. Fasting rules during Lents and penitential periods. – 4. Eucharistic fasting and presanctified liturgy. – 5. Dietary rules in Coptic Orthodox Church. – 6. Summary of food rules in Orthodox Church.

1. At the beginning of Old Testament there is God's command to Adam not to eat the fruit of a certain tree (Gn. 2, 16-17), while in the New Testament Jesus Christ prepares himself for public life with a period of forty

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

days of fasting, in which «he ate nothing» (Luke 4,2)[1]. For this reason Christianism from its origins gave great importance to dietary rules, that are not an act of mortification, but rather tools to invigorate the spirit, fortifying it, and have at the same time a social and communitarian value: these rules, in fact, must be followed not only by individual believers, but by the whole community[2].

Food for Christianism has a relevant importance as a tool of relationship that improve spiritual connection with God: the food sharing has in fact a deep meaning in Christian liturgy, whose founding rite is the Eucharist, that is a meal with the Divine and the spiritual sacrificial action in which the faithful enter into communion with God. Anyway, religious dietary laws and detailed sets of rules that impose prohibitions and fasting, (which often mark the course of religious time and are fundamental to the preparation for celebration of central events in faithful life), have always belonged to the life and practice of the Church, because they respond to the permanent need of Christians to participate in the mystery of Christ through prayer and works.

Fasting from foods is intended as spiritual preparation for an experience of deeper communion with God. Each person is a unity of body and soul.

A right spiritual diet and a discipline of fasting go together and strengthen each other. Prayer benefits not only the soul but also the body, and at the same time fasting from foods benefits not only the body, but also the soul. Fasting and prayer make people more sensitive to God's personal presence.

Fasting in the Orthodox Church is usually considered abstaining from certain foods during specific days or periods: for example, on Wednesdays and Fridays, to commemorate, respectively, Christ's betrayal by Judas Iscariot and his crucifixion. Daily fasting is more rigid for orthodox christians, abstaining from meat (anything with a backbone), dairy products (eggs are in this or the previous category), olive oil, and wine. Are considered foods permitted without restrictions (in greek νηστίσιμα) flour products, legumes, fruits and vegetables.

Fasting for a Christian should be a joyful experience, because fasting is a self-discipline which we voluntarily impose upon ourselves in order to become better persons and better Christians.

Don’t fasting is a sin, because represents the refuse of a practice which is absolutely necessary to a sinful person in his struggle to overcome his sins and to gain the love and communion of God. Spiritual effort presumes that we are in control of our bodies.

---

[1] In Old and New Testament there are many references to the practice of fasting. For a complete analysis see J. F. WIMMER, *Fasting in the New Testament, a Study in biblical Theology*, New York, Paulist Press, 1982.

[2] See C. BENDALY, *Jeûne et oralité: Aspects psychologiques du jeûne orthodoxe et suggestions pour une éventuelle réforme*, in «Revue Française de l'Orthodoxie», 37, (1984), pp. 163-229. The author identifies the origin of fasting rules in the symbolism related to original sin. For this reason abstaining from forbidden food becomes a personal training, which aims to keep men free from material to return to its divine origin.

Beyond this, fasting is the ideal preparation for spiritual celebration, such as a Easter, Christmas, and other Feasts.

Clement of Alexandria argued that religion itself could be considered a form of diet, with the purpose of healing the whole human body and to help men to purify their inner[3], and therefore in Orthodox Church, practice the observance of dietary rules is the prerequisite for a serious spiritual life, as it represents the way in which the body, not separated from the soul, purified through prayer, is preparing for the celebration of the feast, where the Kronos (time considered as a mere succession of events) becomes Kairos (time of salvation and grace in which is realized the full conjunction between the human experience and God).

In Orthodox tradition, fasting are planned on the eve of important holidays (such as the Transfiguration, the Beheading of St. John the Baptist and the Exaltation of the Holy Cross). If the holiday falls on a day of fasting (such as the Feast of the Transfiguration, which falls on August 6, during the period of the Dormition Lent), this rule suffers exceptions. The strict and articulated rules about food, and the role they assume in religious believer life is one element that distinguishes Orthodox Christianity from Catholicism.

Already in the year 867 St. Photius, Patriarch of Constantinople, complained because of deviations from fasting rules made by the Roman Church (as the grant to eat dairy products in the first week of Lent), which constituted a deviation from the practice of the old Church. The difference between the Church of the East and West increased after the schism.[4]

Today's remnants of the old food abstinence in the Roman Catholic Church are limited to prohibition of meat on specific days of Lent.[5]: in Catholic Church, fasting

---

[3] See AA.VV., *Testi dei padri latini, greci e orientali scelti e ordinati per temi*, Roma, Ed. Città Nuova, 1982, vol. V, p. 275.

[4] "To be acceptable to most people, they made the rules of fasting less stringent and granted a certain moral laxity; instead they instituted the fast on Saturday in the church and introduced many new practices. They could not, however, hurt more than they did by preaching the new Western heresy who considered the Holy Spirit as the Son to the Father without the slightest worry of altering the Holy Catholic Creed of Nicaea". See P. POPOVIC, *Vita di San Fozio, Patriarca di Costantinopoli*, in «La Lumiére du Thabor, Revue internationale de théologie orthodoxe», 4, (2002), pp. 37-67.

[5] Catholic Church legislation finds its source in the canon 1249 of the current cjc: «For God's law, all faithful must respect penitence, in their own way; but they may all be joined together by a common observance of penance». This provision concerns the general penitential discipline of the universal Church, that according to can. 1251 and 1253, relies on bishops' conferences. Fasting and abstinence must be observed on Ash Wednesday (or the first Friday of Lent for the Ambrosian rite) and on Friday of the Passion and Death of Our Lord Jesus Christ, and are recommended on Holy Saturday until the Easter Vigil. Abstinence from meat must be observed every Friday during Lent, unless it coincides with a day of solemnity (like 19 or 25 March). In all other Fridays of the year, unless they coincide with a holiday, fasting can be replaced by other activities, as prayer or charity. Fasting rules must be observed by all adult people, until the 60th year began, starting from 14 years of age. Observance fasting law and abstinence can be avoided if there is a right reason, such as health. Moreover, «the pastor, for a cause and in accordance with the provisions of the diocesan bishop, can grant a dispensation from the obligation to observe the day (...) of penance, or imposing other charities. The same can do the superior

practices changed especially after Vatican II: in the post-conciliar reform, in fact, changed the ways to do penance, because of the mutation of social and cultural contexts, and have been highlighted other important practices in Christian life, such as almsgiving, prayer and the regular approach to sacraments[6].

Without considering the excesses of certain groups, like the ascetic encratites[7] (or «self-controlled»), continence food has always been considered, in Eastern Christianity, as a means to establish psycho-physical balance. This doctrine is reflected in monastic Rules and in St. Basil and St. John Cassian comments.[8]

Orthodox Christians live fasting as participation in the paschal mystery of Christ: the event of the death and resurrection of Christ inspired the choice of days and times of fasting.

2. Including people with very different legal traditions, Orthodox Church does not have, differently from Roman Catholic Church, an unified text of canon law. However, there is a rich set of collections of canons, among which emerges the Pedalion of St. Nicodemus the Hagiorite, published in 1800, and the canonical collections of first millennium seven ecumenical councils and the broad collection the Council of Trullo (or Quinisext), which is the oldest codification of canon law orthodox law[9].

For Christians the week, from the beginning, has been characterized by two days of fasting, called "days of station"[10], Wednesdays and Fridays, which from the third century onwards became obligatory fast days[11]. As we read in Decretum Gratiani:

---

of a religious institute or a society of apostolic life, if they are clerical and of pontifical right with regard to his own subjects and "others who live day and night in their house» (can. 1245 cjc). For observance of fasting in Catholic Church, see also CEI, *Il senso cristiano del digiuno e dell'astinenza*, Roma, Ed. Paoline, 1994.

[6] See PAOLO VI, Apostolic Constitution *Paenitemini*, 17 febbraio 1966, II, in «Acta Apostolicae sedis», 58 (1966), p. 184 ; II Vatican Conucil, Contitution *Sacrosanctum Concilium*, n. 110, in «Acta Apostolicae sedis», 56 (1964), p. 99.

[7] The Encratites (people who practice continence), called by Irenaeus of Lyons *'Egkrateîs* and by Clement of Alexandria and Hippolytus of Rome *Egkratetai*, were a gnostic eastern current spread between the late third and early fourth century. They led an austere life by abstaining from wine and meat, and rejecting, as illegal, both marriage and the relationship between spouses. See A. CECCARONI, *Dizionario Ecclesiastico*, Milano, A. Vallardi Editore, 1897.

[8] See G. BEDOUELLE, *Dizionario di Storia della Chiesa*, Bologna, Ed. Studio domenicano, 1994, p. 53

[9] For a more detailed examination of orthodox rules see E. CATTANEO, G. DE SIMONE, C. DELL'OSSO, G. LONGOBARDO, *Patres Ecclesiae, un' introduzione alla teologia dei Padri della Chiesa*, Trapani, Ed. Il Pozzo di Giacobbe, 2008; L. PATSAVOS, *Spiritual Dimensions of the Holy Canons*, New York, Orthodox Press, 2007; P. VISCUSO, *Orthodox Canon Law: A Casebook for Study*, New York, InterOrthodox Press, 2007; H. R. PERCIVAL, *The Seven Ecumenical Councils of the Undivided Church: Their Canons and Dogmatic Decrees, Together with the Canons of All the Local Synods Which Have Received Ecumenical Acceptance*, USA, Eerdmans Publishing Co., 1956. To see all canons of seven ecumenical councils see the website http://aggreen.net/canons/canons.html

[10] See S. FARRUGIA, *Digiuno*, in G. EDWARD, S. FARRUGIA (ed. by), *Dizionario dell'Oriente Cristiano*, Roma, Ed. Orientalia Christiana, 2000, pp. 228-230.

[11] See *Const. Ap*. 5, 14.

«The canons about fasting, Wednesday and Friday, must be observed, except that in case of real need: on Wednesday Judas conceived the betrayal of the Lord, and on Friday the Savior was crucified. And is clear that those who refuse to fast these days, except for a necessity, are betraying the Savior with the traitor or crucifying him with those who crucified him»[12].

Already in the first century. A.D. the Didache stated: «Fasting on the fourth day (Wednesday), and the Preparation Day (Friday)» (VIII, 1) [13].

In St. Hyppolitus Apostolic Tradition,[14] one of the most ancient juridical orthodox sources,[15] there are strict rules regarding how to observe the fast: «The widows and virgins have to fast and pray for the Church, priests when they want, and so the laity. A bishop can not fast except when it is expected, however, if someone offers him something that he can not refuse, in this case the fast is broken and the bishop can eat what is offered».

This rule seems to suggest that primitive Christianity invited to fasting and praying as a general rule, as a general rule, not only for a few days and during particular periods of the year. Otherwise it would seem incongruous that a bishop, who must take care of souls, is allowed to break the fast in order to be polite if someone offers him some food.

In the contemporary Orthodox Church, fasting it is not only related to the preparation for events such as Easter or Christmas, but it is a spiritual aid which disciplines the body and soul and allows the man to approach God.

The importance of these precepts in faith experience is also evident from penalty system that is imposed on the non-observants. According to can. 69 of the Apostolic Constitutions, in fact: «If any Bishop, or Presbyter, or Deacon, or Subdeacon, or Anagnost, or Psalt fails to fast throughout the forty days of Holy Lent, or on Wednesday, or on Friday, let him be deposed from office. Unless he has been prevented

---

[12] See APOLLO MONACO, in RUFINO DI AQUILEIA, *Historia monachorum*, VII. Cfr. *Corpus iuris canonici*, *Decretum Gratiani*, III, 4, 16.

[13] The *Didache* is a collection of uses of the early church starting from the second half of the first century. The text, parts of which constitute the oldest surviving written catechism, has three main sections dealing with Christian ethics, rituals such as baptism and Eucharist, and Church organization. It is considered the first example of the genre of the Church Orders. The work was considered by some of the Church Fathers as part of the New Testament but rejected as spurious or non-canonical by others, eventually not accepted into the New Testament canon. Lost for centuries, a Greek manuscript of the *Didache* was rediscovered in 1873 by Philotheos Bryennios, Metropolitan of Nicomedia in the Codex Hierosolymitanus. A Latin version of the first five chapters was discovered in 1900 by J. Schlecht. The *Didache* is considered part of the category of second-generation Christian writings known as the Apostolic Fathers. See U. MATTIOLI, *Didachè. Dottrina dei dodici apostoli*, Ed. Paoline, Roma, 1984, pp. 96-102; G. VISONÀ, *Didachè, L'insegnamento degli Apostoli*, Roma, Ed. Paoline, 2000.

[14] See HYPPOLITUS OF ROME, *La tradizione apostolica*, Ed. Paoline, 1995, p. 86. Apostolic Tradition of Saint Hyppolitus is a fundamental legal source for the Orthodox religion. Together with the *Didache* is the most important and ancient constitution of the first centuries Church. The first and the second chapter have as unified theme church hierarchy, the third, reserved to the rules of Christian life, concerns various topics including the rules on daily prayer and fasting.

[15] See A. AKAKIOS, *Fasting in the Orthodox Church*, Etna (California), Center for Traditionalist Ed., 1996, p. 5.

from doing so by reason of bodily illness. If, on the other hand, a layman fail to do so. Let him be excommunicated». [16] For this reason, the violation of fasting rules, unless related to the psychological and physical conditions, is considered a "mortal sin".

Equally strict rules are provided for those who fast on Saturday or Sunday: the prohibition of the Sabbath comes from the need to differentiate from the Jews, and that Sunday must be lived as a holiday. This was expressly provided by canon. 55 of Trullo Council, which stated that «if a representative of the clergy will fast on Saturdays or Sundays, will be deposed from his office. If a layman does it, he will be excommunicated». This rules applies in ordinary times of the year, but also during the Lents, when there are more restrictive rules: during Saturday and Sunday of Lent, in fact, except Holy Saturday, which is a day of total fasting, is allowed to consume oil and wine.

It is not allowed, instead, to eat eggs and cheese during Saturday and Sunday of Lent in preparation for Easter (so-called big Lent). Canon 56 of the Council of Trullo, in fact, confirms this rule and invites to the unity of the Churches in the observance of dietary rules, referring to members of the Armenian Church who do not observe this ban[17].

About the duration of fasting, the can. 89 of Council of Trullo also provides that the faithful who observes Lent, must stop fasting on Holy Saturday midnight, in obedience to what is written in Matthew and Luke Gospels, which show that the time of the Resurrection was "the end of Sabbath" (Mt 28: 1) and «the early morning» (Luke 24: 1).

3. We can find the first clear reference to Lent intended as period of forty days in preparation for Easter in the fifth canon of the Council of Nicaea, which, as noted by Bishop Callistus, refers to the practice of Lenten fasting as if it were a practice already consolidated, more that an innovation[18], implying that it is a practice already common for all Christian communities. Starting from this moment, the old fasting period of six days in preparation for Easter [19] is incorporated into the Lenten fast in imitation of the fast of Christ, imposed to those who aspired to baptism and who administrated it[20].

This model of fasting, established in the fourth century, consists of a few days of abstinence from certain foods, followed by other days of total fasting. It is still observed in Orthodox Church, which has four Lents: the Advent, Great Lent (in preparation for

[16] See S. NICODEMO AGIRITA, *Concerning fasting on wednesday and Friday, an excerpt from Exomologetarion (Manual of confession)*, Thessalonica, Uncut Mountain Press, 2006, consultabile sul sito www. Orthodoxinfo.com/praxis/exo-fasting.asp.

[17] See G. NEDUNGATT, M. FEATHERSTONE, *The Council in Trullo Revisited*, Chicago, Oriental Institute Press, p. 370. Trullo Council canons are also available on the website http:/www.intratext.com/X/ENG0835.HTM

[18] CFR. A. AKAKIOS, *Fasting in the Orthodox Church*, op. cit., p. 19.

[19] See ATANASIO DI ALESSANDRIA, *Ep*. 1, 10.

[20] This is affirmed in Didachè, 7, 4, and in Apostolic Tradition of Saint Ippolitus of Rome, 20.

Easter) the Fast of the Apostles and of the Dormition. The obligation to observe abstinence from meat, dairy and fish with the possibility of consuming wine and oil, also exists in a few days of celebration, as the Exaltation of the Cross (September 14) and the Beheading of St. John the Baptist (August 29).

Fasting periods related to the Four Lents are variable, being closely linked to the cycle of festivities: its discipline is contained in Typicon [21], particularly in chapter 32 e 33, and in Liturgical text Triodion[22]. Great Lent is the longest and strictest fasting season of the year: the preparation period, as envisaged in the Triodion, starts ten weeks before Easter. Three weeks of preparation, and six of Lent itself, to which follows the start of Holy Week. In the week before the Great Lent, that is called "week of dairy products", meat and dairy products are forbidden, but eggs and dairy products are also allowed on Wednesdays and Fridays. In the first week of Lent we provide two meals a day during the first five days, that on Wednesdays and Fridays are consumed after the Liturgy of the Presanctified[23], avoiding meat and dairy products, eggs, dairy products, fish, wine and oil.

Saturday of the first week begins the observance of usual rules for Saturdays and Sundays of Lent: are avoided daily meat and meat products, eggs, dairy products, fish, wine and oil, except Saturdays and Sundays from the second to the sixth week Lent, where wine and oil are allowed.

Fish, oil and wine are also allowed on the Feast of the Annunciation (March 25) and Palm Sunday. The evening of Holy Thursday is ideally the last meal before Easter, when is allowed to consume wine and oil, before the fast of the Great Friday, which is the more rigid of the year, and ends on Saturday night after the resurrection, or after the Divine Liturgy of Easter.

The first text that established the fasting in preparation for Easter is Apostolic Tradition of St. Hippolytus, who is the oldest canonical collection after the Didache: «No one can eat before Easter. Pregnant women or sick people who can not fast for two days, have only to fast on Saturday, according to their means, feeding on bread and

[21] The Typicon is a collection of rules concerning life and liturgical ceremonies. Every church had its own main Typicon, but the most common is that of Jerusalem, written by St. Sabas (439-532). The Typicon of San Saba was destroyed during the destruction and desecration of the monasteries of Palestine, and was taken up by St. Sophronios, Patriarch of Jerusalem (550-638), which assembled and reconstituted it. Some changes were made by the Church of Constantinople in the nineteenth century to accommodate the harsh rules of monastic life, still observed in the Greek monasteries, and by secular clergy. Despite these changes, however, the basic statutes of the Orthodox churches are the same in accordance with the Typicon of Saint Saba.

[22] The Triodion (Τριῴδιον κατανυκτικόν) is a liturgical text that contains the discipline that the church observed during Lent in preparation for Easter. See K. WARE, *The Lenten Triodion translated from the original Greek*, London, Faber, 1978, p. 30.

[23] Liturgy of the Presanctified is celebrated on Wednesdays and Fridays of Lent and during the first three days of Holy Week. It consists essentially in the office of Vespers to which is added the Eucharistic liturgy, with the exception of the consecration which occurs earlier. See C. GIRAUDO (ed. by), *Liturgia e spiritualità nell'Oriente cristiano*, Roma, Ed. San Paolo, 1997.

water».[24] From this citation it is clear that fasting in preparation for Easter consisted of two days of total abstinence from food, with an exception for pregnant women and ill people, who could eat bread and water[25]. In another legal source of Syrian origin, dating from the third century, the Apostolic Constitutions, we find confirmation of this principle in addition to other rules about food restrictions to be observed in the four days preceding the Friday and Saturday before Easter, and that regard total abstinence from food: «fasting begins from Monday until Friday before Easter; in these days it is allowed to eat bread, water and vegetables. Those who are able, must observe complete fasts on Fridays and Saturdays until midnight, and who can not fast, at least must observe the fast of the Saturday before Easter. God said that when the bridegroom will be taken away, in those days faithful should fast». [26]

From the fourth century onwards, rules on fasting in preparation for Easter have been modified, with reference to way of observance and duration of fasting periods in long-term. Have been established rules based more on the limitation of certain foods that on total deprivation.

Fasting rules, very strict during the Great Lent and Lent of the Dormition (wine and oil are allowed only on Saturdays and Sundays, except for a few holidays and eves), are less restrictive, but equally rigorous during the Fasting Nativity and the Fast of the Apostles, which are regulated by law, is to lay people who for religious in chapter 33 of Typicon: «It should be noted that in the Fast of the Holy Apostles and of the Nativity of Christ, on Tuesday and Thursday we do not eat fish, but only oil or wine. On Monday, Wednesday and Friday, we eat neither oil nor wine…. On Saturday and Sunday we eat fish. If will occur on Tuesday or Thursday a Saint who has a [Great] Doxology, we eat fish; if on Monday, the same; but if on Wednesday or Friday, we allow only oil and wine…. If a Saint who has a Vigil on Wednesday or Friday, we allow oil and wine and fish…. But from the 20th of December until the 25th, even if it be Saturday or Sunday, we do not allow fish».

And, in chapter 34: «During fasting before the holidays of the Holy Apostles and the Nativity of Christ, the fish can be eaten on Saturdays and Sundays. However, lay

[24] G. J. CUMMING, *Hippolytus: A Text for Students*, Bolton Abbey, Grove Books, 1976, p. 26.

[25] Are completely exempted from the obligation of fasting the weak people, like pregnant women, old and ill people. This was repeatedly and clearly emphasized by the Fathers of the Church, as John Chrysostom, who in his Homilies on Genesis says: «If there is anyone here who can not fast for physical weakness, can not be deprived of the meal. I urge you to cure this weakness organic, but not for this is lack of spiritual doctrine, but you will spend with greater commitment. (...) Therefore, those who can not fast, should do most abundant, fervent prayers, with the alacrity in listening to the word of God». See. AA.VV, *Testi dei pardi latini, greci e orientali scelti e ordinati per temi*, Roma, Ed. Città Nuova, vol. III, p. 173. Also Cyril of Jerusalem in his *Catechesi*, 4, 26-27, exhorted «not to despise those who because of the weakness of their bodies eat, nor to blame those who drink wine because of the frequent diseases».

[26] See A. SCHEMEMANN, *La Grande Quaresima. Ascesi e liturgia nella Chiesa Ortodossa*, Genova, Ed. Marietti, 1986.

people can eat it on Tuesday and Thursday and at the weekend, sometimes twice a day». [27]

The rules about food in Orthodox religion, as we have seen from this brief discussion, consists of restrictions particularly hard and prolonged (over 210 days of the year are burdened with food limitations), whose strict compliance may in some cases influence health of the faithful. For this reason, especially in places with cold climates, (think for example to Russian winters), and in contexts where it is also objectively difficult to find alternative food to ensure proper nutrition, the application of food rules, despite its universal validity, can be mitigated by the spiritual fathers who may, without altering the essence of the precept, modify its application in relation to specific cases.[28]

4. A particular form of fasting, as well as those related to penitential periods and in preparation for the celebrations, is Eucharistic fasting, which must be followed before receiving Eucharist. From the beginning of the Church Eucharist requires an appropriate period of preparation and purification, representing the presence of the divine in human experience. Eucharistic fasting is a precept that has ancient origins whose traces can be found already in third and fourth centuries writings[29], as Saint Hyppolitus Apostolic Tradition[30] and Saint Augustine letters[31]. Fasting is a practice that is provided for all the sacraments: the Didache states that to be baptized must be observed fasting (VII, 4) and during Council of Trullo, in can. 39, it was determined that the priests should be fasting before giving any sacrament. As St. John Chrysostom writes: «Who wants to approach this divine altar, must do it with fear and trembling, with a clean conscience and fasting»[32].

Fasting was initially considered so restrictive to be considered violated even after drinking a sip of water, and some Fathers of the Church also recommended to extend

---

[27] See S. ROSE, *The rule of fasting in the Orthodox church*, in http://www.orthodoxinfo.com/praxis/father-seraphim-rose-fasting-rules.aspx.

[28] See A. DUNCAN, *Fasting guidelines during Great Lent*, in http://www.orthodox.net/articles/fastrule.html.

[29] See II Braga Council (572), can. X; Auxerre Council (578), can. XIX; II Macon Council (585), can. VI; VII Toledo Council (646), can. II.

[30] See HYPPOLITUS, *Traditio apostolica*, XXXVII.

[31] «As they were eating, Jesus took bread and blessed it; taken in connection with the words in the preceding context, and it is clear that when the disciples first received the body and blood of the Lord, they had not been fasting. Must we therefore censure the universal Church because the sacrament is everywhere partaken of by persons fasting? Nay, verily, for from that time it pleased the Holy Spirit to appoint, for the honor of so great a sacrament, that the body of the Lord should take the precedence of all other food entering the mouth of a Christian; and it is for this reason that the custom referred to is universally observed. For the fact that the Lord instituted the sacrament after other food had been partaken of, does not prove that brethren should come together to partake of that sacrament after having dined or supped, or imitate those whom the apostle reproved and corrected for not distinguishing between the Lord's Supper and an ordinary meal». S.AUGUSTINE, *Epistulae*, LIV, 6 (7,8).

[32] J. CHRYSOSTOM, Sermo *In diem Natalem Domini Nostri Iesu Christi*, I.

the fasting for a few hours after receiving the sacrament of the Eucharist. It 's always been uniformly intended Eucharistic fast as total abstinence from all food and drink: the first to allow water, saying that water doesn't break the fast, was Pope Pius XII in 1953, with the Constitution Christus Dominus[33]. Until the pontificate of Pope Pius XII the Eucharistic fast started at midnight. Pope Pius reduced it to three hours[34], and after Vatican II, Pope Paul VI reduced it to one hour[35]. The current Code of Canon Law states, can. 919, that «One who is to receive the Most Holy Eucharist is to abstain from any food or drink, with the exception only of water and medicine, for at least the period of one hour before Holy Communion. A priest who celebrates the Most Holy Eucharist two or three times on the same day may take something before the second or third celebration even if the period of one hour does not intervene. Those who are advanced in age or who suffer from any infirmity, as well as those who take care of them, can receive the Most Holy Eucharist even if they have taken something during the previous hour». Differently, in Orthodox Church, Eucharistic Fast involves total abstinence from any food or drink in the morning prior to receiving the Eucharist. If therefore, someone keeps the Eucharistic Fast, and there exists no moral reason to stay away from Chalice, is obligated to come forward and receive Christ as He is offered at the liturgy[36].

Particular rules are provided for Holy Liturgy of Presanctified Gifts. As the name suggest, is a liturgical service on the weekdays of Great Lent where communion is received from Gifts (Body and Blood of Christ) that are sanctified (consecrated) in advance; this Divine Liturgy has no anaphora (eucharistic prayer). Traditionally his institution is attributed to Pope Gregory the Great and in Catholic Church is preserved in similar form in the liturgy of Holy Friday.

In accordance with canon 62 of the Council of Trullo, it is celebrated «in all the days of holy Lent fasts», although according to an consolidated practice, is celebrated only on Wednesdays and Fridays during the six weeks of Lent, the Thursday of the Fifth Week (the Great Canon), the Great Monday, Great Tuesday and Big Wednesday, and on the anniversary of Saint Caralampus (10 February), the First and Second Finding of the Head of St. John the Forerunner (24 february)[37], the Feast of Forty

[33] PIUS XII, Cost. Apostolica *Christus Dominus*, 6 january 1953, in «Acta Apostolicae Sedis», (1953), pp. 15-24.
[34] PIUS XII, Motu proprio *Sacram Comunionem*, 19 march 1957, in «Acta Apostolicae Sedis», (1957), pp. 177-178.
[35] PAUL VI, Rescriptus *Attentis multarum de tempore eucaristici ieunii servandi*, 21 november 1964, in «Enchiridion Vaticanum», (1964), pp. 40-41.
[36] See D. TESSORE, *Il digiuno*, Roma, Ed. Città Nuova, 2006.
[37] Orthodox Church celebrates the Feast of the First and Second Miraculous Finding of the Head of St. John the Baptist on March 8 (i.e. February 24 on the Old Calendar). After the Beheading of the Prophet, Forerunner and Baptist John (August 29), his body was buried by disciples in the Samarian city of Sebaste, and his head was hidden by Herodias in an unclean place. St Joanna (June 27), the wife of King Herod's steward Chuza (Luke 8:3), secretly took the head and placed it into a vessel and buried it on the Mount of Olives in one of Herod's properties. During the days of St Constantine the Great (May 21), St.

Martyrs (March 9) and possibly on the days dedicated to other Saints commemorated in liturgical calendar, whose feast does not fall on Saturday or Sunday.

The Liturgy of the Presanctified Gifts is a special rite of communion of the Eucharistic gifts already consecrated and is celebrated in the evening, so that believers may receive Eucharist after a longer fasting. This liturgy is joined to the Vespers, to be accomplished in the evening; however, fasting until 18.00 or 19.00 in the evening, can be difficult for most of the faithful. For these reasons, Church introduced some special rules for determining the length of fasting before communion, without abolishing the rule of fasting and the tradition of celebrating liturgy in the evening[38].

To better understand the nature of the Eucharistic fast, it should be clarified the distinction between two different ways of fasting, both rooted in Tradition and the Scriptures, which correspond to two distinct needs: the first is a total fast, which is a complete abstinence from food and drink, while the second can be defined ascetic fasting, and is an abstinence from certain foods. The total fast, for obvious reasons of survival, has short duration and generally is limited to a day or even just a part of it.

In Orthodox tradition the total fast is the final preparation for a great feast, as the eve of Christmas and Epiphany, and, above all, before the Eucharist, is a necessary condition to receive Holy Communion.

Ascetic fasting aims to free man from dependence on material needs and strengthen its spiritual dimension, based on the example of Christ. The canons that forbid fasting on Sunday, remember that Sunday is a break in the time of repentance and purification to enter a dimension of grace and joy.

5. Partially different are dietary rules practiced by Coptic Christians who belong to Orthodox Church of Alexandria and who follow Coptic calendar identifying periods of fasting and respecting prescriptions different from other Christian communities.

Copts fast for more than 210 days a year, during which it is forbidden to eat any type of animal products (meat, poultry, fish, milk, eggs, butter etc.) and drinks, from sunrise to sunset. These are very strict rules, but is possible to do exceptions in order to safeguard particular health conditions.

Lent, considered "the Great Fast", begins with fasting from the pre-Lent week (or preparatory week), followed by a 40-day of fast in memory of the 40 days spent by Christ on the mountain. Two weeks before Lent, in Orthodox liturgical calendar there three days called the "Fast of Nineveh", of total abstention from food and drink from midnight to noon. It commemorates the three days that the people of Nineveh fasted in repentance, after Jonah the Prophet's call for them to repent. For Christians, these 3 days are a direct parallel of and a prophecy about the three days that Christ spent in the

---

John the Baptist appeared twice to two monks journeying to Jerusalem on pilgrimage to the holy places, and he revealed the location of his venerable head.

[38] See P. A. SCHMEMANN, *Great Lent*, New York, St. Vladimir's Seminary Press, 2002.

tomb, just like the 3 days Jonah the Prophet spent in the belly of the fish[39]. The fast of Nineveh begins on a Monday, two weeks before the Monday that marks the beginning of the Great Lent. After these three days there is allowed to eat, but excluding foods and animal condiments.

This fast, taken over from Syriac tradition at the time of the Syriac Patriarch Abraham, (patriarch of Alessandra from 975 to 979), begins on Monday, two weeks before the Monday of Lent, and is observed by most of Copts. The fourth day (Thursday) is celebrated the feast of the prophet Jonah, the "Easter Jonah" commemorating his liberation from the belly of the whale[40].

In Coptic Orthodox Church, Great Lent (al-al-arba'in muqaddasa) or the Great Fast (al-sawm al-kabir) is therefore divided into four phases: the first week is called Week of Heraclius[41], the second period Holy Quarantine, which initially followed the feast of Theophany, beginning on 12 tuba (20 January), the day after Epiphany, and ended on 22 amshir (March 1). Christians then celebrated the "Fasting Easter", or the end of the Great Quarantine. Easter (Resurrection of Christ) was preceded by six days of fasting, coinciding with Holy Week. Under the government of Athanasius of Alexandria, around 330, Holy Quarantine was joined to the Holy Week, making it one only period in preparation for Easter.

Great Lent, therefore, lasts from Monday of the first (or second) week until the fifth (or sixth) Fridays of Lent, called "Friday of fasting seal" (Gum'at Khitam al-sawm) or "Friday the Qandil" (al-Gum'at Qandil).

The Great Quarantine and the Great Holy Week are separated by two days: Saturday of Lazarus and Palm Sunday, before entering the last period of fasting that includes the six days of Holy Week, from Monday to Holy Saturday, said Saturday of lights, the Saturday during which is expected fasting. During Great Lent are avoided marriages and suppressed the festivities, except two: the feast of the Holy Cross on 10 baramhat (March 19) and the Annunciation, on 29 baramhat (April 7).

With reference to dietary laws, during this period in not allowed food until noon (time of the Crucifixion), or until three in the afternoon (time of Christ's death), or even until sunset (time of deposition of the Lord in tomb). It is a strict fasting, called the

---

[39] See JONAH, 3,1.

[40] V. IANARI (ed. by), *I cristiani d'Egitto nella vita e negli scritti di Matta el Meskin*, Brescia, Morcelliniana, 2013.

[41]The preparation week was originally called the week of Heraclius. According to the history of the Patriarchs, in the year 613 Heraclius the Roman Emperor was besieged in Constantinople by Kessra the king of Persia. After six years he went to Persia, killed its people and defeated the army of Kessra ending the siege of his own country. When he entered Jerusalem he found it desolate. Christians of Jerusalem asked Heraclius for his protection and help in order to kill the Jews and promised that they and all Christians in all countries would fast for him for a whole week every year to the end of the ages. Heraclius accepted their offer and ordered them to kill all the Jews. The patriarchs and the bishops wrote to all the countries declaring that week of fast to be the first week of fasting before the Holy Forty days. Pope Andronicus the 37th Patriarch of Alexandria acknowledged this request and so the week of Heraclius was instituted in Coptic church. It is preparation for the holy forty days of the Great Fast.

"first degree" because it is forbidden to eat meat, fish and dairy products (eggs, dairy products, honey, etc.). Allowed food is called siyami (from «siyam», Arabic for fast), while forbidden food is called fitari (from "fitar" in Arabic)[42].

Another fasting period is the Nativity Fast (Advent or Winter Lent), the 40 days before the Nativity of Christ (Christmas) on 29 Koiak (January 7, which also falls on 28 Koiak in leap years). This 40 days correspond to the 40 days that the Prophet Moses fasted on the mountain, before receiving the Ten Commandments from God, considered the word of God. Christ is considered the living word of Word of God. For this reason, in coptic church, Christians fast those 40 days in preparation of receiving the Word of God at the Feast of the Nativity[43]. Other three days were added at the beginning of the 40 days of Advent during the 10th century AD to commemorate the three days that the copts fasted before God awarded them the miracle of moving the Mokattam Mountain, which lies within a suburb of Cairo on the hands of Saint Simon the Tanner during the ruling of the Muslim Fatimid Caliph Al-Muizz Li-Deenillah[44]. Thus, the fast of Advent begins on 16 Hathor (November 25, which also falls on 15 Hathor in leap years). The three added days are considered a separate fast rather than part of the fast of Advent.

Prescriptions for the Fast of the Apostles and the Dormition don't differ from rules observed by other Orthodox Churches. Others fasting periods observed by Coptic Orthodox Church are those that precede the Nativity (Paramon) and Theophany (Epiphany), where must be observed a completely vegan diet in preparation for the festivities: if the holidays fall on Tuesdays, Wednesdays Thursday or Saturday, fasting is observed on the day immediately preceding.

Otherwise, if the holiday falls on Sunday or Monday, pre-holiday fasting is observed as ordinary Friday fasting. So, on Saturday and Sunday, can be followed

---

[42] See G. VIAUD, *La liturgie des Coptes d'Egypte*, Parigi, Librerie d'Amerique et d'Orient, 1978, pp. 25-69.

[43] See M. KUNZLER, *La liturgia della Chiesa*, Milano, Jaka Book, 2003, p. 520 ss.

[44] According to a traditional story, Caliph al-Muizz, who reigned during 972-975, used to invite religious leaders to debate in his presence. In one of those meetings in which the patriarch Abraham, also known as Pope Abraam, and a Jew named Yaqub ibn Killis (and in another account of this story was known as Moses) were present, Ibn Killis quoted the verse where Jesus Christ said in Gospel of Matthew, replied: «Truly I tell you, if you have faith as small as a mustard seed, you can say to this mountain, 'Move from here to there,' and it will move. Nothing will be impossible for you». (Matthew 17:20), and demanded that the Pope prove that his religion is right by means of this. Abraam answered yes and the caliph demanded that this very miracle be performed by Abraham's hand or else he and all the Copts would be killed by the hand of the sword. It was then after hearing this that the patriarch asked for three days to complete the miracle. St. Simon the Shoemaker (10th century A.D.), also known as Simon the Tanner (Sama'an el-Dabbagh in Arabic), is the Coptic Orthodox saint associated with the great miracle of moving the Mokattam (Muqattam) Mountain in Cairo, Egypt, during the ruling of the Muslim Fatimid Caliph Al-Muizz. C. TAMAGNO, *Mokattam, la montagna del santo conciatore*, in www.terrasanta.net , 22 november 2010; J. A. LOUBSER, *How Al-Mokattam Mountain was moved*, in G.O. WEST-M.W. DUBE (ed. by), *The Bible in Africa*, Leiden, Brill, 2000, p. 107.

regular diet (this is because the general rule for the Orthodox Churches, as mentioned above forbids fasting on Saturdays and Sundays).

Finally, if the feast falls on Friday, pre-holiday fasting is the sum of the ordinary Wednesday and the day before the feast, so the days of fasting become two.

Then there are seven days in the year where it is forbidden to fast, even on Wednesday and Friday: these are the seven days between Easter and Pentecost, considered holidays because of the Resurrection of Christ.

Regarding Eucharistic fast, like other Orthodox Churches, Coptic Orthodox Christians who wish to keep Eucharist must avoid eating any food in the nine hours before or from midnight of the day before[45].

SUMMARY OF FOOD RULES IN ORTHODOX CHURCH:

FASTING PERIODS	**MEAT** *Beef, swine, sheep, poultry, eggs*	**DAIRY PRODUCTS** *Milk, cheese, butter, yogurt, cream, etc.*	**FISH** *Every kind of fish with bones* *(allowed crustaceans and shellfish)*	**WINE** *Wine, beer and alcoholic drinks* *(Allowed on Saturdays and Sundays)*	**OIL** *Olive oil and other vegetable oils* *(Allowed on Saturdays and Sundays)*
Nativity Fast From 15 november to 24 december	Forbidden	Forbidden	Allowed on Sundays until December 20	Allowed on Tuesday and Thursday until 20 December	Allowed on Tuesdays and Thursdays until 20 December
Great Lent **And Holy Week**	Forbidden	Forbidden	Allowed on the Feast of the Annunciation and Palm Sunday	Allowed on the Feast of Annunciation and holy Thursday	Allowed on the Feast of Annunciation and holy Thursday

[45] B. ANGAELOS, *The Altar in the Midts of Egypt*, Coptic Orthodox Church, Stevenage, U.K., 2000.

Fast of the Apostles From Sunday of All Saints Feast to 28 June;	Forbidden	Forbidden	Allowed on Saturday and Sunday	Allowed on Saturday and Sunday	Allowed on Saturday and Sunday
Fasting of Dormition from 1 to 15 August	Forbidden	Forbidden	Allowed on the Feast of the Transfiguration	Allowed on the Feast of the Transfiguration	Allowed on the Feast of the Transfiguration (6 august)
Hebdomadarius fasting	Forbidden	Forbidden	Forbidden	Forbidden	Forbidden

Angelica Riccardi

IL REPÊCHAGE DEL LAVORATORE DISABILE NELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA DI LICENZIAMENTO*

ABSTRACT	
Il saggio analizza la fattispecie del licenziamento del lavoratore disabile, ponendo in diretto dialogo la legislazione di recente intervenuta in materia di licenziamenti (l. n. 92/2012, d.lgs. n. 23/2015) con la speciale regolazione stabilita per questo tipo di lavoratori (l. n. 68/1999) Sono evidenziati i "limiti di sistema" che quest'ultima normativa pone per la risoluzione del rapporto in caso di invalidità originaria o sopravvenuta, e in particolare l'obbligo di adibizione del lavoratore a mansioni diverse che rappresenta il presupposto di legittimità del recesso datoriale.	The paper analyzes the case of dismissal for disabled workers, by setting the recently reformed legislation on dismissal (Law 92/2012, Legislative Decree. 23/2015) against the special regulation established for this type of workers (Law 68/1999). The Author highlights the "system boundaries" that the latter poses for the employment dissolution in the event of original or supervening disability, and in particular the obligation for the employer to assign the worker a different job, which represents the prerequisite of the legitimacy of the contract termination.
Lavoratori disabili - Licenziamenti - Repêchage	**Workers with disabilities - Dismissal - Repêchage**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La Legge n. 92/2012. – 3. Il Decreto Legislativo n. 23/2015. – 4. Il richiamo alla Legge n. 68/1999. - 4.1. (segue) l'art. 4, co. 4. – 4.2. (segue) l'art. 10, co. 3.

1. I valori e principi costituzionali che vengono in rilievo nel lavoro dei soggetti disabili[1] rappresentano un limite alla involuzione verso tecniche risarcitorie[2] che ha

---

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

[1] Su questi profili si veda L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.* (2007), pp. 620 ss.

[2] Sui meccanismi di reazione a licenziamenti ingiustificati si gioca un vero e proprio scontro ideologico che involge grandi temi quali la primazia del tipo di tutela (la collisione tra la tradizione millenaria della *condemnatio pecuniaria* e la nuova tensione dell'ordinamento verso la protezione specifica); il principio di effettività della tutela, segnatamente in relazione a diritti costituzionalmente garantiti come quelli immanenti alla implicazione della persona del lavoratore nel rapporto; la specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile (rivendicata per avallare un sistema deviante rispetto ai principi generali della responsabilità contrattuale); e, ultimo ma non da ultimo, il dogma dell'intangibilità dei poteri imprenditoriali (che viene in rilievo come argomento ostativo ad una ordinarietà della tutela reale). Su questi temi sia consentito il rinvio, anche per i necessari riferimenti

marcato in generale la legislazione degli ultimi anni in materia di licenziamento, limite che ha determinato la conservazione del pregresso regime di tutela reintegratoria per il recesso che riguardi questi soggetti. La frammentazione al ribasso dello statuto protettivo dei lavoratori avverso licenziamenti illegittimi consumata nel nome della falsante equazione "più flessibilizzazione, più occupazione" da questa legislazione[3] – che ha portato a un generalizzato *décalage* del tipo di tutela precedentemente previsto – si è arrestata infatti solo davanti a poche eccezioni, tra cui appunto quella in esame.

2. Una tutela di tipo reintegratorio, sebbene attenuata, è stabilita dalla L. n. 92/2012[4], che ha previsto all'art. 1, co. 42, lett. b[5], per il caso di «difetto di giustificazione del

---

bibliografici, a A. RICCARDI, *Tutela reale versus tutela obbligatoria tra ideologia e tecnica*, in *Arg. dir. lav.* (2007), pp. 1282 ss.

[3] All'interno di queste coordinate si è mossa prima la L. n. 92/2012 (v. in tema V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 165/2012* (2012), pp. 1 ss.; C. DELL'ARINGA, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 42 ss.); poi il D.Lgs. n. 23/2015, le cui matrici ideologiche proto-liberistiche sono chiaramente evidenziale da V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 233/2014* (2014), pp. 8 ss.: «soltanto la subalternità culturale ad un'ideologia pervasiva (la *job employment protection* è causa di disoccupazione) e lo scambio tra flessibilità del lavoro e quella dei vincoli di bilancio possono giustificare scelte che, alla luce della dinamica effettiva del nostro mercato del lavoro, non dovrebbero essere adottate».

In realtà l'equazione in esame non regge alla verifica di una seria analisi economica, dato che è stata negata da vari studi la correlazione non solo tra flessibilizzazione della disciplina del lavoro e crescita dei livelli occupazionali (vedi, anche per i necessari riferimenti bibliografici, E. REYNERI, *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2011; V. PERAGINE, E. FABRIZI, M. RAITANO, *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 9*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 49 ss.), ma anche tra flessibilizzazione e aumento della competitività delle imprese (S. SPALLINI, *I contratti di lavoro flessibile nelle scelte strategiche ed operative delle imprese*, in M.G. GAROFALO, G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 21 ss.).

[4] Sui differenti regimi di tutela introdotti dalla L. n. 92/2012 si richiamano, oltre gli studi citati alla nota 10, T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 22 ss.; C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano, Ipsoa, 2012, pp. 33 ss.; A. PERULLI, *Atto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.* (2012), 4/5, pp. 785 ss.

Sull'applicazione giudiziale della disciplina introdotta da questa normativa v. C. GIORGIANTONIO, *Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 210/2014* (2014), pp. 1 ss.

Per un confronto con la legislazione degli altri Paesi in tema di licenziamento cfr G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.* (2012), pp. 643 ss.; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.* (2012), pp. 591 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al*

licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore», la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento di «un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione», con un limite massimo alla misura di tale indennità fissato in dodici mensilità della retribuzione globale di fatto[6].

Sul piano rimediale le ipotesi di licenziamento in esame sono assimilate a quelle di non ricorrenza degli «estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» (art. 18, co. 4, Statuto)[7], differenziando così il trattamento dei casi di inidoneità del lavoratore dalle altre ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo[8].

La "separazione" a livello sanzionatorio del licenziamento per inidoneità del lavoratore dalle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo alle quali appartiene è probabilmente da ricondurre alla scelta della L. n. 92/2012 di provvedere questi soggetti di una protezione più forte rispetto a quella risarcitoria prevista per tali fattispecie, sebbene si sia rilevato che anche nel caso del regime stabilito dall'art. 18, co. 4, Statuto, non possa parlarsi di tutela reintegratoria in senso proprio stante la limitazione stabilita alla misura dell'indennità risarcitoria e quindi il mancato

---

tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto, in *Dir. lav. rel. ind.* (2012), pp. 527 ss.

[5] Che ha inserito all'art. 18 dello Statuto il comma 7.

[6] La norma è poi completata dalla previsione per cui «Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro».

[7] Su questa tipologia di recessi, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 337 ss.

[8] Per le ipotesi in esame la L. n. 92/2012 (art. 18, co. 5, Statuto) prevede il «pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», in relazione ad una serie di parametri (anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti).

«ripristino dello stato di fatto che si sarebbe prodotto in assenza del licenziamento illegittimo»[9].

3. Il legislatore del 2015, sebbene nell'operazione di abbattimento delle tutele avverso licenziamenti illegittimi abbia seguito il percorso tracciato da quello del 2012[10], ha stabilito per questa fattispecie una protezione più adeguata[11].

Il regime di tutela è infatti riportato a quello reintegratorio c.d. pieno dal D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, che all'art. 2, co. 4, prevede l'applicazione della disciplina stabilita per i casi di licenziamento discriminatorio o nullo – *id est* la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e la condanna del datore di lavoro a un risarcimento commisurato all'ultima retribuzione per il periodo che va dal licenziamento all'effettiva reintegrazione – «anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore,

---

[9] M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 20 ss. *Contra* O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 159/2012* (2012), p. 238, secondo cui si tratta di tutela «pur sempre reintegratoria, ma con una ricostruzione solo parziale della continuità del rapporto».

[10] Il D.Lgs. n. 23/2015 porta a compimento lo "sgretolamento" del principio della reintegrazione avviato dalla L. n. 92/2012, che ha determinato lo spostamento dell'asse della tutela verso il regime risarcitorio (in tema M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 3 ss.; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.* (2012), 6, pp. 540 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.* (2012), I, pp. 437 ss.; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori - Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano"* - Pescara, 11 e 12 maggio 2012, in *www.pietroichino.it*, pp. 9 ss.; BARBIERI, *op. cit.*, pp. 9 ss.).
L'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015 riprende infatti in linea di massima i contenuti dell'art. 1, co. 42, lett. b, L. n. 92/2012, sia con riguardo alle ipotesi di licenziamento contemplate sia con riguardo al regime rimediale stabilito.
Sul nuovo decreto vedi i contributi raccolti in *www.dirittisocialiecittadinanza.org* (in particolare U. ROMAGNOLI, *La legge degli inganni*; L. MARIUCCI, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*; P. ALLEVA, *I licenziamenti nel Jobs Act e l'emendamento governativo*; A. BELLAVISTA, *La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali*).

[11] Gli spazi per tale intervento del legislatore delegato erano stati negati da SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 30, che, in considerazione del disposto dell'art. 1, co. 7, lett. c, della L. n. 183/2014 («previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato»), aveva sostenuto che una eventuale regolazione in materia di recesso per giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica del lavoratore sarebbe stata «totalmente estranea alla delega […] e in contrasto con la "*ratio*" e gli "indirizzi generali" della legge delega».

anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68»[12].

Per le ipotesi di licenziamento di cui all'art. 2, co. 4, D.Lgs. n. 23/2015, trova così applicazione il regime rimediale della tutela reintegratoria c.d piena: la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro; il risarcimento del danno subito per il licenziamento illegittimo, con «un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative», di misura comunque non inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento; il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per il medesimo periodo.

Trova poi applicazione, in virtù della generalità del richiamo contenuto nel comma 4, la disciplina stabilita dalla norma per il caso di mancata ripresa di servizio del lavoratore entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, in base alla quale il rapporto di lavoro si intende risolto (salvo il caso in cui il soggetto abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3); nonché la previsione relativa alla facoltà del lavoratore, fermo restando il diritto al risarcimento, di chiedere al datore di lavoro, «in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», richiesta che parimenti determina la risoluzione del rapporto di lavoro[13].

Anche in quest'ultima normativa si ha dunque la separazione sul piano rimediale tra le ipotesi di difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità del lavoratore e le ulteriori ipotesi di recesso per giustificato motivo oggettivo[14] già operata dalla L. n. 92/2012, ed analoga è la *ratio* sottesa a tale scelta.

---

[12] Sottolinea la diversa dizione della norma rispetto a quella regolata dalla L. n. 92/2012, che fa riferimento alla "inidoneità" del lavoratore, R. VOZA, *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in *Arg. Dir. Lav.* (2015), pp. 771 ss., anche per limitare l'area di applicazione della tutela antidiscriminatoria (in tema v. anche GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it – 261/2015* (2015), pp. 5 ss.).

[13] La norma specifica che tale indennità non è assoggettata a contribuzione previdenziale e che «la richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione».

[14] Per queste ipotesi il D.Lgs. n. 23/2015 stabilisce, all'art. 3, co. 1: «Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

4. Entrambe le normative contengono un espresso richiamo alla speciale legislazione in materia di lavoratori disabili: la "fattispecie" individuata è quella del difetto di giustificazione «per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore» (art. 1, co. 42, lett. b, L. n. 92/2012) e «per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore» (art. 2, co. 4, D.Lgs. n. 23/2015), che trova espressa – sebbene non esclusiva – specificazione nel richiamo alla Legge 12 marzo 1999, n. 68.

Le fattispecie di cui alla L. n. 68/1999 richiamate in queste norme – e nella specie il licenziamento intimato «anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68» sono configurate come non esaustive delle ipotesi di licenziamento di lavoratore inidoneo o disabile[15].

Le norme a cui è fatto riferimento stabiliscono una speciale disciplina per il recesso che interessi particolari categorie di lavoratori[16], nel quadro di un più generale sistema di tutela in cui convergono, oltre che profili privatistici, riguardanti la «tutela del disabile nel rapporto», profili pubblicistici, che attengono alla «tutela del disabile nel mercato»[17].

È appena il caso di ricordare che il nuovo decreto, al pari della precedente normativa, interviene semplicemente sul regime rimediale del recesso e non sugli elementi strutturali della fattispecie, e conseguentemente non incide sulla speciale regolamentazione che la L. n. 68/1999 detta in materia, la quale continua a trovare applicazione sia nei suoi presupposti sia nei suoi meccanismi di operatività[18].

La disciplina posta dalla normativa degli ultimi anni in materia di licenziamento va dunque coordinata con la speciale regolazione che questa legge pone per i lavoratori disabili, in primo luogo quanto ai limiti di legittimità – segnati dall'obbligo di *repêchage* – del recesso datoriale.

---

[15] Le fattispecie in esame sono introdotte dalla congiunzione "anche". Per la disamina di queste ulteriori ipotesi – e in particolare quelle del licenziamento per periodo di comporto (espressamente contemplato nella legge del 2012, ma non nel decreto del 2014) – si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2. Commento ai decreti legislativi 4 marzo 2015, nn. 23 e 23, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 103 ss.

[16] Vedi l'art. 1 della L. n. 68/1999.

[17] D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei) (voce)*, in *DDPcom*, Agg. V, Torino, Utet, 2009, pp. 768 ss., al quale si rinvia per la complessiva disamina di questa normativa.

[18] Che viene individuato con riguardo sia ai soggetti protetti sia ai datori di lavoro obbligati (vedi in particolare gli artt. 1 e 3, in tema GAROFALO, *op. cit.*, pp. 789 ss.).
Ne consegue che le ipotesi di licenziamento di soggetti disabili che si pongano al di fuori dell'ambito di applicazione della L. n. 68/1999 – per insussistenza dei requisiti dimensionali dell'organizzazione datoriale, per mancanza dei requisiti soggettivi del lavoratore, ecc. – si pongono parimenti al di fuori del regime rimediale stabilito dall'art. 1, 42, lett. b, della l. 92/2012, e dall'art. 2, co. 4, del D.Lgs. n. 23/2015, e pertanto il tipo di tutela applicabile deve essere individuato in quello ordinariamente previsto da queste normative per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

4.1. L'art. 4 della L. n. 68/1999 pone al comma 4 una particolare disciplina per i «lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia […] se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro».

Si stabilisce che per i lavoratori in esame «l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori»[19], specificando e delimitando il concreto contenuto del principio di conservazione del posto di lavoro in caso di disabilità sopravvenuta che è sancito nell'art. 1, co. 7, della stessa normativa in termini più generali[20].

La possibilità (*recte*, l'obbligo) di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o inferiori[21] segna pertanto i limiti in cui nasce e si esaurisce l'obbligo datoriale di conservazione del posto del soggetto divenuto inabile.

---

[19] La norma in commento completa poi questa previsione specificando: «Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'articolo 8».

[20] L'art. 1, co. 7, dispone: «I datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità».

Questa disposizione è stata letta da parte della dottrina come prescrittiva di un principio di conservazione del posto «destinato ad operare senza alcun temperamento per le malattie professionali e per gli infortuni avvenuti in occasione di lavoro» (E. PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in *Dir. lav. rel. ind.* (1999), p. 102); o come individuante un «autonomo spazio di tutela» da cui consegue l'«illicenziabilità per giustificato motivo oggettivo o per riduzione di personale» dei lavoratori in esame qualora possano essere adibiti a mansioni equivalenti e inferiori (S. CENTOFANTI, *Il licenziamento dei lavoratori divenuti inabili durante il rapporto di lavoro*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 189).

Tali ricostruzioni appaiono tuttavia opinabili in quanto elevano «il livello di tutela oltre ogni limite di ragionevolezza e senza adeguata giustificazione» (così S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT – 67/2008* (2008), pp. 4 ss.; analogamente A. VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. Giur. lav.* (1999), pp. 476 ss.; A. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *RGL* (1999), I, pp. 727 ss.; F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Luci ed ombre sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. Giur. lav.* (2000), p. 732). Questa lettura "assolutizzante", in particolare, determinerebbe una eccessiva compressione della libertà di iniziativa economica del datore di lavoro garantita dall'art. 41, co. 1, Costituzione (S. GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione "adeguatrice"*, in *Riv. it. dir. lav.* (2012), p. 295).

Per l'approfondimento del rapporto tra le due norme si rinvia a GAROFALO, *op. cit.*, pp. 793 ss.

[21] Sul "significato" di tale possibilità di adibizione a mansioni inferiori particolarmente chiara è Cass., 10 ottobre 2005, n. 19686, in *Riv. giur. lav.* (2006) II 264: «L'inidoneità sopravvenuta alle mansioni e

L'art. 4, co. 4, per tale verso, "trascrive normativamente" acquisizioni giurisprudenziali che avevano assunto l'obbligo di *repêchage* a presupposto di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo[22].

Con la nota sentenza della Cassazione S.U. n. 7755 del 7 agosto 1998[23] si era affermato che, in caso di sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, «l'impossibilità della prestazione lavorativa quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (art. 1 e 3 L. n. 604 del 1966 e art. 1463 e 1464 cod. civ.) non è ravvisabile per effetto della sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore di lavoro, perché può essere esclusa dalla possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività, che sia riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 cod. civ.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori».

Questa pronuncia aveva rappresentato una decisa inversione rispetto al precedente orientamento – che si muoveva nelle coordinate segnate dagli articoli 1256 e 1463 del codice civile in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa[24] –, riconducendo la sopravvenuta inidoneità a svolgere le mansioni all'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 cod. civ., letto alla stregua dell'art. 3

---

conseguente impossibilità della prestazione lavorativa può giustificare il licenziamento ai sensi degli art. 1 e 3, L. n. 604/1966, soltanto se, alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede, risulti impossibile l'adibizione a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, e persino, in difetto di altre soluzioni, a mansioni inferiori; il patto di demansionamento, in quanto unico mezzo per conservare il rapporto di lavoro, non costituisce una deroga all'art. 2103 cod. civ., bensì un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, sorretto dal consenso, oltre che dall'interesse del lavoratore; peraltro, nell'assegnazione a mansioni inferiori, il datore di lavoro ha l'onere della prova dell'impossibilità di adibizione non solo ad altre mansioni equivalenti a quelle da ultimo espletate, ma anche a mansioni di livello intermedio rispetto a quelle di fatto attribuite».

[22] *Amplius* L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 61 ss.

[23] In *Riv. it. dir. lav.* (1999) II 170.

[24] V., *ex multis*, T. Milano, 10 dicembre 1996, in *Or. giur. lav.* (1996) 939: «Non sussiste alcun obbligo per il datore di lavoro di adibire il prestatore di lavoro a mansioni diverse da quelle assegnate, in caso di sopravvenuta inidoneità alle stesse. Tale inidoneità può derivare non solo dalla totale impossibilità materiale di svolgere il proprio lavoro, ma anche dal pregiudizio che lo svolgimento di esso possa comportare per la sicurezza nel luogo di lavoro e per la salute ed integrità psico-fisica dei lavoratori»; P. Milano, 27 febbraio 1991, in *Or. giur. lav.* (1991) I 388: «In caso di sopravvenuta impossibilità della prestazione del dipendente per fatto proprio, alla quale consegua l'inidoneità alle mansioni originariamente assegnate, l'azienda può legittimamente licenziare senza neanche dover reperire ed offrire mansioni equivalenti eventualmente disponibili».
Sulla tradizionale ricostruzione dell'inidoneità del prestatore alla stregua dell'impossibilità sopravvenuta vedi per tutti L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, I, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 272 ss.

della L. n. 604/1966, *scil.* secondo le categorie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento[25].

La L. n. 68/1999 riprende, in una prospettiva più avanzata, tale costruzione: mentre nella sentenza in esame la possibilità di adibizione a mansioni diverse era relativizzata attraverso il riferimento alla concreta utilizzabilità nell'impresa «secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore» (punti 11 e 15), il successivo intervento del legislatore è leggibile anche come implicante obblighi positivi di cooperazione e attivazione[26], in quanto esprime nel suo complesso, già a partire dall'introduzione del collocamento mirato, una valenza di "tutela rinnovata" in vista della garanzia di pari opportunità di inserimento della persona disabile, che «intacca, sia pure in una logica prevalentemente promozionale e consensuale, il principio di immodificabilità dell'organizzazione aziendale»[27].

Sull'imposizione al datore di lavoro di "soluzioni ragionevoli" (così la rubricazione dell'art. 5, Dir. 2000/78/CE) si muove, sebbene nella dimensione differente della non discriminazione, anche la successiva normativa comunitaria, che appunto stabilisce che il principio della parità di trattamento «significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato»[28]; principio che ha da ultimo trovato attuazione nel nostro ordinamento in specifiche disposizioni[29].

---

[25] La riconduzione di tale fattispecie al licenziamento per giustificato motivo oggettivo costituisce ormai un *acquis* giurisprudenziale, v. in argomento le sentenze riportate *sub* note 29 e 32.

[26] C. CESTER, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore tra itinerari giurisprudenziali e innovazioni normative*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 580, sottolinea come questa normativa abbia imposto un più incisivo condizionamento al «potere direttivo nella sua dimensione più ampia, cioè riferito all'intera organizzazione, più che l'ordinario potere direttivo circoscritto al singolo rapporto», rispetto alla configurazione dell'obbligo datoriale di cooperazione risultante dalla pronuncia esaminata. Analoghe considerazioni in A. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in M.V. BALLESTRERO, G.G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 155 ss.

[27] GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento*, cit., p. 308.

[28] Art. 5, Direttiva 27 novembre 2000, n. 78 (*Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*).

[29] La direttiva comunitaria è stata recepita nell'ordinamento italiano con D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che – a seguito delle integrazioni ad opera del D.L. 28 giugno 2013, n. 76, conv. con mod. dalla L. 9 agosto 2013, n. 99 – stabilisce all'art. 3, co. 3-*bis*: «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della Legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori».

Stante tale complessivo quadro ordinamentale, la tradizionale lettura dei limiti del *repêchage* come segnati dall'assetto organizzativo aziendale dato[30] pare inadeguata: il riferimento a soluzioni "ragionevoli" supera il «rigido principio dell'intangibilità delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro»[31] e richiede, per l'assolvimento dell'*onus variandi* imposto a questo come precondizione per il licenziamento, l'adeguamento della struttura organizzativa aziendale alle esigenze di "proficuo utilizzo" della residua capacità lavorativa del prestatore nei limiti di ragionevolezza prefigurati dalla normativa di origine sovranazionale[32] e del bilanciamento degli interessi in gioco che trovano tutela a livello costituzionale[33].

---

[30] L'affermazione dell'intangibilità dell'organizzazione aziendale stabilita dall'imprenditore, sebbene tipica dell'orientamento giurisprudenziale più risalente, ritorna anche in pronunce recenti, vedi Cass., 19 agosto 2009, n. 18387, in *GDir* (2009) 35: «In tema di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni, quand'anche il ricorso ai mezzi offerti dalle avanzate tecnologie sia in grado di eliminare gravosi sforzi fisici nell'esecuzione di determinati lavori, non è configurabile un obbligo dell'imprenditore di adottarli per porsi in condizione di cooperare all'accettazione della prestazione lavorativa di soggetti affetti da infermità che vada oltre il dovere di garantire la sicurezza imposto dalla legge»; Cass., 24 maggio 2005, n. 10914, in *Dir. lav. rel. ind.* (2007) 199: «Nel caso di licenziamento di un lavoratore per sopravvenuta inidoneità psico-fisica alle mansioni assegnategli l'obbligo datoriale di ricercare nel contesto organizzativo aziendale un'altra posizione in cui inserire proficuamente il lavoratore in questione e compatibilmente con il suo accertato stato di salute, non può mai comportare il dovere di modificare la struttura organizzativa o l'organizzazione del lavoro esistenti al fine di ritagliare nuovi ruoli o mansioni»; Cass., 7 marzo 2005, n. 4827, in *Giust. civ. mass* (2005) 3: «La sopravvenuta infermità permanente del lavoratore integra un giustificato motivo oggettivo di recesso del datore di lavoro solo allorché debba escludersi anche la possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività lavorativa riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni già assegnate, o altre equivalenti e, subordinatamente, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore».

[31] Così L. NOGLER, *Inidoneità alla mansione specifica*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, 1, *Lavoro*, Bologna, Bononia University Press, 2010, p. 72.

[32] Per questi profili vedi GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento*, cit., pp. 292 ss.

[33] In tema NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 298 ss.
Nel senso spiegato si pone la più attenta giurisprudenza, v. Cass., 13 ottobre 2009, n. 21710, in *GDir* (2009) 96: «L'esercizio dell'iniziativa economica privata, garantito dall'art. 41 cost., non è sindacabile nei suoi aspetti tecnici dall'autorità giurisdizionale ma deve svolgersi nel rispetto dei diritti al lavoro e alla salute, con la conseguenza che non viola il citato art. 41 il giudice che dichiara illegittimo il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni assegnate, senza che il datore di lavoro abbia accertato se il lavoratore potesse essere addetto a mansioni diverse e di pari livello, evitando trasferimenti di altri lavoratori o alterazioni dell'organigramma aziendale»; T. Ravenna, 30 novembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.* (2012) 566: «Nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovuto alla sopravvenuta inidoneità del lavoratore, il lavoratore ha diritto a essere ricollocato in altra posizione di lavoro adattabile alle sue condizioni, anche con ragionevoli costi a carico dell'impresa; l'onere della prova a carico del datore di lavoro si estende sino all'impossibilità della ricollocazione del lavoratore anche a seguito di ragionevoli modifiche organizzative»; T. Milano, 26 ottobre 1999, in *Lav. giur.* (2000) 169: «Nel caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni di assunzione, il datore di lavoro ha l'obbligo – prima di poter legittimamente licenziare – del c.d. *repêchage*, sempre che questo non si traduca in un onere eccessivo o sproporzionato per l'azienda. In questa prospettiva non sembra davvero irragionevole o eccessivo

4.2. L'art. 10, co. 3, della L. n. 68/1999 è volto a disciplinare il rapporto di lavoro dei disabili obbligatoriamente assunti, si rivolge quindi a soggetti differenti da quelli supra esaminati.

Si prevede un particolare procedimento in «caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro», che può prendere avvio da una richiesta dello stesso disabile, volta all'accertamento della «compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute», o da una richiesta del datore di lavoro, diretta all'accertamento delle «condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda».

Qualora la speciale commissione preposta a tale accertamento[34] riscontri un'incompatibilità con la prosecuzione dell'attività lavorativa dell'aggravamento delle condizioni di salute[35] o della variazione dell'organizzazione del lavoro, si dispone la sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista, durante la quale il disabile può essere impiegato in un tirocinio formativo.

È da ultimo previsto che «Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda».

Il riferimento ai "possibili adattamenti" dell'organizzazione del lavoro è stato discusso nella sua portata, ma pare sostanzialmente riconducibile all'obbligo di *repêchage* posto nella norma relativa alla invalidità sopravvenuta esaminata al paragrafo 4.1[36].

---

che il datore debba, ove appena possibile, modificare la sua organizzazione del lavoro per fare posto anche a chi ha perso solo una parte della sua capacità lavorativa».

[34] Il comma 3 dell'art. 4 stabilisce: «Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della Legge 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente Legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del Decreto Legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge».

[35] Tale incompatibilità va accertata sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento emanato dal Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 1, co. 4 della stessa legge.

È stato opportunamente precisato da Cass., 24 giugno 2014, n. 14284, in *Giust. civ. mass* (2014), che «Il divieto di licenziamento per inidoneità fisica, di cui all'art. 69 del CCNL per i dipendenti dell'Ente Poste italiane, stipulato l'11 gennaio 2001, assunti in base alla normativa sul collocamento obbligatorio, in forza della Legge 12 marzo 1968, n. 428, e della Legge 12 marzo 1999, n. 68, va applicato anche nel caso di aggravamento delle condizioni del lavoratore per infermità diversa da quella che ha dato luogo all'assunzione obbligatoria, in quanto quest'ultima si riferisce alla qualità di invalido e non alla speciale infermità che ha determinato l'invalidità».

[36] In questo senso Cass., 17 luglio 2002, n. 10347, in *Giust. civ. mass* (2002) 1249: «Il licenziamento dell'invalido assunto in base alla normativa sul collocamento obbligatorio segue la generale disciplina normativa e contrattuale sol quando è motivato dalle comuni ipotesi di giusta causa e giustificato motivo, mentre, quando è determinato dall'aggravamento dell'infermità che ha dato luogo al

Anche per tale ipotesi deve quindi ritenersi che la possibilità di adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori, costituisca un limite al licenziamento, in considerazione di una lettura unitaria e sistematica del dato normativo volta a garantire «il medesimo *standard* di tutela a situazioni che appaiono sostanzialmente comparabili»[37].

La tutela di carattere procedurale della sospensione del rapporto posta espressamente dall'art. 10, co. 3, per i lavoratori assunti in quota d'obbligo è pertanto una tutela aggiuntiva rispetto a quella di carattere sostanziale stabilita dall'art. 4, co. 4, che configura il recesso quale *extrema ratio*, assumibile solo in quanto si sia assolto l'obbligo di *repêchage*.

Questa lettura unitaria degli articoli 4, co. 4, e 10, co. 3, è espressamente adottata dal regolamento di esecuzione della legge in esame (D.P.R. 10 ottobre 2000, n. 333), che dispone che la disciplina posta per i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle proprie mansioni per infortunio o malattia, di cui all'art. 4, co. 4, L. n. 68/1999 (e segnatamente l'«assegnazione a mansioni equivalenti o a mansioni inferiori, con la conservazione del trattamento più favorevole», e, in caso di impossibilità, l'«avviamento presso altro datore di lavoro, con diritto di precedenza e senza inserimento nella graduatoria») «si applica anche ai lavoratori che si sono invalidati successivamente all'assunzione per infortunio sul lavoro o malattia professionale, di cui all'art. 1, comma 7» (così l'art. 3, co. 4, del D.P.R.)[38].

La successiva evoluzione legislativa conferma questa lettura e ne estende ulteriormente la portata.

La normativa comunitaria richiamata *supra*, nella previsione di «provvedimenti appropriati» per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, non contempla invero differenziazioni tra disabilità originaria e

---

collocamento obbligatorio, è legittimo solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 10 della Legge n. 482 del 1968, ossia la perdita totale della capacità lavorativa o la situazione di pericolo per la salute e l'incolumità degli altri lavoratori o per la sicurezza degli impianti, accertati dall'apposita commissione medica; nel caso in cui all'invalido residui una capacità lavorativa, inoltre, sussiste in capo al datore di lavoro l'obbligo di adibirlo a mansioni equivalenti o anche inferiori compatibili con il nuovo stato dell'infermità, se la struttura organizzativa dell'azienda e la situazione dell'organico aziendale lo consentono. A tal fine, deve ritenersi che il giudizio della commissione medica di cui all'art. 20 della Legge n. 482 del 1968 non possa essere limitato alle mansioni in precedenza espletate dall'invalido, ma debba essere esteso anche alle altre mansioni allo stesso affidabili nell'ambito dell'azienda e che il licenziamento sia giustificato solo nel caso in cui la pericolosità, per le persone e per gli impianti, sia riferibile a tutte le possibili mansioni in concreto affidabili all'invalido».

[37] GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile*, cit., p. 13, che parla a riguardo di «interpretazione sistematica (o forse adeguatrice, visto che diversamente si porrebbero indubbi problemi di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 3)».
Nello stesso senso TURSI, *op. cit.*, p. 753; CENTOFANTI, *op. cit.*, pp. 183 ss.

[38] Su questa disciplina praeter legem posta dal regolamento si rinvia a GAROFALO, *op. cit.*, pp. 795, 796.

sopravvenuta, e parimenti non sono poste differenziazioni di tal genere nel D.Lgs. n. 216/2003 (vedi l'art. 3, co. 3-*bis*) che a questa ha dato attuazione[39].

La stessa impostazione di tipo inclusivo si rinviene nella legislazione prevenzionale, che impone al datore di lavoro l'attuazione delle misure indicate dal medico competente, e nella specie l'assegnazione «a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza», qualora tali misure prevedano un'inidoneità alla mansione specifica, «anche in considerazione di quanto disposto dalla Legge 12 marzo 1999, n. 68» (così l'art. 42 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81[40]), con un immediato collegamento tra licenziamento e variazione delle mansioni che non viene ancorato a ipotesi specifiche di inidoneità.

Deve osservarsi da ultimo che né nella normativa di origine sovranazionale né in quella prevenzionale il riferimento alla disabilità del lavoratore viene limitato a quella derivante da infortunio sul lavoro o malattia professionale, superando le limitazioni per questi profili presenti nella disciplina stabilita dalla L. n. 68/1999 (v. in particolare l'art. 1, co. 7).

[39] Vedi note 27 e 28.
[40] Nella versione modificata dall'art. 27, co. 1, lett. a, del D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106.

Gaetano Spinosa

I GIUDICI DI PACE NELL'ESPERIENZA NAPOLETANA DEL PRIMO OTTOCENTO. MODELLI E CARATTERI ORIGINALI*

ABSTRACT	
Il presente scritto intende fornire un contributo sulla figura del Giudice di Pace dalle origini, già presente nella tradizione giuridica inglese nel secolo XI, sino ai primi dell'Ottocento con particolare attenzione al periodo Rivoluzionario ed allo sviluppo avuto nel Regno di Napoli durante il predominio francese ed, in seguito, durante la monarchia borbonica, evidenziandone in modo sintetico il ruolo e le relative modifiche funzionali.	This Paper intends to offer a Contribution on the Figure of the Justice of the Peace from the Beginning, already in the English legal Tradition in the eleventh Century, until the early nineteenth Century, with particular attention to the revolutionary Period and to the growth of the Kingdom of Naples during the French Domination and, after, during the Bourbon Monarchy, concisely highlighting the Role and associated functional Changes.
Giudice di pace – Regno di Napoli – Primo Ottocento	**Justice of the Peace – Kingdom of Naples – Early nineteenth Century**

SOMMARIO: 1. La giustizia di pace nell'esperienza inglese e sua influenza sull'istituzione dei giudicati di pace nella Francia Rivoluzionaria. - 2. I giudici di pace a Napoli dal Decennio francese alla monarchia borbonica.

1. Renata De Lorenzo, nel suo studio sulla *Microconflittualità, i giudici di pace nel Mezzogiorno borbonico*, ha riportato all'attenzione degli studiosi la pratica della giustizia di pace durante il periodo borbonico, indicandone le competenze ed il radicamento nella vita locale con «differenti tipi di relazioni tra giustizia e giudicati»[1], evidenziando, altresì, le divergenze tra i giudici di carriera, soggetti a trasferimento ed i giudici di pace e "supplenti", «scelti dall'intendente su proposta del decurionato, tra i proprietari domiciliati nel ripartimento, restavano in carica tre anni, con possibilità di conferma»[2]. Si tratta di una riflessione storico-giuridica che si interroga sulle origini della giustizia di pace e di equità e

---

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

[1] R. DE LORENZO, *Microconflittualità: i giudici di pace nel Mezzogiorno borbonico*, in «Bollettino del diciannovesimo secolo», 1993, pp. 40-42.

[2] Ivi, p. 41. Cfr. G. GALASSO, *Il Regno di Napoli. 4: Il Mezzogiorno borbonico e napoleonico (1734 – 1815)*, vol. XV, Torino, UTET, 2007, pp. 1082 ss.

che sollecita anche una riflessione sulle esperienze concrete e sulle trasformazioni storiche di questo istituto che presenta profili molto originali.

Non a caso «nella storia giuridica dell'Europa continentale l'istituto del giudice di pace rappresenta la prima forma di giudice monocratico ad affermarsi, dopo le grandi riforme della Rivoluzione francese che aveva accolto, come elemento imprescindibile nell'amministrazione della giustizia, il principio della collegialità nell'amministrazione della giustizia»[3]. Affidare ad un magistrato onorario l'amministrazione di una giustizia equitativa, semplice e priva di ogni formalismo, alla ricerca di una soluzione fatta di compromessi e di accordi, ha dunque più aspetti innovativi, non solo di decisione equitativa, ma anche di scelta monocratica e, quindi, non legata ad esperienze di giustizia privata, quali l'arbitrato[4].

La figura di giudice onorario ritrova le proprie origini nell'antica Roma, dove nacque non come incarico istituzionale, bensì come soggetto destinato a conciliare le parti, alla ricerca, quindi, di una soluzione fatta di compromessi e di accordi[5].

Tuttavia, l'istituzione del Giudice di pace appartiene, senz'altro, alla tradizione giuridica inglese, dove, appunto, la consuetudine del componimento bonario dei paesi del *common law* (diritto comune) ritrova le proprie origini nel secolo XI.

Già nel 1070, infatti, solo dopo quattro anni di regno, Guglielmo il Conquistatore ordinò e predispose che si realizzasse una giustizia di pace. In origine questi giudici venivano eletti

---

[3] F. MASTROBERTI, *Dal giudice di pace al giudice unico: l'emancipazione del giudice monocratico dallo 'stato di minorità'*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto», a. I, n. 1, 2008, p. 164.

[4] Anche l'arbitrato *ex necessitate statuti* o più semplicemente necessario, che trova le sue origini nella società italiana dei secoli XIV e XV, non rappresenta un precedente per la giustizia di pace. La tutela del privato, attuata attraverso il ricorso obbligatorio al giudizio equitativo dell'arbitro per gruppi familiari, esprimeva la necessità di difesa dell'integrità patrimoniale e tentava di impedire la disgregazione della comunità economica costituita dal clan familiare. Nelle città italiane fu un mezzo, nel passaggio dal medioevo all'età moderna, per dare spazio alla gestione della litigiosità interna e ristrette oligarchie. Cfr. L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 133-144.

[5] La conciliazione riprese vigore sotto l'imperatore Valente con il *Difensore di città* che sostituì l'antico Tribuno della plebe che aveva tra i suoi compiti anche quello della conciliazione. Il *Difensore di città* era una magistratura locale, paterna ed equitativa, questi doveva essere persona proba, indipendente da qualunque altra, gratuita e non poteva rifiutarsi. La giurisdizione del *Difensore di città* non si poteva eludere: l'attore che lo avesse fatto veniva solo per questo condannato a pagare le spese di lite. In età imperiale esistevano, inoltre, alcuni giudice detti Irenarchi o Stazionari che mantenevano la pace pubblica e privata: nelle città promovevano e conservavano la concordia tra i cittadini, nelle campagne facevano perlustrazioni, accompagnavano convogli, arrestavano delinquenti e vagabondi. La figura assume una certa stabilità intorno al IV secolo, tuttavia, sotto l'imperatore Giustiniano nel VI secolo, entrò in profonda crisi tanto da subire una radicale riforma. La riforma di Giustiniano intervenne in modo decisivo, senza incertezza, introducendo una serie di elementi morali, tali da valorizzare la carica e l'attività svolta. Le sentenze emesse dai *difensori di città* erano appellabili e sottoposte in modo diretto alla verifica del *praeses provinciae*, la loro competenza fu aumentata, mentre ne fu ridotta la durata a due anni, la relazione fu resa plebiscitaria e limitata ad una solo conferma. Successivamente la magistratura del *Difensore di città* sopravvisse per molti secoli, anche durante le invasioni ed i relativi stanziamenti barbarici, tanto che la stessa codificazione barbarica ne menziona la presenza sino al secolo XII. Cfr. A. GUARINO, *Istituzioni di diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 208-209.

direttamente dal popolo, con competenza esclusiva in tema di conciliazione e di giurisdizione di piccoli conflitti.

Tale attività fu confermata dalla *Magna Carta* nel 1215[6], sotto il regno di Edoardo I, ed assume le medesime caratteristiche e funzioni del modello riconducibile ai "Difensori di città" romani.

Il sovrano, infatti, temendo che la regia autorità potesse venir meno ogni giorno di fronte al potere dei baroni, mettendo in rischio quello della corona e, poiché il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini è «ad un tempo il più bel attributo della sovranità ed uno degli strumenti più attivi del potere, fissò in prima la sua attenzione sulla polizia e per toglierla ai baroni stabilì in tutta la sua estensione del regno ufiziali destinati ad esercitarla, cui diede il nome di giudice di pace»[7].

Inoltre, dispose, che in tutto il regno vigesse la pace della Santa Chiesa e quella temporale, la prima era assicurata dal re, dagli Arcivescovi e dai Vescovi, la seconda sempre dal re. La terminologia "Giudice di pace" prende origine dalle funzioni di presidio all'ordine pubblico, la nomina veniva direttamente dal popolo, la carica era onorifica e gratuita, riservata, tuttavia, a personaggi di nobile origini per aristocrazia e censo e durava tutta la vita. Erano inamovibili, potevano essere rimossi solo da parte del Sovrano, con l'approvazione del Parlamento.

All'inizio erano chiamati, con terminologia latina *custodes o conservatores paci*, la loro elezione era affidata direttamente al popolo ed avevano competenza esclusiva in tema di conciliazione e di giurisdizione di liti e conflitti minori, soprattutto in materia penale. Fu, infatti, proprio Eduardo I, re d'Inghilterra dal 1272 – al 1307 che, considerando l'ordine pubblico e la sicurezza dei sudditi una delle principale espressione della sovranità, prestò grande attenzione per l'attività di polizia, sottraendola ai baroni ed affidandola a funzionari del Regno, ai quali diede il nome di Giudici di Pace. Questi magistrati nominati direttamente dal sovrano, con un requisito indispensabile di possedere una rendita netta di cento sterline, avevano la funzione giurisdizionale di decidere sui reati minori, limitando la competenza territoriale alla contea di appartenenza; relativamente alla durata della carica fu stabilito che, comunque dovessero tenere udienza almeno quattro volte l'anno. Per questo motivo furono istituite le Corti di Sessione Trimestrale *Quarter Session Courts*[8], la cui competenza ebbe ad aumentare

[6] *La Magna Charta Libertatum* fu concessa dal re d'Inghilterra Giovanni Senzaterra il 15 giugno 1215, è stata interpretata come il primo documento fondamentale per il riconoscimento universale dei diritti dei cittadini, sebbene vada inserita nel sistema di una giurisprudenza feudale, in sostanza la *Magna Charta* conferma i privilegi del clero e dei feudatari, eliminando o diminuendo l'influenza del re, inoltre regolamentava l'importante legge consuetudinaria detta "della foresta", abolendo i demani regi istituiti sotto il regno di Giovanni.

[7] M. DALTON, *The Country Justice*, London, Company of Stationers, 1655, p. 6.

[8] P. P. N. HERION DE PANSEY, *Della competenza dei Giudici di Pace* (1829), Napoli, Tipografia di Giuseppe Severino, 1833², «I giudici di pace, secondo la natura degli affari, agiscono or soli, ora in piccola unione (*petty session*), composta almeno da due giudici. Le piccole unioni si tengono in ogni quindici giorni nei paesi ne' quali si fa mercato. Nelle piccole unioni la giurisdizione dei giudici di pace è più estesa. In questa giudicano, in prima istanza, delle controversie fra padroni ed i loro

sempre di più sino a comprendere i reati di fellonia (alto tradimento, omicidio, rapina, furto e vari), punibili con la morte. In tale ottica, quindi, la loro giurisdizione divenne alternativa a quella esercitata dalle Corti di Assise, anche esse competenti a giudicare gli stessi reati gravi.

Infatti, in seguito, sotto il regno di Edoardo III, e precisamente nel 1327, i Conservatori della Pace assunsero il nome di "Giudici di pace" con la funzione di giudicare casi di fellonia (tradimento e ribellione), ma in questo caso, il sovrano se ne riservò la nomina. Erano chiamati anche Commissari di pace, in quanto il potere discendeva dalla Commissione di pace reale.

Dapprima erano solo due o tre per ogni contea, ma in seguito il loro numero aumentò, divenendo dignitoso ed onorifico appartenervi, onore, tuttavia, che doveva corrispondere almeno ad una rendita da cento lire sterline. La conservazione della pace, principale occupazione dei Conservatori, richiedeva la prevenzione della violazione della pace (specialmente quella familiare) rendendosi il Giudice garante della sua conservazione, la pacificazione di quelle che sono le rotture della pace, la punizione secondo la legge di chi ha rotto la pace, la pacificazione di quelle che sono le rotture della pace, la punizione secondo la legge di chi ha rotto la pace.

Non tutti, però, adempivano realmente l'ufficio della carica della quale portavano il titolo, comunque, chi intendeva esercitarlo doveva ottenere dal Segretario della Corona un *dedimus potestatem* ed allo stesso tempo prestare uno speciale giuramento. Tuttavia, per ottenere giuste decisioni furono allontanati dalla carica coloro che si facevano intimorire; recavano favore ai vicini, agli amici o ad altre persone; provavano odio o malizia, cupidigia per doni, denaro od onori; erano ignoranti o mancanti del necessario equilibrio mentale o della necessaria comprensione.

Alla fine del XV secolo, con la dinastia dei Tudor, la funzione dei giudici di pace fu estesa, nel senso che a questi venne attribuita una *summary jurisdiction*, ossia il potere giurisdizionale di operare al di fuori delle sessioni trimestrali relativamente ad alcuni reati minori, questo stava a significare che i Giudici di Pace che, nel rispetto di quanto previsto dalla legge, tenevano Corti da soli o in numero di due o tre, giudicavano senza giuria e con procedure molto semplici; pertanto alle *Quarter Sessions*, che indicavano le grandi sedute o udienze, si affiancavano le *Petty Sessions*[9], ovvero le piccole sedute condotte con rito breve e sommario. Queste ultime

---

domestici, i maestri d'arte ed i loro allievi, i poveri ed i loro amministratori, fra comuni e comuni rispetto ai loro poveri, e su la quantità degli alimenti dovuti ai figli naturali dai presunti loro padri; finalmente giudicano di alcuni altri soggetti di lieve momento, loro attribuiti da particolare statuti». La traduzione del lavoro di De Pansey testimonia il diffuso interesse nel Regno dell'opera dei giudici di pace. L'opera, infatti, è il frutto di una ordinata raccolta di numerose pronunce in grado di fornire utili e pratici consigli ai giudici di pace napoletani privi di esperienza.

[9] Ivi, pp. 11-12: «I giudici di pace riuniti in unione generale (*general quatter session*) ricevono l'appellazione da tutte le sentenze profferite nelle piccole unioni, e coll'assistenza del grande e piccolo giurì giudicano anche di tutti gli affari del contado, non che degli affari criminali che non hanno un determinato grado di colpabilità».

ebbero notevole sviluppo perché richiedevano un basso costo e davano prove soddisfacenti con la facilità di adattamento al perseguimento di finalità aggiuntive non propriamente o non esclusivamente giurisdizionali.

Nel 1616, Giacomo I, diede maggior impulso a questi principi, pronunciando un illuminato discorso alla *Star Chamber*, una corte istituita come supremo tribunale politico. Nell'anno 1655 le principali qualità richieste per la carica di magistrato e di giudice furono quattro, e precisamente: essere uomini sani e con un patrimonio, e di coraggio per la verità e nella verità, essere uomini timorati di Dio, essere uomini che servono effettivamente, che cercano di scoprire tutta la verità e che odiano la cupidigia. devono giudicare le persone in tutte le stagioni, usando ogni diligenza[10].

Secondo quanto affermato da Henrion de Pansey, nel 1796 i Giudici di Pace in attività erano 3251 per l'Inghilterra, 305 per il Galles e 1463 per la Scozia[11]. Tale figura di giudice onorario ebbe un notevole sviluppo per tre motivi essenziali: innanzitutto perché svolgevano delicati compiti amministrativi nel governo delle comunità locali, in particolare si occupavano del controllo delle norme introdotte per disciplinare il mercato del lavoro, ovvero della scarsa forza lavoro rimasta al fine di evitarne abusi e soprusi, in secondo luogo perché si occupavano dell'investigazione e del procedimento all'istruzione preliminare per i reati gravi, al fine di decidere se archiviare o meno la fattispecie o rinviare a giudizio l'imputato dinanzi alla competente Corte criminale superiore, in terzo luogo infine in quanto curavano l'emissione di ordini di arresto, rivolti per le esecuzione alla polizia di persone sospettate di aver commesso reati punibili con la carcerazione[12].

Il giudice onorario, in quanto detentore della pace, prendeva cognizione di ogni delitto che veniva commesso, procedeva ai primi interrogatori, emetteva mandati di cattura, disponeva l'arresto di persone sospette e le rimetteva in libertà mediante cauzione oppure ne disponeva il carcere. Coadiuvata da un Giurì, giudicava le violazioni contro la proprietà, rimettendo la parte lesa nel proprio diritto, castigava i mendicanti ed i vagabondi ed aveva l'incarico di dare soccorso ai poveri, prendeva cura dei figli illegittimi, vigilava anche sull'ordine pubblico e sul rispetto delle leggi. In ultimo, le adunanze del popolo (*meeting*) e le petizioni a firma di oltre dieci persone dovevano essere autorizzate da due Giudici di Pace[13].

Figure analoghe, ma con minori poteri, si ritrovano anche nella esperienza francese d'Antico Regime, infatti, già nel XIII secolo, erano presenti giudici chiamati "uditori" i quali giudicavano sino a sessanta soldi, in modo sommario ed inappellabile.

Le loro attribuzioni erano regolate dalle disposizioni contenute in una ordinanza dell'anno 1313: «Ordiniamo che gli uditori del Castelletto non giudichino di alcuna

---

[10] DALTON, *op. cit.*, p. 10.
[11] P. BERTOLINI, *Il governo locale inglese e le sue relazioni con la vita nazionale*, v. I, Torino etc., Fratelli Bocca, 1899, p. 78 e p. 459.
[12] DALTON, *op. cit.*, p. 12.
[13] BERTOLINI, *op. cit.*, p. 85 e p. 86.

causa, né per immobili, né che riguardi lo stato e la condizione delle persone, né altre cause, eccetto quelle il cui valore non oltrepassi sessanta soldi»[14]. Questi giudicavano in modo sommario, utilizzando procedure semplici e celeri e senza possibilità di appello. Nella tradizione francese altra figura istituzionale simile a quella del giudice di pace fu quella del *balivo*, funzionario del re di Francia ed importante strumento del potere monarchico. Sotto l'*Ancien Règime* in Francia il *baillie* era il rappresentante del re nel *bailliage* baliato, incaricato dell'applicazione della giustizia e del controllo dell'amministrazione. Nella Francia meridionale, il termine generalmente usato era *sènèchal*, siniscalco, che deteneva la carica nella *sènèchausèe* siniscalcato[15]. La rete amministrativa di tale figura fu istituita nel XII secolo sulle terre del re cosiddette *terre della corona* o *domaine royal*, in particolare da Filippo Augusto. Erano basate sulle antiche suddivisioni fiscali medievali le *bailles* utilizzate dai principi sovrani anteriori come il Duca di Normandia.

Attraverso una serie di editti, tale figura assunse anche il ruolo di magistrato nell'ambito di una circoscrizione amministrativa, fiscale e giurisdizionale. In seguito gli editti del 1749 e del 1769 autorizzarono i baliaggi di Orleans e di Tours a giudicare, in numero di tre, in maniera sommaria ed in ultimo grado le azioni personali che non superavano il valore di 40 lire. Tuttavia, in Francia, tale usanza, ebbe ampia diffusione nel secolo XVI, in particolare tra la categoria dei commercianti, che incontravano difficoltà nell'adire i Tribunali di Commercio per carenza, da parte dei giudici, delle necessarie competenze tecniche per gestire le loro controversie, tanto da essere regolamentato dalla legge. Infatti, con la legge del 1563, a questi Tribunali venne consentito di nominare un esperto (arbitro-relatore), deputato ad ascoltare le parti per poi riferire al Tribunale stesso, che assunse, in seguito nel Codice di Commercio del 1806, la figura di arbitro conciliatore. Allo stesso tempo, tuttavia, tale innovazione fu accompagnata dalla fissazione del principio della collegialità, elemento indispensabile nell'amministrazione della giustizia che prevedeva l'affiancamento al giudice di un collegio di magistrati non togati (*Jury)*. In tale ottica, quindi, poco spazio restava per un giudice monocratico che accentrava nelle proprie mani tutta la fase del giudizio senza offrire sufficienti garanzie contro eventuali abusi ed arbitri.

In realtà, fu solo durante la Rivoluzione Francese che la giustizia equitativa ebbe una profonda diffusione, accettata e gradita, dovuta semplicemente al fatto di risultare un esempio di giustizia semplice, priva di sotterfugi, trasparente e sostanziale. La Francia deve il diffondersi e lo stabilizzarsi dei *giudicati di pace* alla legge del 24 agosto 1790 secondo la quale «vi sarà in ciascun cantone un giudice di pace. Questi

[14] HERION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 16.

[15] Sènèchuasèe (siniscalco): dal protogermanico *sini* – radice che significa "anziano" e *skalk* "servitore", era originariamente colui che intendeva alla mensa o, più in generale, alla casa della famiglia reale o di una grande famiglia aristocratica. Tale istituzione in Francia, prima della Rivoluzione francese era una circoscrizione amministrativa, finanziaria, e giudiziaria.

potrà essere scelto fra i cittadini eligibili per le amministrazioni di dipartimento o di distretto e che abbia trent'anni compiuti. Il giudice di pace sarà eletto con scrutino individuale ed a pluralità assoluta di suffragi dai cittadini attivi del cantone, riuniti in assemblea»[16].

Il suo diffondersi fu dovuto particolarmente alla mancata presenza di lungaggini, inganni e cavilli propri dei giuristi di professione. A giustificazione di tanto, nella Francia rivoluzionaria, infatti, obiettivo principale della critica illuministica fu il processo dell'Antico Regime, spesso arbitrario, ingiusto, per cui si intese potenziare la fase del giudizio con l'introduzione del dibattimento, pubblico ed orale, con il conseguente libero convincimento del giudice, ovvero attraverso la valutazione delle prove svincolate da qualsiasi presunzione e peso predeterminato, differentemente da quanto avveniva in precedenza nei processi inquisitori. Ad ogni modo, nel riprendere quanto detto innanzi, fu, di certo, la forte influenza esercitata dal modello anglosassone sui rivoluzionari a spingere l'Assemblea Nazionale francese a far rientrare nell'amministrazione della giustizia anche giudici laici, non appartenenti alla magistratura togata[17].

Con una nuova organizzazione giudiziaria, accanto a *jury collegiali*, vennero accolti anche i giudici di pace, proprio della tradizione inglese. Le caratteristiche dei Giudici di Pace francesi, tuttavia, furono diverse da quelle anglosassoni, in particolare rispetto al carattere monocratico di questi ultimi. Infatti, la legge giudiziaria del 1792, per assicurare il principio della collegialità, dispose che tale figura fosse sempre accompagnata da due assessori, quindi non un giudice monocratico, ma collegiale. Tale norma, inoltre, stabiliva che il giudice dovesse essere scelto tra cittadini eleggibili alle cariche amministrative, provinciali e distrettuali, di età non inferiore ai trenta anni e che l'elezione popolare, a tutela del principio di democraticità, avrebbe consentito al giudice di restare in carica per due anni, con la possibilità di essere eletto alla fine del mandato. Queste disposizioni mutarono successivamente. Infatti, da una parte gli assessori furono aboliti e le funzioni giudiziarie e di conciliazione attribuite al solo giudice di pace con la unica limitazione che in caso di malattia, assenza o altro impedimento, la sua attività e le sue prerogative venivano esercitate da uno dei due supplenti disponibili.

Inoltre, il diritto dei sudditi di scegliere il giudice di pace fu limitato a quello di presentare due candidati al sovrano, il quale avrebbe scelto quello ritenuto più degno[18].

A questo punto conviene delineare, anche se sinteticamente, la natura dell'istituto di giudice di pace francese, la cui attività veniva distinta in ordinaria e straordinaria. All'inizio la distinzione non esisteva, considerato che i giudici di pace erano poco

---

[16] HERION DE PANSEY, *op.cit.*, p. 32.

[17] Cfr. J.-P. FOYER, *Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, 1995.

[18] Ivi, p. 36.

numerosi e che ognuno aveva la pienezza della giurisdizione, avendo la funzione di giudicare indistintamente ogni controversia. Il moltiplicarsi della popolazione, tuttavia, portò il lievitarsi dei rapporti sociali con la conseguenza della introduzione di numerosi codici: civile, penale, di polizia, di finanza, di marina, di commercio. Tale fenomeno mise in risalto la necessità di istituire tribunali incaricati di applicare le diverse disposizioni normative di ognuno di essi. Pertanto ai tribunali tradizionali, eccetto le fattispecie regolamentate da leggi speciali, vennero ad affiancarsi altre giurisdizioni, competenti solo ed esclusivamente negli affari loro attribuiti. In tale ottica, quindi, vennero ad identificarsi due giurisdizioni, una ordinaria o universale ed una straordinaria o di eccezione. Questa distinzione rifluì anche sulla natura giuridica del giudice di pace e con l'articolo 4 della legge 24 agosto 1790: la sua giurisdizione fu limitata ad un ristretto numero di affari non rientranti nella giurisdizione ordinaria ed universale propria dei tribunali. In tale ottica, quindi, i giudici di pace, anziché una giurisdizione vera e propria, avevano piuttosto una semplice nozione o facoltà di giudicare che, comunque, poteva essere ampliata o per volontà delle parti o per autorità della legge. Sussistevano due tipi di proroghe volontarie, la prima quando le parti domiciliate esternamente al territorio di un tribunale sottoponevano, comunque, al suo giudizio la controversia; la seconda quando veniva adito un giudice non competente della controversia per la quale era stato invocato. Nel primo caso il giudice non poteva giudicare essendo territorialmente incompetente, ma tale incompetenza poteva essere superata con il consenso o con il silenzio delle parti. Nel secondo caso è necessario precisare che i giudici straordinari si distinguevano in due classi: quelli che potevano giudicare entro un limite massimo per valore, e quelli che potevano giudicare solo un genere di affari. I giudici di pace appartenevano all'una e all'altra categoria. Inoltre, la legge del 24 agosto 1790 attribuiva al Giudice di Pace non solo competenze civili, bensì anche di polizia. Tuttavia l'indicata legge non affidava ancora la polizia semplice ai Giudici di Pace, tale attribuzione sarebbe stata conferita dal Codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio dell'anno IV (25 ottobre 1795)[19], secondo la quale la parte offesa, sia agendo in via civile che in via criminale, avrebbe dovuto in ogni caso procedere dinanzi al Giudice di Pace, il quale avrebbe giudicato prima nella qualità di giudice civile e, poi, come giudice di polizia. L'appello delle sentenza emessa dai Giudici di Pace in materia di polizia semplice veniva regolata dal Codice di istruzione criminale.

In seguito, leggi successive a quella del 24 agosto 1790 affidarono a tale figura competenze aggiuntive come il diritto di apporre sigilli in caso di decesso, di

[19] Codice dei delitti e delle pene del 1795 è stato il secondo codice penale della Francia, dopo il *Code pénal* del 1791. Si componeva di 646 articoli, in gran parte dedicato alla procedura penale e la cui preoccupazione maggiore fu garantire i diritti della difesa; cfr. M. FIORAVANTI, *L'età rivoluzionaria e napoleonica*, in M. R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 77-78; Cfr. M. R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative dall'Antico Regime al fascismo*, Torino, Giappichelli, 2007.

regolamentare i brevetti di invenzione, determinare le controversie in materia di dogana, l'emanazione, in certe circostanze, gli atti necessari per la celebrazione di alcuni matrimoni e varie. A tale proposito è opportuno ricordare che Jacques Guillaume Thouret[20] nel suo celebre discorso sulla giustizia tenuto dinanzi alla Assemblea nel 1792, definì i giudici di pace non soggetti ai rigori delle procedure. Per lui la figura di Giudice di Pace era generalmente desiderata e richiesta da molti ed era uno dei più grandi beni che poteva essere fatto ai contadini. La competenza dei giudici di pace era infatti limitata a giudizi semplici, dal valore contenuto, con applicazione di regole decisionali più sicure di quelle che la scienza delle forme e le leggi potevano fornire. Per Thouret, lo scopo principale di questa istituzione non era soddisfatta se non forniva una giustizia semplice, rapida, gratuita[21]. La loro competenza fu rivolta alle controversie semplici e di piccolo valore, a contese che potevano essere ben giudicate da un soggetto del posto, che potesse verificare sul luogo stesso l'oggetto della lite, riuscendo con la propria esperienza a trovare regole decisionali più sicure e migliori della scienza delle leggi e delle forme. Questi giudici potevano giudicare senza appello, sino ad un valore della causa non superiore alle 50 libbre, liberi da ogni imbarazzo di forma e di dogmi professionali, in quanto lo scopo principale era di fornire una giustizia semplice, rapida, gratuita, differente da quella propria dei giudici di professione. Più semplicemente, la "filosofia" di queste nuove teorie in materia di Giustizia si può riscontrare nel discorso pronunciato sempre dal Touret dinanzi all'Assemblea quando affermava che le giustizie di pace saranno un gran beneficio per i cittadini, da lungo tempo avvezzi ad essere ingannati dai legulei. Non si vedranno più le strade, che dai villaggi conducono alla città, ingombre di litiganti che vanno a consultare giudici, meglio fatti per inceppare che per decidere le differenze. Per essere Giudice di Pace dopo il 1792 basterà avere i lumi dell'esperienza, un buon criterio e l'abitudine delle contestazioni. I Giudici somiglieranno ai cittadini che oggi decidono in qualità di arbitri. La giustizia sarà liberata dalle spese. Questa istituzione solleverà gli altri tribunali da una moltitudine di cause che a loro danno imbarazzo e che rovinano i litiganti[22]. E poi, ancora, per Thouret la giustizia di pace non doveva essere soggetta ai rigori della procedura; un

[20] J. G. Touret (1746 – 1794) elaborò il progetto di realizzazione del sistema giudiziario; ebbe un ruolo rilevante nelle riforme della pubblica amministrazione e in tutta l'attività svolta dalla Costituente. Deputato di Rouen alla Costituente nel 1789, per quattro volte assunse la presidenza della Assemblea.

[21] J. G. TOURET, *Discours sur la Réorganisation du Pouvoir Judiciaire*, 24 marzo 1790, p. 8, «Attachons-nous d'abord à la composition du premier degré; c'est celle qui présente le moins d'embarras. Le Comité vous propose un juge de paix par *canton*, et un seul tribunal royal par *district*. L'établissement des juges de paix est généralement désiré; il est demandé par le plus grand nombre de nos cahiers; c'est un des plus grands biens qui puisse être fait aux utiles habitants des campagnes. La compétence de ces juges doit être bornée aux choses de convention très simple, et de la plus petite valeur, et aux choses de fait qui ne peuvent être bien jugées que par l'homme des champs, qui vérifie sur le lieu même l'objet du litige, et qui trouve, dans son expérience, des règles de décision plus sûres que la science des formes et des lois n'en peut fournir aux tribunaux sur ces matières».

[22] Ivi, p. 8.

regolamento, il più semplice possibile, avrebbe dovuto costituire tutto il suo codice. Era necessario altresì scartarne le formalità, affinché riesca benefica, semplice ed esente da spese. Era necessario che ogni uomo dabbene, per poco che egli abbia di esperienza ed uso di affari, possa essere eletto Giudice di Pace[23].

In sintesi, i Giudici di Pace giudicavano in modo sommario, semplice e liberi da ogni forma, tuttavia era possibile la richiesta di ritrattazione da presentare allo stesso giudice. Questa figura di Giudice di Pace francese, a seguito dei successi militari napoleonici, divenne un modello di giustizia esportato nel resto d'Europa e soprattutto nelle provincie italiane. Infatti, le sue tracce culturali sono particolarmente significative nel Regno delle due Sicilie, anche dopo il tramonto della parentesi Murattiana.

2. In realtà, l'esperienza napoletana ebbe anche caratteri particolari nonostante la diretta derivazione del modello francese. Nel Napoletano il Giudice di pace fu ad ogni effetto un ufficiale di polizia giudiziaria[24], nel senso che era inteso come capo della polizia giudiziaria nel proprio circondario: a lui doveva farsi rapporto di qualunque delitto o misfatto, a lui dovevano essere rimessi i processi verbali o almeno la copia e solo lui aveva l'obbligo di darne conto ai procuratori regi nei rapporti settimanali.

In tale prospettiva, quindi, nel Regno di Napoli le guardie rurali e forestali, la gendarmeria, i supplenti ed i sindaci erano considerati veri e propri ausiliari del Giudice di pace, sottoposti alla sua autorità ed a quella dei procuratori regi. Le caratteristiche principali dei Giudici di Pace, intesi come ufficiali di polizia giudiziaria, si potevano riassumere in una vera e propria attività di vigilanza e la

[23] Ivi, pp. 8-9: «Il faut écarter des fonctions des juges de paix, l'embarras des formes et l'intervention des praticiens: parce que la principale utilité de cette institution ne sera pas remplie, si elle ne procure pas une justice très simple, très expéditive, exempte de frais, et dont l'équité naturelle dirige la marche plutôt que les règlements pointilleux de l'art de, juger. Il faut que dans chaque canton tout homme de bien, ami de la justice et de l'ordre, ayant l'expérience des mœurs, des habitudes et du caractère des habitants, ait, par cela seul, toutes les connaissances suffisantes pour devenir à son tour juge de paix. Le Comité a proposé que les juges de paix connaissent de toutes les causes personnelles, jusqu'à la valeur de l00 livres à la charge de l'appel; et il a déterminé plusieurs cas dans lesquels il lui a paru nécessaire que ces juges fussent compétents, à quelque valeur que les demandes pussent se monter. Ces cas sont ceux qui fournissent les plus fréquentes occasions de procès entre les habitants des campagnes, ceux dont le plus sur moyen de décision est dans l'inspection de la chose contentieuse, ceux, enfin, que les tribunaux ne jugent eux-mêmes qu'après avoir emprunté les lumières et le jugement préalable des experts. Cette compétence nécessaire dans l'esprit de l'institution des juges de paix est, d'ailleurs, sans inconvénient, parce que peu de ces procès excéderont la valeur de l00 livres, parce que les habitants des campagnes sont toujours meilleurs juges en ces matières que les hommes de loi, et parce qu'en cas d'injustice manifeste leurs jugements seront réformables. Enfin, l'appel des sentences des juges de paix se portant et se terminant sommairement au tribunal royal de district, il a paru à votre Comité que tout était rempli pour que cette classe de procès minutieux, qui sont le fléau des campagnes, se trouve désormais expédiée avec cette simplicité et cette douceur de régime qui conviennent à un peuple raisonnable et à un gouvernement populaire et bienfaisant».

[24] Legge organica del 20 maggio 1808, n. 140, articolo 17, 1808, I.

celerità nell'operare e nell'agire, al fine di appropriarsi delle prove e delle tracce lasciate dai delitti.

Nel resto della Penisola le legislazioni preunitarie, invece, rimasero avverse a una magistratura non professionale, anche perché ritenuta, in un certo qual senso, figlia della Rivoluzione Francese ed, in qualche modo, poco suscettibile di controllo. Non furono, infatti, istituiti giudici onorari in Toscana, nello Stato Pontificio e nel Lombardo-Veneto, ridottissima - i giudici di mandamento - fu la presenza nel Regno di Sardegna. Con la Restaurazione, invece, alla figura di Giudice di pace, non si mostrò ostile il Regno delle Due Sicilie, con la previsione, dapprima, delle giurisdizione dei sindaci, per modesti valori nella competenza civile.

I giudici di pace, nel Regno di Napoli, furono istituiti con la legge 140 del 20 maggio 1808. Giuseppe Buonaparte dispose, accanto ad altri organi giudiziari, anche la magistratura di pace, infatti in ogni provincia ne fu prevista una per ogni *ripartimento*.

Tale compito venne affidato al capo della polizia giudiziaria[25] che, nel settore penale, doveva porre fine e sedare le liti e prevenire ogni genere di delitti[26], mentre, in quello civile, poteva giudicare sino al valore di duecento ducati. Inoltre la legge del 1808 sostituì il giudice baiulare nelle vertenze e nelle controversie relative ai danni arrecati agli animali sui fondi altrui[27].

La nomina avveniva tra i proprietari domiciliati nel *ripartimento* e duravano in carica tre anni con possibilità di conferma, ebbero una competenza piuttosto ampia sia in materia civile che in quella penale non solo, ma avevano anche competenza correzionale di polizia. In seguito, il Decreto Reale del 28 febbraio 1811, attribuì al sindaco il giudicare le cause sino all'importo di trenta carlini. In seguito, dopo la parentesi napoleonica, continuatore degli arbitri e dei giudici di pace, fu il giudice conciliatore, che, con la legge organica giudiziaria del 29 maggio 1817, n. 727, in ogni comune ebbe il compito di dirimere su richiesta delle parti qualunque controversia, il suo responso aveva valore di arbitrato, il giudice conciliatore non svolgerà più, d'ora in poi, funzione di polizia.

La legge murattiana si riportava all'ideale del giudice cittadino, investito dal mandato popolare per il quale non era richiesta alcuna specializzazione giuridica. Per la non facile situazione del Mezzogiorno tale figura giuridica fu l'unico organo giudicante laico introdotto, tenuto conto che le Corti di Assise composte da un collegio giudicante di giudici togati e giudici popolari furono ritenute poco compatibili con la difficile situazione del Regno. Il Giudice di pace, coadiuvato da quattro aggiunti, rimaneva in carica tre anni con la possibilità di avere la conferma del mandato e differentemente dai togati ai quali era concessa l'inamovibilità dopo i primi tre anni di esercizio conserva una condizione di costante precarietà in relazione

[25] Ivi, articolo 17.
[26] Ivi, articolo 11.
[27] Ivi, articolo 20.

allo svolgimento delle proprie funzioni. Unici requisiti richiesti erano l'età e la posizione sociale tenuto conto che la scelta ricadeva sui proprietari, uomini visibili e riconosciuti, dotati di buon senso e per questo capaci di risolvere le controversie secondò equità, la sua autorità era legittimata dalla posizione occupata, a patto, però che giudicasse riconoscendo l'eguaglianza e la parità tra i cittadini di fronte alla legge. La giustizia di pace si dimostrava perciò coerente con le teorie costituzionali francesi che sostenevano il progetto di una società guidata dalla classe dei proprietari. La giustizia locale, dunque, era una carica a tempo determinato ed elettiva, gestita secondo equità e realizzata allo scopo di riqualificare e ridare legittimità alla funzione giudiziaria a livello locale. Tuttavia, la sua condotta era sottoposta al controllo ed al sindacato dei cittadini, nel senso che l'ordinamento napoleonico aveva introdotto una serie di controlli secondo i quali al fine del suo mandato i cittadini erano chiamati a pronunciarsi sulla sua condotta[28].

È bene precisare, comunque, che nel Regno di Napoli la giustizia di pace ebbe caratteri propri in parte diversi da quelli francesi, estendendo l'incarico a dieci anni, integrando in tal modo il funzionario locale nell'ordinamento giuridico ordinario ed abolendo l'obbligo della conciliazione, le cui funzioni furono attribuite ai tribunali di commercio ed ai consigli di famiglia.

In sintesi, la normativa sui tribunali locali del Mezzogiorno rese il processo semplice e rapido, utilizzando la procedura sommaria di antico regime: le controversie si discutevano evitando il rito giudiziario, utilizzando atti semplici; le parti si presentavo dinanzi al giudice direttamente all'udienza, il cancelliere aveva come unico compito quello di mettere agli atti i documenti letti e sottoscritti da tutti i comparsi, la procedura per i reati correzionali non predeva dibattimento, né carcerazione preventiva, in tal modo da consentire all'imputato di organizzare la propria difesa. L'attività svolta era remunerata con un retribuzione di 150 ducati all'anno, a tale importo, poi, venivano aggiunti premi per ciascuna azione conciliativa raggiunta, in modo da incentivare tale attività conciliativa, sebbene questa non fosse obbligatoria. Nel Regno delle due Sicilie, i giudici di equità oltre la conciliazione si interessavano di una ampia totalità di materie civili, sino ad un valore di duecento ducati e svolgevano, altresì, funzioni di polizia amministrativa o preventiva che ben si adattavano al profilo paternalistico del funzionario-notabile; esercitavano, infine, anche funzioni di polizia giudiziaria, dirette ad accogliere le accuse e le prove nei procedimenti penali e ad arrestare i soggetti che venivano colti in flagranza di reato[29].

---

[28] V. CUOCO, *Osservazioni sulla nuova organizzazione giudiziaria*, in «Corriere di Napoli», n. 271, 15 giugno 1808, oggi in Id., *Scritti giornalistici*, Vol 2: periodo napoletano 1806-1815, a cura di D. Conte, Fridericiana editrice universitaria, 1999, p. 400.

[29] Cfr. C. CASTELLANO, *Il mestiere di giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi e i Borboni (1799 – 1848)*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 154-162.

Inoltre, con la legge sulla giurisdizione di polizia e sulla giustizia correzionale del 22 maggio 1808, la giustizia di pace ebbe anche funzioni in materia correzionale[30].

Questi compiti venivano svolti con l'assistenza di altri corpi di polizia, come i gendarmi o le guardie rurale, questo significava svolgere un ruolo di unificazione tra il potere giudiziario e quello amministrativo.

A tal proposito, Niccola Nicolini[31] sottolineò che l'ordinamento francese non concedeva ai Giudici di Pace alcuna superiorità sugli ufficiali di polizia, mentre nel Regno di Napoli la legge li identificava come capi della polizia giudiziaria. Al giudice di pace il Nicolini dedicò una voluminosa monografia, sottolineandone il rilievo nell'ambito del nuovo assetto delle giurisdizioni di ispirazione francese. Avvocato Generale della Corte di Cassazione sotto Murat e stretto collaboratore del Ministro della Giustizia Ricciardi nel 1814, il Nicolini ebbe anche l'incarico della nuova redazione dei codici penale e di procedura penale. A seguito della Restaurazione il giurista abruzzese continuò a prestare la propria collaborazione al governo borbonico presso la Commissione che nel 1815 procedette alla redazione dei nuovi codici penale e di procedura penale e, precisamente, la stesura dei primi due libri di ambedue i codici. Fu docente di diritto penale e di procedura penale ed intrattenne relazioni scientifiche anche con il Savigny. Tuttavia, il Nicolini, pur rivestendo il ruolo di primo protagonista dell'elaborazione dei codici penale e di procedura penale del 1819, nel periodo seguente mantenne un percorso di grande coerenza intellettuale e scientifica «*defilandosi, dai ruoli di natura istituzionale per dedicarsi alla speculazione teorica ed all'attività forense*»[32]. Il suo lavoro sui giudici di pace in questo percorso intellettuale ben rappresenta i suoi valori ideologici di riferimento che nonostante la Restaurazione rimangono quelli propri del Decennio francese.

Nel Regno di Napoli il Giudice di pace fu ad ogni effetto un ufficiale di polizia giudiziaria[33], nel senso che era inteso come capo della polizia giudiziaria nel proprio circondario: a lui doveva farsi rapporto di qualunque delitto o misfatto, a lui dovevano essere rimessi i processi verbali o almeno la copia e solo lui aveva l'obbligo di darne conto ai procuratori regi nei rapporti settimanali. In tale ottica, quindi, nel Regno di Napoli le guardie rurali e forestali, la gendarmeria, i supplenti ed i sindaci erano considerati veri e propri ausiliari del Giudice di pace, sottoposti alla sua autorità ed a quella dei procuratori regi. Le caratteristiche che distinguevano i Giudici di pace, come ufficiali di polizia giudiziaria, erano la vigilanza e la celerità nell'operare, al fine di impadronirsi delle prove e delle tracce lasciate dai delitti, tuttavia questo richiedeva la piena osservanza delle formalità fissate dalla legge per

---

[30] *Legge sulla giurisdizione di polizia e sulla giustizia correzionale*, in «Bollettino delle leggi», 1808, I, legge organica del 22 maggio 1808, n. 153.

[31] Cfr. N. NICOLINI, *Istruzione per gli atti giudiziarj di competenza de' Giudici di pace*, Napoli, Tipografia di Angelo Trani, 1812.

[32] Come riportato da F. MASCIARI, *La scienza giuridica meridionale della Restaurazione. Codificazione e codici nell'opera di Giuseppe Amorosi*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2003.

[33] *Legge organica del 20 maggio 1808, n. 140*, articolo 17.

ogni atto giuridico. Mentre il reale Decreto del 12 settembre 1811 si limitava a determinare le forme, la violazione delle quali avrebbe condotto all'annullamento del giudizio criminale, il nuovo codice d'istruzione criminale francese distingueva tre classi di violazione: per alcune non si prevedeva che riprensione[34]; altre conducevano alla nullità dell'atto; per altre ancora si infliggevano ammende[35].

In sintesi, per ben individuare le funzioni e le attività svolte dai Giudici di Pace è opportuno evidenziare, qui di seguito, quanto riportato da Renata De Lorenzo sulle funzioni e sulle competenze a loro attribuite: «forniti di una retribuzione molto modesta (150 ducati annui, più un premio per ogni lite che conciliavano, mentre i giudici dei vari tribunali avevano uno stipendio da 800 a 1600 ducati annui, fino ai 2500 della Corte di Cassazione), vincolati dalla residenza essi erano giudici monocratici con competenze penali e civili ed erano tanto giudici di polizia nei giudizi correzionali e criminali quanto ufficiali di polizia giudiziaria, per cui svolgevano indagini, ricevevano accuse e denunce, facevano arrestare i rei colti in flagranza. Avevano anche l'obbligo di recarsi trimestralmente nei comuni del circondario, per controllare i sindaci e indagare sulle cause di eventuali disordini o solo a scopo preventivo. Corrispondevano agli attuali pretori e avrebbero dovuto garantire una giustizia rapida, poco costosa gestita da individui capaci, competenti e consapevoli degli equilibri locali»[36].

In seguito, la legge n. 727 del 29 maggio 1817[37], contenente l'obbligo di motivazione delle sentenze[38], ridisegnò l'organizzazione giuridica nel Regno di Napoli introducendo due diversi organi giudicanti: il Giudice Conciliatore, con carica onorifica e limitata a funzioni istruttorie nell'ambito comunale, ed il Giudice di Circondario, figura monocratica, le cui funzioni erano dirette a trattare e decidere le cause civili, correzionali e di polizia nell'ambito del distretto di appartenenza. Era questo un tentativo di semplificare e decentrare la giustizia. Con tale innovazione veniva così introdotta una nuova figura giuridica, il Giudice di Circondario, istituita in ogni circondario allora esistente, erede in parte del Giudice di Pace, durava in carica tre anni, esercitava funzioni in materie indicate dalla legge, contro le sue decisioni l'appello non era ammesso per i processi limitati al valore di venti ducati, viceversa, erano appellabili le cause fino a trecento ducati, da presentare dinanzi al

[34] *Codice d'istruzione criminale*, articoli 279, 280, 281. La riprensione era prevista per le semplici negligenze. Il diritto a rimproverare che avevano in questi casi le Corti ed i Tribunali era esercitabile in Francia su tutti gli ufficiali di polizia giudiziaria, non esclusi i giudici d'istruzione ed i funzionari amministrativi.

[35] Il Regolamento del Regno di Napoli non prevedeva le ammende e quindi solo la virtù del Giudice di pace era garante della loro esattezza.

[36] DE LORENZO, *op. cit.*, p. 40.

[37] *Legge del 29 maggio 1817* sull'organizzazione giudiziaria in «Bollettino ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno delle due Sicilie».

[38] Bernardo Tanucci (1698-1783) promulgò i dispacci che istituirono nel Regno di Napoli l'obbligo di motivazione delle sentenze in tutti i tribunali cercando di limitare l'arbitrio delle magistrature tradizionali, cfr. GALASSO, *op. cit.*, pp. 431 – 439.

Tribunale civile della Provincia. L'introduzione di questo nuovo istituto giudiziario, comunque, risultò sin dall'inizio la novità più importante della nuova legge organizzativa del sistema giudiziario. La nomina avveniva su proposta del decurione e richiedeva come unico requisito la *probità della pubblica opinione*. Questi decideva le cause adottando un procedimento verbale semplice e rapido, in tempi molto limitati, senza osservare alcun rito giudiziario ed avvalendosi nel suo operato del cancelliere comunale. In considerazione della celerità e della semplicità delle procedure la sua attività ebbe a mostrarsi molto efficiente dal punto di vista del funzionamento del sistema giudiziario, in quanto bene si adattava alle esigenze sociali del Regno delle due Sicilie. Aveva, inoltre, funzioni di giudice in materia correzionale e di polizia, con lo scopo di comporre anche le inimicizie e risse, prevenendo così ogni genere di delitti, in questa funzione veniva coadiuvato dal Giudice Istruttore[39]. La giurisdizione del Giudice di Circondario si svolgeva nell'ambito di una limitata zona territoriale, denominata circoscrizione, che poteva comprendere uno o più comuni, oppure parte di un comune, secondo la grandezza e l'importanza. In tale ottica, quindi, scopo principale della legge n. 717 del 1817 fu di consentire a tale figura di assolvere all'enorme mole di lavoro che la legge aveva assegnato a loro. Molto interessante furono le iniziative che il governo borbonico ebbe modo di adottare per il reclutamento e la loro organizzazione. Suddivisi in tre classi, secondo l'importanza del circondario, con differente trattamento economico in modo da predisporre una carriera interna produttiva ai fini dell'esperienza e della professionalità, venivano assunti con il sistema degli esami, tanto da rendere il meno possibile la distanza tra questa categoria ed i magistrati di carriera[40].

Il regolamento annesso alla legge n. 717 del 1817[41] stabiliva, inoltre, che i candidati alle carriere giuridiche, per i quali divenne obbligatoria la licenza in diritto, dovessero sostenere un esame concernente quesiti relativi al diritto ed alla procedura civile e penale. La normativa, poi, prevedeva anche l'ipotesi del concorso nel caso in

---

[39] Cfr. L. MANNELLA, *L'archivista, o Cronologia, classificazione e nomenclatura degli atti delle pubbliche amministrazione da' tempi più remoti al 1860 per i concorrenti alla carriera archivistica,* Bari, F.lli Pansini, 1887, pp. 245-246; G. GRECO, *I giudici di circondario nel Regno delle Due Sicilie,* in «Clio», 1989, pp. 659-668.

[40] Legge del 29 maggio 1817 sull'organizzazione giudiziaria in «Bollettino ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno delle due Sicilie», articolo 1: «I giudici di circondario saranno divisi in tre classi. Apparterranno alla seconda classe quelli che risiederanno ne' capoluoghi delle provincie. Apparterranno alla seconda classe quelli che risiederanno nei capoluoghi de' distretti e che amministreranno giustizia in un circondario, la cui popolazione è maggiore di quindicimila anime. La terza classe infine comprenderà tutti que' giudici, che non risiedendo ne' capoluoghi delle provincie e de' distretti, avranno un circondario la di cui popolazione è minore di quindicimila anime». Infatti quanto disposto dalla legge del 1817 stabiliva che per tale carica era richiesta la laurea in giurisprudenza e che dovessero sostenere un esame sul diritto e sulla procedura civile e penale. In argomento, cfr. A. DE MARTINO, *Giustizia e politica nel Mezzogiorno 1799-1825*, Torino, Giappichelli, 2003.

[41] *Regolamento alla legge del 29 maggio 1817*, in «Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle due Sicilie», titolo XVI.

cui vi fossero stati soggetti giudicati di pari merito. Alla luce di quanto innanzi, la Restaurazione nel Regno di Napoli non rappresentò una rottura con la precedente situazione in quanto le iniziative e le soluzioni adottate furono certamente utilizzate in modo coerente ed uniforme. L'istituzione del Giudice di Circondario, infatti, superò in maniera ottimale l'ostacolo che precedentemente aveva impedito qualsiasi riforma, dovuto principalmente alla preoccupazione che l'introduzione di giudici monocratici, a causa di una enorme mole di lavoro dovuta dalla giustizia correzionale, avrebbe determinato un rallentamento del controllo dello Stato. Con l'introduzione del Giudice di Circondario si venne così ad attivare una giustizia locale, diretta a prevenire gli abusi, a scoprirli nel caso in cui fossero stati commessi, e di conoscere e premiare coloro che avevano adempiuto bene ai propri doveri. Inoltre, le norme relative a tale nuova figura giuridica fungevano da vero raccordo e sostegno alla magistratura togata, anche se essa risultava più lontana da quella del Giudice di Pace inglese, verso la quale aveva guardato l'Assemblea Nazionale Francese.

In definitiva, con l'introduzione delle nuove disposizioni organizzative borboniche in materia giudiziaria si poté definire raggiunto l'obiettivo della riforma, avendo questa consentito ai Giudici di Circondario di assolvere all'enormità di lavoro e di acquisire al tempo stesso idonea professionalità ed efficienza. Nel periodo borbonico, abolita l'elettività ed introdotto il sistema del reclutamento per concorso, la magistratura locale finì per integrarsi nella carriera giudiziaria, tanto più che le originarie funzioni conciliative non rientravano più nelle sue competenze. In effetti nel Regno delle Due Sicilie il giudice di pace, soprattutto per i compiti di polizia, finì per assumere i caratteri propri di un giudice locale.

RECENSIONI

ETTORE RASCHILLÀ, *Il Sindaco e il Magistrato* - Romanzo, Scorpione Editrice, Taranto, 2014, pp. 152, ISBN 978-888099325-4

È il primo romanzo del giornalista Ettore Raschillà, responsabile per oltre vent'anni della cronaca giudiziaria per il glorioso quotidiano tarantino "*Corriere del Giorno di Puglia e Lucani*a". Un romanzo che, per molti versi, può apparire come la cronaca giornalistica di una vicenda giudiziaria relativa a uno dei molteplici episodi di corruzione politico-amministrativa che, purtroppo, vengono quasi quotidianamente consegnati alla nostra attenzione dai mezzi di comunicazione.

Il volume è molto divertente e ironico, con una notevole caratterizzazione dei personaggi, si tratti di protagonisti o di comprimari. Raschillà descrive un mondo che conosce molto bene e ci restituisce, quindi, dei ritratti gustosissimi.

I protagonisti sono indubbiamente quelli evocati dal titolo del romanzo: da un lato, il Sindaco di una città che potrebbe essere anche Taranto di alcuni fa (Andrea De Gullico), abituato a gestire in modo spregiudicato la cosa pubblica per esclusivo tornaconto personale, con la complicità di assessori e funzionari amministrativi comunali; dall'altro, un giovane integerrimo (ma anche) ambizioso magistrato del pubblico ministero (Emilio Findu), abituato ad applicare la legge senza fare sconti al potente di turno.

Nonostante un'indagine accuratissima, e per molti versi "blindata" attraverso i risultati inconfutabili delle intercettazioni e degli accertamenti patrimoniali, questo pubblico ministero si troverà a dover resistere non solo alle pressioni delle potenti amicizie degli indagati, ma soprattutto al tentativo di delegittimazione portato avanti dagli stessi soggetti sottoposti alle indagini, i quali cercano di minarne la credibilità insinuando il dubbio che l'inchiesta non sia altro che una ritorsione contro uno degli indagati, dettata dal risentimento personale per una vicenda privata riguardante la sorella del magistrato. Insomma, la c.d. "macchina del fango" che abbiamo visto operare realmente in tante occasioni, anche recentemente.

Attorno ai due protagonisti che vedono i loro destini intrecciarsi e la loro vita cambiare irrimediabilmente ruotano tante altre figure minori di politici, magistrati, avvocati, imprenditori e giornalisti: un microcosmo di soggetti che l'Autore riesce a caratterizzare in modo efficace, attribuendo tra l'altro a quasi ognuno di essi un bizzarro soprannome o cognome: il vicesindaco Arturo Ugo Filinini, detto "Fred Astaire", per la sua propensione a frequentare locali da ballo, o "Ronaldhino", per la sua capacità di dribblare avversari e problemi; l'assessore comunale Vanessa Purosangue, detta "Valchiria", forse per il

cognome, che porta subito alla mente razze equine e di conseguenza cavallerizze, o perché appassionata di Wagner; l'inflessibile sostituto procuratore Paolo Enea Sudamericano, abituato a far scattare le manette in ogni indagine da lui condotta; l'avvocato Piersanti Pirlo, il più gettonato (e costoso) legale della città; l'imprenditore Angelico Max Gondranoli, proprietario della società l'"Arcano s.r.l.", il cui nome è tutto un programma; Patrick Dinari, un giornalista televisivo molto famoso che deve la sua fortuna al matrimonio con la figlia del senatore Cristoforo Lamelamarcia; e via seguitando.

Colpisce l'arroganza e il senso d'impunità che accompagnano il Sindaco, i componenti della Giunta comunale e i dirigenti amministrativi nella loro attività: è questo un dato che purtroppo emerge molto frequentemente dalle inchieste giudiziarie. Potremmo parlare di "arroganza del potere", che spinge spesso molti amministratori corrotti a violare in modo sfacciato e grossolano la legge.

Raschillà fotografa esattamente la realtà anche nel momento in cui ci mostra come il Sindaco, all'atto di ricevere l'informazione di garanzia, non si preoccupi più di tanto delle gravi ipotesi di reato contestate a lui e agli altri indagati (associazione per delinquere, falso, corruzione, truffa e abuso d'ufficio) quanto piuttosto della possibilità che la notizia arrivi ben presto alla stampa, diventando di dominio pubblico.

Con riferimento ai c.d. "reati dei colletti bianchi" – espressione questa coniata dal criminologo Edwin Sutherland molti anni fa, precisamente nel 1939 – accade esattamente questo. Ormai, la prospettiva di essere sottoposti a un'indagine penale sembra non intimorire più di tanto i politici nazionali e gli amministratori locali che abbiano commesso dei reati contro la pubblica amministrazione: quello che li preoccupa è soprattutto la c.d. "gogna mediatica", cioè la pubblicazione da parte degli organi di informazione della notizia che sono indagati e la diffusione di circostanze relative alla loro vita privata.

È un comportamento ormai radicato, come potrebbero confermare gli avvocati che ricevono mandato da clienti accusati di reati di questo tipo ovvero gli ufficiali di polizia giudiziaria e i magistrati che, all'atto di sottoporre a interrogatorio tali indagati, si sentono rivolgere la domanda che il Sindaco protagonista del racconto di Raschillà rivolge all'ufficiale della Guardia di Finanza che gli consegna l'informazione di garanzia: "Ma chi ha fatto uscire la notizia sui giornali?".

Ora, questa circostanza deve fare riflettere: ormai, a essere percepita come sanzione è la pubblicazione sulla stampa della notizia di essere sottoposti a indagine ovvero la pubblicazione di determinati atti d'indagine, come interrogatori o brani d'intercettazioni telefoniche.

La vera sanzione, quella penale, viene percepita come un'eventualità remota, che resta molto sullo sfondo, complice la lunghezza dei processi – altro che la "ragionevole durata" prevista dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo! – e la spada di Damocle della prescrizione.

«*È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!*»: è una delle battute cinematografiche più note di tutti i tempi. La dice uno straordinario Ed Hutcheson-Humphrey Bogart alla fine del film di Richard Brooks "*Deadline – U.S.A.*" (in italiano: "*L'ultima minaccia*", 1952), mentre le rotative vanno a tutta velocità e stampano la notizia sulla prima pagina del giornale. Nel film, mentre il direttore di un quotidiano conduce una violenta campagna contro un gruppo di affaristi disonesti, i proprietari del giornale decidono di vendere. Il direttore si oppone e continua nella sua campagna, improvvisandosi all'occorrenza anche *detective* per smascherare i truffatori. Alla fine, la spunta: i colpevoli sono arrestati e il suo giornale continuerà le pubblicazioni.

Raschillà prende in prestito questa battuta per intitolare un capitolo del suo romanzo, allorché il timore del Sindaco diventa effettivamente una realtà e sugli indagati, dopo la bufera giudiziaria, si abbatte la "bufera mediatica". Finiscono sulle pagine di tutti i giornali, che con articoli dettagliatissimi dimostrano di sapere più di quanto avrebbero dovuto, in piena violazione del segreto investigativo.

Dunque, un romanzo godibilissimo, che si legge tutto d'un fiato, con una trama narrativa che si sviluppa con leggerezza intorno a tematiche di strettissima attualità (la corruzione politico-amministrativa e le degenerazioni del c.d. "processo mediatico") sino all'efficacissimo colpo di scena finale.

Nicola Triggiani

§§§

ANTONIO URICCHIO (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, Bari, Cacucci Editore, 2014, pp. 556, ISBN 9788866113874

Quando si parla di ambiente, l'antica nozione di paesaggio non è più sufficiente. Non è più possibile scindere i concetti di "natura" e "cultura"[1], sicché è difficile

[1] Il *Glossario Geografico Internazionale* identifica "*naturlandschaft*" come «un paesaggio in cui manca l'intervento dell'uomo od in cui questo non è partecipe in maniera rilevante» (p.546) e

pensare alla natura avulsa dall'opera umana. «E allora puntiamo verso il concetto di ecosistema, del quale l'uomo è parte integrante e modificatore primario»[2]. Negli ultimi tempi, la dicotomia è stata sottoposta a critiche, motivate dalla constatazione che non esiste ambiente naturale che non sia influenzato, seppur anche solo indirettamente, dall'uomo. L'ambiente, inteso nel senso di "paesaggio culturale", può essere definito come «la rappresentazione del modo di proiettarsi del soggetto nella realtà, del suo essere nel mondo nel senso heideggeriano del termine; una rappresentazione che consiste in segni di forte connotazione intellettuale e spirituale, i quali collegano memoria e progetto, passato e futuro, esistenza natura società trascendenza»[3].

Nell'attuale discussione che innerva il dualismo assiologico tra salute e lavoro (particolarmente esploso, nel Sud Italia, con il "caso Taranto"), la tematica ambientale ha acquisito una rilevanza sempre maggiore, anche in virtù dei cambiamenti epocali che acquisiscono dimensioni internazionali. Codesti interessi, insieme alle non del tutto ingiustificate ansie riguardo ad una natura violentata, hanno indotto gli studiosi a porsi domande sempre più circostanziate e stringenti relativamente al tema *de quo*.

«La tutela dell'ambiente e la considerazione dei suoi aspetti economici si sono imposte all'opinione pubblica internazionale a partire dagli anni settanta, con il manifestarsi di problemi ambientali di carattere globale e con la presa di coscienza che essi vanno affrontati nell'ambito di politiche concordate in sede internazionale»[4]. A livello locale, la contrapposizione degli interessi, seppur emersa in modo drammatico negli ultimi anni (in particolar modo grazie all'opera dell'azione della Magistratura), è stata fomentata da chi pensava che la soluzione potesse giungere ragionevolmente presto (lo hanno pensato solo coloro che continuavano a ballare sul ponte del *Titanic*, mente non si accorgevano che la nave affondava!). Ma, ad oggi, i problemi permangono e, pervasi da un senso di scoramento, si pensa che si sia entrati in un tunnel senza via d'uscita. Così è lecito chiedersi se si sia intrapresa la via maestra, se si siano moltiplicati gli sforzi per crescere e arricchire la cultura, oppure se si siano distrutti valori e risorse per creare un mondo statico ed egoista, similitudine perfetta del modello di sviluppo socio-economico tradizionale che ha, ormai, evidenziato tutti i suoi limiti.

Il lavoro curato da Antonio Uricchio si inserisce nell'evidenziato contesto e viene salutato dal mondo accademico - e ancor più dalla società civile - come «la scure per

---

"*kulturalandschaft*" come «un paesaggio alla cui configurazione e struttura ha contribuito l'uomo, insieme alla natura» (curato da Unione Geografica Internazionale, 1988).

[2] F. CARDINI, *Orizzonti spaziali e orizzonti mentali*, in *Uomo e ambiente nel Mezzogiorno normanno-svevo*, Bari, Edizioni Dedalo, 1987.

[3] A. VALLEGA, *Paesaggio: realtà oggettiva o manto di simboli? Approcci geografici a confronto*, in M. MAUTONE – M. RONZA (a cura di), *Patrimonio culturale e paesaggio*, Roma, Gangemi Editore, 2009, p. 28.

[4] A. FAZIO, *La tutela dell'ambiente e lo sviluppo economico*, Roma, Banca d'Italia, 2000, p. 3.

il mare gelato dentro di noi»[5]. Pubblicato nell'ambito della Collana del Dipartimento Jonico in "Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture", ha il merito di essere un *ensemble* di contributi scientifici e ricerche originali di studiosi che, da diversi punti di osservazione, si sono occupati, con competenza ed entusiasmo, della questione ambientale a Taranto. Questa "rivoluzione culturale" - che «può cominciare anche su un minareto»[6] - ha probabilmente aiutato ad abbandonare, o almeno si spera lo faccia, quell'idea ormai troppo vecchia, propria dell'Ottocento, secondo la quale l'uomo dovesse modificare, soggiogare e ridurre l'ambiente al proprio volere[7].

La pubblicazione *de qua* si inserisce a compimento di un lavoro di ricerca scientifica assai pregevole, che trova la sua punta di diamante nella realizzazione del Polo Scientifico Tecnologico "Magna Grecia" di Taranto, dotato delle migliori e più recenti tecnologie per svolgere ricerca nel settore ambientale. Questo – *de facto* – rappresenta non un punto di arrivo bensì una sfida: capovolgere il paradigma che avvolge la Città, convertendo la medesima da città simbolo dell'inquinamento a città modello per la ricerca sull'inquinamento[8].

L'intuizione di Antonio Uricchio è quella di aver coinvolto nella realizzazione del volume esperti di varie discipline che, quindi, affrontano il problema da diverse prospettive, facendosi promotori di proposte per giungere ad un obiettivo comune: fare della bonifica ambientale l'esempio per condividere un nuovo progetto di sviluppo per Taranto, contemperando responsabilità sociale d'impresa e perseguimento del bene comune.

Il volume vuol costituire non un solo momento celebrativo (a conclusione del PON Ricerca e Competitività 2007-2013 - PONa3_00298), bensì, soprattutto, occasione di riflessione sul binomio uomo-ambiente: l'orizzonte geofisico e quello delle mentalità, la clemenza della natura e l'opera dell'uomo spesso distruttiva, la tutela della terra e dei beni ad essa connessa e la non sostenibilità dei processi produttivi.

L'opera consta di quattro parti ciascuna afferente a determinate aree tematiche. La prima, denominata «Taranto da città dell'emergenza ambientale a sede di un polo scientifico per le bonifiche», è funzionale ad illustrare, *in primis*, la struttura del PST e gli obiettivi dello stesso; altresì sono presenti contributi che analizzano l'attuale

---

[5] F. KAFKA, *Lettera a Oskar Pollak*, 1904, in F. MASINI (a cura di), *Lettere*, Milano, Mondadori, 1988.

[6] Come in un fumetto di Hugo Pratt, Corto Maltese, ormai maturo, si rende conto che la guerra è il sistema di sopraffazione tipico di quel vecchio mondo che ormai sta cambiando mentre tramonta. E per cambiarlo è necessaria la rivoluzione. Il mondo cammina e non si può rimanere immobili; con le azioni, con la ricerca di avventura, Corto cerca indubbiamente di accelerare il cambiamento. V. G. BRUNORO, *Corto come un romanzo. Illazioni su Corto Maltese, ultimo eroe romantico*, Bari, Edizioni Dedalo, 1984.

[7] Cfr. V. BULGARELLI, *La questione ambientale come questione cultuale*, in V. BULGARELLI – C. MAZZERI (a cura di), *La città e l'ambiente*, Carpi, APM Edizioni, 2009.

[8] *Exempli gratia*, si prenda un caso del Nord-Europa: in Svezia, a Sud di Stoccolma esiste il quartiere Hammarby Sjostad che da area industriale inquinata è diventato modello di sostenibilità ambientale.

situazione ambientale ed, in particolar modo, spunti - riguardanti la cd. fiscalità ambientale - per fronteggiare l'inquinamento nonché per sostenere lo sviluppo locale. *In secundis*, vengono illustrati, da prospettive più tecniche, lo stato attuale delle bonifiche e le prospettive di risanamento. La seconda parte – «Ambiente, salute e profili di responsabilità: la vicenda Ilva tra provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria e legislazione emergenziale» – affronta il problema da una prospettiva lavoristica, penalistica e sanitaria. La terza – «Taranto: il passato ricco di storia e il presente di opportunità» – comprende un *excursus* di percorsi storico-artistici e ambientali, criticità e prospettive, non tralasciando gli aspetti riguardanti la cronaca giornalistica e la responsabilità civile. L'ultima parte, denominata «La coscienza ambientale tra educazione e formazione», fa fronte alla tematica ambientale da prospettive meno tecniche e più "umane": etica, religione e pedagogia. Questa ultima parte – *de plano* – sembra ricondurre alle suggestioni della "*land etich*" o "*etica della terra*"[9], la quale «consiste nell'acquisire consapevolezza del profondo rapporto che lega la specie umana alla natura e del rispetto che a questa è dovuto»[10].

E' lapalissiano che il rapporto tra gli uomini e l'ambiente non è mai stato facile, nel passato così come nel presente. Ma, come è emerso, è un problema centrale, oltre che per le varie discipline interessate, anche e soprattutto per la vita. Sicché, il Dipartimento Jonico – sulla scia del lavoro recensito - continuerà il suo ampio e articolato discorso per ricostruire momenti ed aspetti, per contribuire a spiegarli e ad accrescere la conoscenza, per prospettare interventi e migliorare l'ecosistema circostante, nella speranza che gli strumenti culturali possano servire (se non vien meno la saggezza degli uomini!) a migliorare il presente.

In ultima istanza, e non per importanza, vale la pena di segnalare il rapporto esistente tra l'oggetto della trattazione e gli effetti che esso ha sullo sviluppo economico delle zone interessate[11]. Le considerazioni ambientali ed economiche sono complementari, come due facce della stessa medaglia. La cd. *green economy*, infatti, può rappresentare la chiave di volta per un nuovo ciclo di sviluppo economico all'insegna della sostenibilità e dell'innovazione tecnologica[12], in ossequio anche alla strategia di *Horizon 2020* che ha individuato come prioritarie le iniziative "per una crescita intelligente, sostenibile e solidale". Basti pensare, a titolo meramente

---

[9] A. LEOPOLD, *L'etica della terra*, in M. TALLACCHINI, *Etiche della Terra*, Milano, Vita e pensiero, 1998, *passim*.

[10] M. TALLACCHINI – F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, Mondadori, 2004, p. 22.

[11] Cfr. G. NEBBIA, *L'attualità di Cecil Pigou*, in *Riv. ANEAT Economia&Ambiente*, Anno XXIX, n. 1-2, 2010.

[12] E. RONCHI – R. MORABITO – T. FEDERICO – G. BARBERIO, *Un green new deal per l'Italia, Green Economy* Rapporto 2013, Milano, Edizioni Ambiente, 2013.

esemplificativo, che, ormai da anni, «una parte importate del bilancio dell'UE serve a sostenere gli obiettivi ambientali»[13]

L'esperienza ha, tra l'altro, dimostrato che la crescita economica può essere conciliata con la tutela dell'ambiente. L'ambiente può essere considerato, ormai, uno dei principali mercati emergenti. Dall'encomiabile lavoro, si evince altresì che da vincolo imposto alle imprese, la tutela ambientale può divenire un incentivo all'affermazione di settori nuovi, di grandi potenzialità, e alla riqualificazione di quelli tradizionali. E' innegabile che il futuro appartenga alle *green cities*[14]. Oggi, inoltre, la crescente consapevolezza dell'importanza di salvaguardare l'ambiente urbano, unita alla consapevolezza che le peculiarità dell'ambiente urbano si siano rivelate fondamentali per la qualità della vita ed il benessere dei cittadini, sta creando una stretta sinergia tra sviluppo sostenibile e *smart city*[15].

In conclusione, ciò che emerge dall'opera dell'Accademia tutta è il peso, o meglio il ruolo attivo, che essa ha nell'individuazione delle possibilità di fronteggiare l'emergenza ambientale che attanaglia Taranto così come tante altre Città italiane ed europee. I segnali del cambiamento ci sono e vanno sempre più sostenuti e presi come punti di riferimenti dai poteri amministravi.

E' opportuno chiosare con l'auspicio con cui Uricchio licenzia l'introduzione al volume stesso, ossia con la «convinzione che Taranto ha un futuro che passa attraverso il riscatto di un intero territorio».

Annalisa Turi

---

[13] Commissione europea – Le politiche dell'Unione europea: Ambiente, *Un ambiente sano e sostenibile per le future generazioni*, su http://europa.eu/pol/index_it.htm, Bruxelles, 2013.

[14] Il tema delle *green cities* è stato affermato a livello europeo dalla Carta di Lipsia sulle città sostenibili, nel 2007. Un documento elaborato dagli Stati membri dell'Unione Europea mirato a concordare strategie e principi comuni per le politiche di sviluppo urbano. La Carta pone l'attenzione su numerosi elementi, tra cui: creare ed assicurare spazi pubblici di alta qua lita; modernizzare le reti infrastrutturali e migliorare l'efficienza energetica; un'attenzione speciale ai quartieri degradati all'interno del contesto cittadini; perseguire strategie per migliorare l'ambiente fisico; promozione di un trasporto urbano efficiente ed accessibile.

[15] Cfr. C. GARGIULO – V. PINTO – F. ZUCARO, *EU Smart City Governance*, in TeMA – *Journal of Land Use, Mobility and Environment*, Vol. 6, n. 3, 2013.

VITA ACCADEMICA

Mario Angiulli

LA DOTE MILITARE NEL CONTESTO SOCIO-ECONOMICO DELL'ITALIA MONARCHICA

Relazione presentata al Convegno di Studi *Il Mediterraneo e la Grande Guerra*
Taranto 26 maggio 2015

Specchio di una realtà non molto risalente, e tuttavia caratterizzata da significative differenze nell'assetto istituzionale, economico e sociale, è un rogito notarile del 1934.

Sotto la dizione "capitoli matrimoniali" viene riportato il nome del sovrano "Vittorio Emanuele III per grazia di Dio e volontà della Nazione Re d'Italia." (Rogito notarile, in appendice, fol.1.)

Si tratta di un riferimento che compare in tutti gli atti pubblici dell'epoca.

Nello studio notarile di Giuseppe Rospi "iscritto al collegio notarile distrettuale di Bari" compaiono i coniugi Teresa Gemmato e Francesco De Palma, possidenti, insieme alla figlia Maria. (*Ibidem)*

Il termine "possidenti" è ricorrente in numerosi rogiti notarili dell'epoca ed evidenzia l'incidenza, dal punto di vista economico, della proprietà fondiaria.

Nell'atto viene menzionato anche il futuro sposo della figlia Maria, "il tenente del regio esercito Francesco Mario Angiulli" (Ivi, fol.2.).

Dinanzi al notaio vengono redatti i capitoli matrimoniali (L'art. 1382 del codice civile del Regno d'Italia così dispone "I contratti matrimoniali devono essere stipulati per atto pubblico avanti notaio prima del matrimonio". Per un utile esame di carattere comparatistico, cfr. *Codice Civile del Regno d'Italia col confronto per ciascun articolo del Codice Napoletano e del Codice Francese* per cura di V.C., Napoli, GABRIELE SARRACINO, Libraio – Editore, 1872, p. 279.).

Nel primo capitolo i coniugi dichiarano «essersi combinato matrimonio di pieno gradimento degli interessati tra la nubile Maria de Palma e il tenente Francesco Mario Angiulli» (Rogito notarile, cit., fol.2.).

Non c'è dubbio che, ai fini della validità del matrimonio, rilevasse il consenso dei nubendi (In ordine alle condizioni di validità del vincolo e all'evoluzione dell'istituto cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1983, pp. 259 ss.).

Bisogna sottolineare tuttavia che a quell'epoca il matrimonio senza il consenso della famiglia aveva una ricaduta negativa nei rapporti sociali e familiari.

Ancor più rigido era il controllo della Autorità sugli ufficiali che intendessero passare a nozze.

Nell'Italia risorgimentale requisiti di carattere reddituale e morale venivano richiesti alla sposa, la cui onestà doveva essere comprovata dal comandante del corpo di appartenenza del futuro marito (Cfr. L. 31 luglio 1971, n. 393 e L. 11 marzo 1872, n. 736; reg. 31 luglio 1971 n. 394.).

In tale contesto ben si comprende lo scopo perseguito dal rogito notarile.

Per concorrere agli oneri della famiglia in formazione e garantirle un decoroso tenore di vita, i coniugi de Palma intendono costituire, nei confronti della propria figlia, «dote militare quale futura moglie di ufficiale del regio esercito» (Rogito notarile, cit., fol.2.).

Per effetto del Testo Unico, approvato con R.D. 9 febbraio 1928 n.371, modificato con R.D. L.16 aprile 1934 n.657, dovevano essere costituiti in dote beni per una rendita netta corrispondente al valore di lire tremilacentocinquanta richiesti per la dote militare (Rogito notarile, cit., fol.11). La dote costituiva un istituto di grande importanza nella società di un tempo non molto lontano. Fu abolita in quanto collegata ad una sostanziale soggezione della donna al marito, anche in ordine alla amministrazione dei beni (cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 204 n). Ai sensi dell'art. 227 delle disposizioni transitorie concernenti la riforma del diritto di famiglia, le doti e i patrimoni familiari costituiti prima della riforma continuano ad essere disciplinati dalle norme del codice. (TRABUCCHI cit.).

Si trattava di una particolare tutela che intendeva garantire un decoroso tenore di vita a quanti rientrassero nello status di ufficiale delle Forze Armate, categoria che acquista notevole peso per la monarchia.

Una procedura complessa ed articolata regolava il patrimonio degli ufficiali, ai quali non era possibile andare a nozze senza avere ottenuto "il regio assentimento" (Cfr. ULISSE MARANI – TORO, *Il matrimonio degli Ufficiali e la costituzione della relativa dote, guida teorico pratica*, Stamperia reale di Roma, 1934, II, p.13; cfr. anche G. SIGHELE, *L'ordinamento dello stato civile: ossia il commento teorico pratico del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602, e dei titoli 5 e 12 del Codice civile italiano fatto articolo per articolo, con riferimento delle circolari ministeriali, dei R. decreti relativi e delle massime di giurisprudenza sia italiana che francese.* Brescia - Verona: Tip. Apollonia, 1868, Titolo I, Sez.6, §1 – *Matrimonio dei Militari*, pp. 76 ss.).

Il regio assenso era condizione necessaria per contrarre matrimonio. In caso contrario l'ufficiale era dispensato dal servizio permanente (Cfr. ULISSE MARANI – TORO, cit. p. 14.).

Per ottenere il regio assenso a contrarre matrimonio, «gli ufficiali fino al grado di maggiore (o corrispondente incluso) del regio esercito, della regia marina, della regia aeronautica e della regia guardia di finanza… devono comprovare di possedere una rendita lorda assicurata con vincolo ipotecario a favore della futura sposa e della prole

nascitura sul debito pubblico consolidato sopra immobili, ovvero su titoli garantiti dallo Stato» (Ivi, p. 15.).

Il rogito elenca beni immobili ed una somma di denaro donati alla figlia da parte del padre Francesco de Palma:

1) Fondo rustico in territorio di Adelfia-Montrone, contrada Pezzaferrigine (Rogito notarile, cit., fol.2.)
2) Parte del fondo rustico in territorio di Casamassima, contrada Parco e Masseria Cavallerizza (Rogito notarile, cit., fol.4-5.)
3) Fondo rustico in territorio di Adelfia Montrone, contrada Fornello (Ivi, fol.7).
4) La somma di L.10.000 in contanti (*Ibidem*).

Entrambi i genitori donano il fondo rustico in territorio di Acquaviva contrada Malano o Delle grotte o Parata (Ivi, fol.7-8-9) e dichiarano di computare in conto di legittima quanto da loro donato alla figlia (Ivi, fol.9. Il tribunale supremo militare, oltre alla certificazione concernente la donazione di beni immobili costituenti la dote, richiedeva anche lo stato di famiglia dei donanti, e ove questi abbiano più figli, i documenti della consistenza economica atti a dimostrare che la donazione degli sposi non lede le quote legittimarie degli altri figli e non possa essere soggetta a collazione o imputazione).

Viene costituita, nello stesso rogito, la servitù di passaggio. Il padre della sposa destina il vialone che divide il fondo in agro di Casamassima e che separa la parte destinata alla figlia da quella che resta in proprietà del donante, a via di transito per consentire l'accesso al fondo della signora Teresa Gemmato, madre della nubenda (Rogito notarile, cit., fol.9-10).

Nello stesso rogito i futuri sposi esprimono gratitudine nei confronti dei donanti (Ivi, fol.10).

Al di là del rigore tecnico che connota il rogito notarile, vi si riscontra un chiaro riferimento ad un sistema di valori fortemente condiviso.

Contestualmente all'atto di donazione col quale i genitori investono la figlia Maria dei beni elencati nel rogito, la stessa costituisce in dote (Recita infatti l'art. 1388del codice civile del Regno d'Italia: «La dote consiste in quei beni che la moglie o altri per essi apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio». In ordine all'istituto dotale nel diritto romano cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo Editore, 1997, pp. 235 ss. Sulla dote e rapporti patrimoniali tra coniugi nella tradizione romana e longobarda, con particolare riferimento alla città di Bari, cfr. per tutti A. AMATI CANTA, *Meffium, morgincap, mundium, consuetudini matrimoniali romane e longobarde nella Bari medievale*, Bari, Palomar Editore, 2006, pp. 117 ss. Sempre sui rapporti patrimoniali fra coniugi cfr. G. MASTRANGELO, *La condizione giuridica della donna nelle leggi longobarde e negli usi matrimoniali in Terra d'Otranto*, Taranto, Antonio Delli Santi Editore, 2011, pp. 16 ss.) a se stessa, al futuro marito e alla prole nascitura «del matrimonio

che va a contrarre parte dei beni donati, produttivi di una rendita superiore a quella di L. 3150, richiesta dal T.U. decreti legge per la dote militare, come si rileva da perizia giurata allegata all'atto» (Rogito notarile, cit., fol.11). Per ottenere Il "regio assentimento" era altresì necessario il ricorso alla cancelleria del tribunale supremo militare ai fini della declaratoria della idoneità e sicurezza della rendita. Il ricorso, sottoscritto dall'interessato doveva essere corredato da documenti atti a dimostrare l'idoneità della rendita prescritta. Fra i documenti previsti si richiedeva una perizia estimatoria (cfr. U. MARANI – TORO, cit., pp. 28 – 29).

Bene a proposito viene sottolineato il fatto che l'ipoteca sui beni dotali è destinata a se stessa, al futuro marito e alla prole del futuro matrimonio.

Il rogito riflette il dettato dell'art. 1390 del codice civile del Regno d'Italia: «Se la donna passa ad un secondo o ulteriore matrimonio, non si intende ricostituita tacitamente la dote assegnata nel matrimonio precedente» (Cfr. Codice Civile del Regno d'Italia, a cura di V.C., cit., p. 280-281).

Costituita la dote e disposta la ipoteca a garanzia della stessa, il documento riporta l'accettazione da parte dello sposo, tenente Francesco Mario Angiulli, della costituzione di dote militare e della relativa ipoteca (Rogito notarile, cit., fol.31).

Successivamente, al numero 10 dei capitoli matrimoniali, interviene il regime pattizio per consentire – col consenso dei futuri sposi e «del solo genitore donante sinché in vita» - senza autorizzazione del tribunale, la alienazione dei beni dotali, ma con l'obbligo di reimpiego degli stessi beni immobili da attribuirsi alla dotata con gli stessi vincoli dotali (Ivi, fol.32).

Il regime pattizio previsto dall'art. 1404 cod. civ. del Regno d'Italia supera l'ostacolo che può costituire quanto disposto dall'articolo successivo che consente l'alienazione – sulla base della autorizzazione del tribunale - nei soli casi di necessità evidente e previo accordo dei coniugi (Così come dal combinato disposto artt. 1404 – 1405).

Precisa inoltre l'art. 1407: «È nulla la alienazione della dote se non vi acconsentano ambedue i coniugi e non è stata permessa nel contratto di matrimonio» (Nel rispetto della ratio dell'istituto dotale è consentito sia al marito che alla moglie revocare l'alienazione dei beni operata da uno dei coniugi inaudita altera parte).

Il capitolo 11 delle convenzioni matrimoniali libera il patrimonio dello sposo dalla ipoteca legale per l'amministrazione della dote «per la stima e la fiducia che le parti costituite hanno nei suoi confronti». (Cfr. rogito notarile, cit., fol.32).

Dall'evoluzione normativa dell'istituto si evince che doveva risultare particolarmente gravoso quanto disposto dal T.U. sul matrimonio degli ufficiali del 1928 – già modificato dal citato R.D.L. 16 aprile 1934 n. 657 - se il R.D.L. del 28 settembre 1934, n. 1673 consentiva "in via transitoria" agli ufficiali di contrarre matrimonio senza la prescritta rendita dotale (Il R.D.L. 1 dicembre 1934 n.2043 estende agli Ufficiali della milizia nazionale della strada la facoltà concessa in via

transitoria col R.D.L. 28 settembre 1934 n.1673 ad alcune categorie di ufficiali di contrarre matrimonio senza costituire la prescritta rendita dotale).

Dispensati dalla costituzione della rendita – ai sensi del T.U. approvato dal R.D. 9 febbraio 1928 n.371 e successive modificazioni «sono gli interessati che abbiano presentato la domanda di dispensa dall'obbligo della costituzione dotale entro due mesi dalla entrata in vigore del R.D.L.28 settembre 1934»

Si avverte, già nel R.D.L. 28 settembre 1934n. 1673, la consapevolezza da parte del legislatore che la dote militare creava, nell'ambito delle Forze Armate, una sorta di discriminazione censitaria non consentendo il matrimonio a quanti non potessero usufruire dei beni corrispondenti alla rendita prevista.

Il cod. civ. del 1942, che subentrava al cod. civ. del Regno d'Italia, manteneva ancora in vita un istituto antichissimo che già molto prima delle riforma del diritto di famiglia era considerato superato.

Si registrava pertanto il «progressivo allontanamento dall'istituto dotale» (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1954, p. 252).

La dottrina, vigente ancora la costituzione di dote, considerava decisamente dannosa l'inalienabilità dei beni dotali.

Si riconosceva – prima della riforma del diritto di famiglia – al patrimonio una utilità per sostenere gli oneri della famiglia stessa e la necessità che il marito, nel ruolo di capofamiglia, curasse gli interessi comuni. Tuttavia i vincoli derivanti dalla dote erano ritenuti economicamente dannosi (*Ibidem*). Il Trabucchi registra – nel suo ormai risalente manuale – il venir meno della obbligatorietà della costituzione di dote per gli ufficiali e gli agenti diplomatici (*Ibidem*).

Già negli anni '50 un nuovo modo di concepire il ruolo della donna nella società non poteva essere favorevole ad un istituto «che tradizionalmente si fonda sul predominio del marito anche nella amministrazione dei beni appartenenti alla moglie» (*Ibidem*).

Gaetano Dammacco

LAW AND IUSTICE: MODERNITY OF THOUGHT OF EDITH STEIN

Relazione tenuta alla Conferenza internazionale “Edith Stein -2015- Human Dignity” in data 8–10 Ottobre 2015 in Wrocław, organizzata da Pontifical Faculty of Theology in Wrocław, Department of Humanities and Social Sciences of the Wrocław University of Technology, Edith Stein Society in Wrocław.

1. One aspect of the current crisis of the right is the difficulty of combining the considerable conceptual heritage with its practical implementation in order to make truly effective content of the laws. In this sense, the thought of Edith Stein is not addressed only to the phenomenological interpretation of the law, but also supports the effort to consider the law as a legal experience, in which concretely affirm the values and affirm them not only in the abstract. In this perspective, the thought of Edith Stein has a peculiar relevance in the field of law at least two ways, both in terms of the value of the human person (the philosophy of life, dignity, personal ability to build a community) both in the aspect to anchor the right to human experience, that is, the legal values to the life of the person. Moreover, there is an additional interest that comes from the study of the thought of Edith Stein and namely the prospect of analyzing, from the perspective phenomenological, the news of a scenario in legal change concerning the complex discipline of legal relationships that arise from inter-subjective phenomenon social religious finality (a discipline in the Italian scientific view is defined ecclesiastical law).

Starting from Husserl's insights on the value to the conscience of each "object" as "personally present" (and not just as a mere intention according to a reproductive function), Edith Stein defines the person as a free and spiritual, and therefore human, It characterized in that it is "aware". Awareness (which comes from consciousness of itself cultivated in the ground of the spiritual life) generates in the person opening toward "internal" and opening to "external". His anthropological vision of the person has characteristics of units, which today are presented as emblematic of a search for meaning in the experience of the contemporary fragmentation. She considers the spiritual dimension of the person as part absolutely constitutive of his being, composed of a series of relationships between the different parts that make up the person, which have specific characteristics.

In this view, it is emphasized the close relationship that exists between the person and his spirit; this spirit plays the task of introducing the same person (I quote) "in the realm of freedom, allowing him to be authentically person, active subject of his own choices." His reflection leads to the consideration that the two factors (possession of himself and directing their movements) <characterize the activity and freedom in pregnant sense >> (E. STEIN, Nature, Person, Mystic - for a Christian research the truth, p. 52-53, New Town Editrice, Rome, 1997). In this way in the person they are absolute centrality full awareness, responsibility and free participation in social and personal actions.

Edith Stein used the phenomenological categories by applying them to the right, from the perspective of Husserl as a method of suspending judgment on the reality of the object detected. Today this road to the right indicates the need for greater attention to the facts, to concrete situations. Regardless of the reaction of the academia at the thought of Stein and the results of his studies at that time, you may think today the importance of the phenomenological method precisely to the extent that the law is more concrete, less conceptual, and closer to the needs of human person and not to the logic of power conservation. The mission of the law should be to protect the human person and human rights.

The mission of the right should be to protect the human person and human rights. Today the right must have a level of concreteness directly linked to the protection of human rights and fundamental freedoms, which are constantly violated in ways increasingly violent and starting with the right to religious freedom. Somehow, the thought of Stein offers suggestions for overcoming Stein, in the sense that we must go beyond the need of conceptual definitions. The right according to the phenomenological method can rediscover its contemporary mission.

I do not intend to make an exhaustive study of the writings of Edith Stein about the person, it does not belong to the sphere of law, but its articulated reflections on the field of law represent the importance of phenomenological approach to the right. I observe that, precisely from the legal point of view, his thoughts were very important compared to the difficult and dramatic time, when unleashed evil of dictatorships. In particular, today, compared to the difficulties and existential dramas, are current and equally important, since they contain the reason why the person should be at the center of the right, the laws and legal systems (religious, civil, state, international, supranational).

The right responds to its mission if it expresses strong values in the actions of men. The task of the science of law is precisely to bring out the intrinsic rationality of the law, the essence of the legal system, the value of legal experience: that is, it must express the immanence of truth and the value of life. For this, the right to reduce only the concept of law is misleading and fails to understand in full the sphere of legal experience, which is spirit and life.

The thought of Stein today can launch an articulate message to the world of law: consider the person as a unified value in itself and considered the center of the right; the importance of protecting the right to freedom and the principle of personal responsibility; guarantee the right to participation in all its forms (and, therefore, also in the democratic form); the value of solidarity as a principle of law, which is derived from the opening to the other self.

It is, namely of legal principles that are the basis of democratic societies resurrected after the destruction of World War II and supranational organizations, like the EU, the UN, the OSCE, and so on.

The juridical relevance of the thought of Edith Stein also emphasizes the indispensability of implantation of the rights / values and their practical protection, consistent with the structure of the concrete phenomena, by which manifests the essence of everything and every being. Values and legal principles they live if they are real and not only if they are perceived in their statement, namely in their abstractness.

2. The personalistic character is a fundamental juridical principle, that today is found in many modern constitutions (such as certainly it is the current Italian and Polish) and is the basis of the framework of values on which we build the society of men.

The personalist principle finds its origin in the discussions of the beginning twentieth century. Edith Stein, in that same period, realized his thoughts on empathy as a characteristic of the human person. Reflection is important because it defines the conceptual sphere of empathy, meaning the ability to empathize "with" the other, and its function, to establish an affective communion. In his thinking, empathy is not only the psychological capacity to understand the other, his motives, his feelings, his personality. Empathy has a content and a broad meaning so shows any good relationship with other men, every personal relationship and social fertile, suitable for the construction of the rules governing the relational process. In this perspective, Edith Stein was once again prophetic, anticipating the times, because it has placed in the human context of the concrete human person and his fundamental rights, emphasizing the reference to their supernatural source. In fact, the true value of the human person, in contemporary culture, took place only after the end of World War II in response to disasters of all kinds and the dramas that men had experienced.

The empathic participation of the human person in society is the basis of the legality of his behavior, which embody personal act spiritual and relational. Feel with others is an act of the will of each individual person, which defines its dynamics within a subjective inter-act, ie an act of the community. In fact, the community is established through procedures that cannot be simply formal, because you run the risk to empty the contents of the same coexistence. Relations between individuals taking place at different levels and take on different contents and links of different

intensities: content and links define the rules of social coexistence of the different legal force of law, up to the definition of the forms of government. So, the law is not an institution causal, but is the result of a relational choice of a person to another person. Individuals together are engaged in the construction of a third location, in which "I" and "you" become "us", and in which there is a material reason of individual spirituality based on the supreme values shared. The process of identification is a human characteristic that, like any feeling, must be exercised with great attention and awareness, because through this process it is possible the higher understanding of the other. The ability to understand, that of containing the reasons of existence of the other in a higher vision and ontological, favors the natural absorption of every conflict, of all the negative things of the relational dimension. Empathy creates a process of self-understanding and understanding of the other (Ales Bello).

By studying empathy, Edith Stein sees a community of people who are engaged in historical realization of the State, which is not considered as the supreme legislature, because it is the same relationship of the people (the community) who becomes legislator itself. In this perspective, the law is not an "a priori" of society, but the result of personal relationships, generated by the community in need of rules. The legal community, therefore, is the result of interpersonal relationship and the dynamics of empathy, which is a link between the legal community and the State. (Avitabile Luisa).

With reference to the value of the person and the legal dimension of interpersonal relationships, the thought of Edith Stein is very close to the philosophical thinking of Antonio Rosmini, who a century earlier tried to interpret the heritage of the classical Christian tradition according to the needs of contemporary life. He particularly emphasizes the relational structure of the person, the inexhaustible power of the interior, the infinite dignity of the person based on his relationship with the Infinite, not accidental but essential. One of the most significant concerns the primacy of the person, his "supremacy" over any other natural reality, which is derived from being at the controls of infinity: "nothing can stand above the personal principle, nothing can stand above the principle that by its nature behind a master and lord of infinite dignity; so is, of course, it is the supreme principle; so that no one has the right to command him who is at the controls of the infinite '(Philosophy of Law, I, n. 52, p. 192). Rosmini think the original constitution of the person as a relationship with the infinite determines the emergence of the concepts of right and duty. The person, before they have rights, “is the right” and even “is the essence of the law”, “the right to exist”.

«Therefore if the person is supreme activity by its nature, it is evident that you have to find inside other people same moral duty of not harmful to it, not to make even a thought, an attempt intended to offend her or subdue it, stripping it of its natural supremacy [...]. So the person has in his nature all the constituents of the law:

it is therefore the right to exist, the essence of the law» (A. Rosmini, Philosophy of Law, I, n. 52, p. 192).

The thought of Stein and that of Rosmini have a significant coincidence relative to what it is to the right, which before the codes and laws is inscribed in person. For that the person is the center of the right and the law must respect and guarantee it. In addition, you can place the thought of Stein alongside that of other Christian thinkers like Augustine, Rosmini, Pascal, Maritain, Mounier, ie those who have developed the thinking of Catholic personalism in several ages, in which originated the legal guidance of the centrality of the human person in the field of law.

In this field, a reference point for the Italian legal thought was Capograssi Joseph, who developed his analysis on the centrality of the human person in legal experience. The person was understood as a subject-agent provided with the will, the true source of expression and legal life in every moment of action. With novelty, in the same period and simultaneously to Edith Stein, Capograssi reflects on the individual empirical, ie man in "the flesh", ie the concrete human person who lives his life and brings “forward life” «with the idea of saving and the idea of living», objectives that he believes «are so closely connected» (G. Capograssi, analysis of common experience, in Works, Giuffrè, Milan, 1959, vol. I, 6). The individual (word which he considered more precise than others, as a man or person or entity) is the center of the world and the protagonist of the story. His attention is directed to continuously and consistently existential reality of the individual, which in the course of history risks losing its «constitutive identity, its unrepeatability, risks becoming equal, fungible», risks becoming a number obedient.

3. Another theme that allows some approach between Stein and Capograssi is the discourse on the authorities and the State. These are arguments that in the twenties and thirties of the last century have committed numerous thinkers, even Christians, who analyzed the problems associated, such as those about legitimacy, power, legislative, conflict between communities and the state, the relationship between society and State.

It is no coincidence that the same issues affecting different thinkers, of different ideologies, different faith, different cultures. Also Stein and Capograssi, not coincidentally, are engaged on the same issues, starting essentially from reflection on good and evil, on the relationship between authority and truth. They are motivated by a deep desire to live the search for truth and the Christian faith, at a time characterized by a reality that becomes ever pià tragic, that affect the content of the reflections.

In particular, the thesis on the State refer directly to the problem of authority, legitimacy and power. These issues are of great importance in philosophical reflection and in the legal in the period before the advent of the dictatorships.

In summary (knowing that it is a synthesis inaccurate and insufficient to bring out the complexity of the thought of the two authors) E. Stein sees the state as an entity legally configured with specific characteristics, which proposes itself independently of the its members, of which, however, determines the ethics and religious life. The state is an association, the structure of the individuals who live inside, distinguished by the community (which somehow contrasts) and society (which in some ways is the result). But it should be noted that for E. Stein, away from the first liberal ideas, the State presents various structural ambiguity and dubious, which highlight a continuing precarious balance, especially with the religious dimension.

Capograssi think that the state is the highest expression of the legal conscience in action, which arises from the ethical principle constitutive of legal and political experience. The state guarantees the right to the action (as a realized power), which can be either constructive or destructive. The state is part of society in the sense that it is the organization and acts in it.But it observes that the action is the power produced, which can destroy or create, affecting the fate of individuals. Capograssi also discovers the crisis and the degeneration of the state, during which totalitarianism is proposed as a legal entity destructive. The totalitarian idea has the power to break the relationship between society and the state, which becomes the bearer of its own interests, inconceivable and insane. He will address these issues in the writings of the years 40'-50 '(such as *The significance of the modern state* -1942-, *The right after the disaster* -1950-, *The ambiguity of contemporary law* and others).

In the two contemporary thinkers, from different positions, there are parallel paths arriving at similar conclusions through a dramatic confrontation (not only in the philosophical reflection) with degeneration of totalitarianism. Just look at some topics such as the function and the nature of the state, the distinctions between community and society, the force of a violent power that erases the authorities. Both thinkers think that the totalitarianism of the thirties and forties, distorting the relationship with the society, creating a state, which, as a third subject, will star in a revolution of evil.

In the new and dramatic scenery, E. Stein experimented on his body the atrocities of the Nazis, but did not take a specific philosophical position, believing, however, that the advent of National Socialism caused the dissolution of the state as a community of free people. Capograssi, for its part, condemning the degradation of contemporary totalitarian state (as distinct from the modern state), wondered if those same disasters that totalitarianism inevitably produced could be eliminated by themselves or if the roots of the degradation were much deeper and such to give new content to the negative right, who «was the form that the state filled its contents».

The totalitarian state, instead of encouraging the development of individuals and to be the bearer of utility and value, had become the bearer of aberrant statement of man's power over man. The totalitarian state had ended by interfere in people's lives in incisive and destructive way, bending to their needs even negative thought that law

as a regulator of human relations. However, the theme of the totalitarian state neither thinkers immediately gave scientific importance, without developing articulated thoughts, perhaps because both deeply Christian, they could not accept evil and its manifestations.

However, the comparison with a destructive policy pushed E. Stein to find a different solution to the most urgent questions, such as that relating to the content of the State personality (the personality appears the peculiar characteristic of each subject capable of free acts). Reflections on the State, understood as "collective person", on its ability to produce its own right, the ability to express a representation (concept that is the basis of today's democracies), despite performed in the logic of phenomenology, seemed not to look directly at dramatic events. The questions of the thought of E. Stein apparently seemed far away from that destructive policy, which was taking shape across Europe. But she knew that the growth of this type of State, third subject distinct from the community, was a manifestation of evil. Enlightening is his statement: << the Kingdom of Satan can be realized as a state as much as the Kingdom of God >>. In truth, the evil manifested itself in all its violence and beyond imagination. If we put more attention to the thought of E. Stein we can use its legal and philosophical categories to explain the drift of the totalitarian states.

For example, the distinction between the State, as a subject of law, and the person says, from a philosophical point of view, the value of representation, namely the possibility that individuals can act as individuals and at the same time acting as organs of the state. But, from the point of view of ethics and morals, it does not follow that any action should be useful and positive. Persons, both as individuals and as members of associations, commit acts and take responsibility. So, the State has no responsibility for the destructive actions, it is the responsibility of persons who have the ability to act. The principle of the irreducibility of the person, both as an independent subject and as a member of a community, underlines the principle of responsibility, you can identify the perpetrators of the acts of both positive and destructive.

According to the thought of E. Stein, you have to argue that there is not the state's responsibility, but that of the persons, only subjects who can perform acts. These ideas were and are modern and contemporary. They were at the bottom of the basic processes and judgments of the Nuremberg Tribunal, which recognized the direct and personal responsibility for Nazi criminals, who wanted to hide behind the National Socialist state. These same ideas are the basis of existence, for example, the International Criminal Tribunal, constituted by a resolution of the UN Security Council to judge war crimes and crimes of genocide (now existing for Rwanda and for the former Yugoslavia).

The idea of a state distinct by the individuals and communities personal (Stein and Capograssi have different thoughts, but not in conflict) has strong traces of modernity. These ideas, after the fall of totalitarianism, allowed to post-conflict

societies rebuild relationships within renovated community, to which it fell the reconstruction of a modern state around the values of fraternity, equality, solidarity, democracy, peace. The building of new institutions and the creation of acts of State compatible with the values are the result of new social relations, which, following the thought of E. Stein, are based on the possibility of "empathic understanding" between individuals. The assumption of interpersonal relationships in communities and societies lies in the value of the freedom of the human person and in his openness to every interpersonal relationship.

There are moments where the actions they feed on solid ideas, though not always have the ability to promote the authors. The modern state, the rule of law, as we know it today (although we have to record its current crisis since the fall of the bipolar system) is the result of those innovative ideas, which also belong to Edith Stein. For example, the difference between people (Volk, subject survives even without the state) and state (Staat, third subject with its own aims), the distinction between the state and the community (Gemeinschaft) and society (Gesellschaft), suggest distinction roles, aims, missions.

We must recognize that debtors of Edith Stein and his ideas, which have their active and current strength and can help overcome the crisis that now affects the State. You must discover the relationship that must exist between the people and the state; It is necessary to overcome the idea that the State is the cultural and ethnic homogeneity, because by nature is subject multicultural; we need an effective recognition of the fundamental rights of individuals; we need a concrete reflection on the contents of sovereignty; it is necessary to reaffirm the centrality of the person and the role of religion.

These are issues, on closer inspection, that E. Stein has faced in its many and extensive philosophical reflections, affecting various areas of law, ethics, religion, psychology, sociology. It is important to have an awareness that the State today is going through a crisis and this crisis concerns precisely the themes of the essence of the state, the role of the people, the centrality of person, the relationship between the person and the right, relations between States inside international organizations, system of authority: they are the topics of steinian reflection.

4. Among the many topics, one directly involves the duty of the State and the affirmation of justice. Rediscovering the Christian philosophical tradition, in the admirable synthesis between Christianity and his own Jewish affiliation, E. Stein argues that the State must ensure justice, first of all with the promulgation of just laws. This idea, closely relates the state, its laws, justice and the purposes for which everything accomplished, namely the achievement of the common good, which transcends the individual.

The right is the instrument to ensure justice and realized its affirmation when not protecting the strong subjects or privileged, but when protecting the life of the

community and its existential dynamics, by producing legislation and by defining the principles of justice. Righteous acts of law, therefore, are the consequence of the action of the righteous State.

E. Stein has a particular interest about reflection on justice because it has the function of contrast inequalities, but especially for the opportunity to encourage the dissemination of social dignity of the person, that is the privilege that comes from the concrete affirmation of a distributive principle. So, justice is not only a value that eliminates inequality and discrimination, but it is a tool that generates a credit of dignity through the dissemination and distribution of goods and the common and fundamental values for individuals and communities.

The place where all this can be achieved is the community, where people live their lives. This leads to the consideration that cannot be a state manufacturer of Justice if communities do not live justice and not engage in acts of justice. This thought shows a very current because today life in society experiments with a set of discrimination, intolerance, exclusion, marginalization that are the result of the negative processes of globalization. The negative globalization has created and continues to create great conflicts of interest, increasing poverty and diffuse wars in the world. So, now it becomes necessary to create communities and societies in which affirm the value of justice.

In this process of setting up the participation of the human person it becomes fundamental, because the right and the legality of the acts belong to his interiority as a spiritual act, relational act, an act of the will. The act of the person is not a mere preference voluntary, but a subjective priority, a priority of life and existence of the person, who has to live their lives according to non-formal procedures, but trying to give content and value to life.

The current message of the thought of E. Stein leads us to say that the ethical, moral and religious values of the persons and their communities may lead to the creation of a government (in its various forms) that creates justice if the society establishes the right "human", where the term institution means the person's commitment to strengthen the law in view of a new humanism where there is full respect for human spirituality and community life.

Domenico Garofalo

PRIME RIFLESSIONI SUL LAVORO A TEMPO PARZIALE E INTERMITTENTE NEL JOBS ACT 2

Relazione tenuta al convegno sul tema "Decreti attuativi Jobs Act (decreti legislativi nn. 80 e 81/2015)" organizzato dal Centro Studi "Domenico Napoletano" – sezione di Taranto e svoltosi a Taranto il 10 luglio 2015.

1. Giova innanzi tutto precisare la portata della riforma, ormai nota come *Jobs Act* 2, riconducendosi il *Jobs Act* 1 al d.l. n. 34/2014.

Dietro l'etichetta di *Jobs Act* 2 si cela la legge n. 183/2014, che conferisce al Governo una serie di deleghe per realizzare la riforma del lavoro.

I primi due decreti attuativi sono stati adottati il 4 marzo 2015, con i nn. 22 e 23, rispettivamente sulla riforma degli ammortizzatori sociali e sul contratto a tutele crescenti.

Di seguito, in data 24 giugno 2015, è stato pubblicato il decreto 15 giugno 2015 n. 81, previsto dall'art. 1, legge n. 183/2014, comma 7, alinea e lettere a) b) d) e) h) ed i), recante il testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni.

Si tratta di una sorta di Testo Unico, in quanto racchiude la disciplina dei seguenti istituti:

- part time (artt. 4 - 12)
- intermittente (artt. 13 - 18)
- contratto a tempo determinato (artt. 19 - 29)
- somministrazione (artt. 30 - 40)
- apprendistato (artt. 41 - 47)
- lavoro accessorio (artt. 48 - 50)
- Co.Co.Co./partite IVA/associazione in partecipazione (artt. 1 - 2, 52 - 54)

Inoltre è prevista la modifica dell'art. 2103 c.c. (art. 3).

Il riordino prevede l'abrogazione di tutta la disciplina oggi vigente per ciascuna tipologia richiamata, salvo qualche isolata eccezione (art. 55).

Va detto che il riordino recepisce buona parte della vecchia disciplina riversata nella nuova, ma con varie modifiche (donde l'improprio utilizzo del riferimento al T.U.)

2. Gli artt. 4-12, d.lgs. n. 81/2015, come anticipato, sostituiscono integralmente il d.lgs. n. 61/2000, espressamente abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. a).

In primo luogo si segnala la portata semplificatrice dell'intervento di riforma, che si può evincere anche dal minor numero di disposizioni (solo nove), dedicate all'istituto rispetto alle precedenti (quattordici), contenute nel d.lgs. n. 61/2000, interamente abrogato.

La nuova disciplina del part time è entrata immediatamente in vigore (25 giugno 2015), non operando la norma transitoria *sub* art. 55, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, in quanto nella disciplina del part time non è prevista l'emanazione di alcun decreto attuativo.

Tale dato di fatto non elide, però, il problema del periodo transitorio, con riferimento ai contratti di lavoro stipulati e tuttora in corso ante riforma e alle regolamentazioni in materia contenute nei CCNL vigenti.

Con riferimento all'ultrattività della vecchia disciplina, si è di parere negativo, nel senso che il principio "*tempus regist actum*" opera solo quando la disciplina di un istituto è individuata per intero al momento della instaurazione del rapporto (es. apprendistato). Nel caso del *part time* ci sono situazioni che vengono ad esistenza in un momento successivo all'instaurazione del rapporto (esempio diritto di precedenza) e soggiacciono alla disciplina vigente nel momento in cui vengono ad esistenza.

A sua volta il rinvio da parte della disciplina del 2000 alla contrattazione collettiva per alcuni profili dell'istituto (ad esempio per le clausole flessibili od elastiche *ex* art. 3, comma 7) è venuto meno nella nuova disciplina.

A questo punto se per i contratti part time stipulati dopo il 24 giugno 2015, pur nella perdurante vigenza dei CCNL, è pacifico che quella disciplina contrattuale non sia applicabile, corre l'obbligo di chiedersi cosa accada per quelli in essere al 24 giugno 2015. Per essi sarà applicabile solo quella parte di disciplina autonoma compatibile con quella nuova eteronoma.

Fatta tale premessa, si procede all'analisi della novità in materia di part time, seguendo il nuovo articolato comparandolo con quello del 2000.

2.1. A prescindere dalla modifica della rubrica della norma [da "Definizioni" *ex* art. 1, d.lgs. n. 61/2000, a "Definizione" *ex* art. 4, d.lgs. n. 81/2015], la stessa, a ben guardare, non reca alcuna definizione dell'istituto, anzi ha "perso" tutte quelle contenute nell'art. 1, comma 2, lettera a) – e), tranne quella relativa al lavoro supplementare, contenuta nel successivo art. 6, comma 1. Detta soppressione potrebbe porre un problema di conformità all'Accordo Quadro recepito nella Dir. 97/81/CE.

2.2. Non è stato riproposto il contenuto dell'art. 1, comma 3, che conferiva facoltà alla contrattazione collettiva di ogni livello di determinare condizioni e

modalità della prestazione lavorativa, anche particolari per specifiche figure professionali.

Tal soppressione della competenza dell'autonomia collettiva può spingere in due diverse direzioni, e cioè verso la legge oppure verso l'autonomia individuale.

Se si esclude che tra le condizioni e modalità rientrino le clausole elastiche, per le quali v'è una norma *ad hoc* (art. 6, d.lgs. n. 81/2015), allora la risposta va nella seconda direzione, e cioè la nuova disciplina verso l'autonomia individuale.

2.3. A margine della forma e dei contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale vanno segnalate varie e rilevanti novità.

In primis, pur confermandosi la forma scritta *ad probationem*, viene esclusa la possibilità, qualora la scrittura risulti mancante, della prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 c.c. (smarrimento del documento *ex* art. 2724 n. 3 c.c.) prevista dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 61/2000.

In secondo luogo, viene escluso l'obbligo di informare le RSA, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni *part time*, la relativa tipologia e il ricorso al lavoro supplementare (*ex* art. 2, comma 1, d.lgs. n. 61/2000).

Ancora, l'indicazione della durata della prestazione e della sua collocazione temporale diventa appannaggio del solo contratto individuale, venuto meno il rinvio alla contrattazione collettiva già contenuto nell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000.

Infine, il lavoro a turni è compatibile con il *part time*, nel senso che è possibile il rinvio a turni programmati articolati su fasce orarie prestabilite.

2.4. Con riferimento al lavoro supplementare e straordinario ed alle clausole elastiche, giova premettere che nella vecchia disciplina (art. 3) si operava una distinzione tra *part time* orizzontale, verticale e misto.

Nel primo caso si consentiva l'espansione dell'orario a concorrenza di quello pieno contrattuale [lavoro supplementare], nei limiti e per le causali previste dai contratti collettivi, previo consenso del lavoratore in assenza di disciplina collettiva, con una percentuale di maggiorazione, anch'essa rimessa alla contrattazione collettiva. Inoltre, le parti potevano concordare anche clausole flessibili, e cioè una variazione della collocazione temporale della prestazione.

Nel secondo caso si consentiva il lavoro straordinario e l'apposizione delle clausole elastiche, e cioè di una variazione in aumento della durata della prestazione.

Entrambe le clausole erano regolate dalla contrattazione collettiva (art. 3, comma 7) e dovevano prevedere un preavviso in favore del lavoratore di almeno 2 giorni, con una specifica compensazione disciplinata dall'autonomia collettiva.

Per entrambe le clausole era richiesto il consenso scritto del lavoratore, revocabile per lavoratori affetti da patologie oncologiche e studenti lavoratori.

Infine, era previsto l'obbligo dei centri per l'impiego di dare informativa ai lavoratori di tale disciplina ove interessati ad offerte a tempo parziale.

Come si vede una disciplina abbastanza articolata con un ruolo rilevante affidato alla contrattazione collettiva.

La nuova disciplina è notevolmente semplificata prevedendosi un doppio canale di accesso alle clausole elastiche.

Partendo dal lavoro supplementare, si segnala la possibilità di accesso tramite contratto collettivo, *ex* art. 6, comma 1, e tramite iniziativa del datore in assenza di contratto collettivo.

La disciplina pone alcuni limiti e cioè, la possibilità di svolgere il lavoro supplementare in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordate; il rifiuto da parte del lavoratore condizionato alla sussistenza di comprovate ragioni di lavoro, di salute, familiari e di formazione professionale; ed infine una maggiorazione retributiva del 15%, comprensiva dell'incidenza su istituti indiretti o differiti. Infine, è ammesso il lavoro straordinario.

Per quanto riguarda le clausole elastiche (che ora ricomprendono variazioni sia della collocazione sia della durata del lavoro), si prevede sia l'accesso tramite contratto collettivo (art. 6, comma 4) con preavviso di due giorni e specifiche compensazioni, sia tramite l'iniziativa del datore in assenza di contratto collettivo.

Con riferimento ai limiti, si prevede la stipula davanti alla Commissione di certificazione con l'assistenza anche di un avvocato o di un consulente del lavoro. Inoltre, a pena di nullità, le clausole elastiche stabiliscono condizioni e modalità con le quali il datore, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione, con variazione di durata in aumento, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale. Tali modifiche implicano una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti, non comprendendosi però se ciò valga solo per l'aumento o anche per la variazione.

Il consenso alla clausola elastica è revocabile da parte dei lavoratori affetti da patologie oncologiche, ai sensi dell'art. 8, commi da 3 a 5, d.lgs. n. 81/2015, e dai lavoratori studenti, *ex* art. 10, comma 1, legge 20 maggio 1970, n. 300.

Il rifiuto della prestazione del consenso alla clausola elastica non implica giustificato motivo di licenziamento ed è stato eliminato l'obbligo del centro per l'impiego di informare i lavoratori interessati al *part time* della disciplina applicabile all'istituto.

2.5. Con riferimento al divieto di discriminazioni, si segnala il mutamento della rubrica della norma, ma non anche del contenuto della stessa [art. 4, d.lgs. n. 61/2000 – principio di non discriminazione] che risulta molto più scarna, enunciandosi il principio della parità di trattamento.

Viene soppressa, inoltre, la facoltà per la contrattazione di prevedere in talune occasioni trattamenti più che proporzionali.

Ancora, c'è l'estensione all'infortunio della modulazione del periodo di comporto ad opera della contrattazione.

2.6. Anche sulla trasformazione del rapporto, la nuova disciplina in materia assorbe ben tre disposizioni del d.lgs. n. 61/2000 e cioè gli artt. 5, 12-*bis* e 12-*ter*, adottando di conseguenza una regolamentazione più organica e snella.

È venuta meno, poi, la sanzione *ex* art. 8, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, per violazione del diritto di precedenza alla trasformazione da *part time* in *full time*.

Ulteriori novità in materia sono rappresentate dalla trasformazione in *part time*, come alternativa al congedo parentale (*ex* art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015), dall'estensione del campo di applicazione degli istituti della trasformazione di diritto (*ex* art. 8, comma 3) e prioritaria (*ex* art. 8, comma 4) del rapporto full time in part time, anche alle «gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti», dal diritto di precedenza nella «ritrasformazione» per assunzioni con stesse mansioni o con mansioni di pari livello e categoria legale e non più equivalenti per effetto della modifica dell'art. 2103 c.c. (ex art. 8, comma 6).

2.7. Notevolmente semplificato è l'apparato sanzionatorio così sintetizzabile:

a) nel caso di assenza di forma scritta, richiesta *ad probationem actum*, si ritiene sussistente un rapporto *full time* a seguito di provvedimento giudiziario;

b) nel caso di mancata determinazione della durata della prestazione, la sanzione è identica a quella prevista sub a);

c) nel caso di mancata determinazione della collocazione temporale della prestazione, la decisione in merito è affidata al giudice;

d) nel caso di violazione di legge e delle disposizioni del codice civile, in esecuzione delle clausole elastiche, si prevede il risarcimento danno al pari delle ipotesi sub b) e c);

e) nessuna sanzione è prevista nel caso di violazione del diritto precedenza.

2.8. Nessuna novità va segnalata con riferimento alla disciplina dei criteri di computo, previdenziale, e con riferimento al rapporto di lavoro a tempo parziale.

3. La finalità semplificatrice dell'intervento riformatore in relazione anche al lavoro intermittente emerge dalla stessa relazione illustrativa del d.lgs. n. 81/2015 si accompagna a quella di dirimere contrasti interpretativi e giurisprudenziali, recependo gli orientamenti consolidati, "mascherandosi" in qualche modo alcune modifiche della disciplina dell'istituto, che vanno ben al di là della mera semplificazione normativa (*infra*).

In termini generali si evidenzia che diverso è l'approccio alle fonti di disciplina, in quanto per un verso su quella autonoma prevale quella legale, e per altro verso,

mediante la definizione di «contratto collettivo», *ex* art. 51, d.lgs. n. 81/2015, si valorizza il livello decentrato (territoriale o aziendale) a scapito di quello nazionale, con spazi riservati anche all'autonomia individuale (v. l'art. 15, d.lgs. n. 81/2015).

In alcuni casi, poi, si rende inderogabile la disciplina legale ad opera dell'autonomia collettiva (art. 14, comma 3 lett. b), d.lgs. n. 81/2015) in materia di divieti in caso di licenziamento collettivo e sospensioni.

3.1. Analogamente a quanto già previsto dall'art. 40, d.lgs. n. 276/2003, l'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, individua le esigenze che legittimano l'utilizzo del lavoro intermittente, ove non vi provveda l'autonomia collettiva, riconoscendo al Ministero del lavoro un ruolo di supplenza (c.d. potere sostitutivo) mediante l'adozione di apposito decreto.

Rispetto alla disciplina pregressa, si segnalano alcune differenze e cioè, la mancata prefissione del termine di esercizio del potere sostitutivo, precedentemente individuato nei 5 mesi successivi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, e la mancata previsione della procedura che precedeva l'esercizio del predetto potere sostitutivo.

Ulteriore novità riguarda il livello di contrattazione competente e soprattutto i soggetti sindacali legittimati, visto che la vecchia disposizione rinviava ai «contratti collettivi» stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, mentre la nuova, mediante il rinvio all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, legittima tutti i livelli di contrattazione, ivi compresi i contratti stipulati da RSA e RSU.

3.2. Come già accennato, alcuni profili di regolazione dell'istituto sono rimasti immutati rispetto alla disciplina antecedente la riforma del 2015. Si fa riferimento alla platea dei destinatari *a latere praestatoris* per l'utilizzo dell'istituto sganciato dalle esigenze (c.d. ipotesi a-causali), ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 81/2015; all'utilizzabilità del lavoro intermittente anche a termine (*ex* art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015); all'esclusione del limite dei 400 giorni nei tre anni solari per i settori del turismo, pubblici esercizi e spettacolo (*ex* art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015); alla conferma della trasformazione in caso di superamento del predetto limite (*ex* art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015); alla totale assenza di trattamento economico e normativo nei periodi di non utilizzo, salva l'indennità di disponibilità, ove ci sia obbligo di risposta alla chiamata (*ex* art. 13, comma 4, d.lgs. n . 81/2015); all'inapplicabilità dell'istituto alle P.A. (*ex* art 13, comma 5, d.lgs. n. 81/2015).

3.3. La seconda novità attiene al divieto di utilizzo del lavoratore intermittente per la mancata valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. art. 14, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 81/2015, esteso a tutti i datori di lavoro (e non più alle sole imprese) ed eliminando il vetusto rinvio al d.lgs. n. 626/1994, con rinvio alla normativa di tutela della salute e

della sicurezza dei lavoratori. Vengono, viceversa, confermati gli altri due divieti relativi alla sostituzione dei lavoratori scioperanti, *sub* lett. a) e quello dei lavoratori licenziati o sospesi *sub* lett. b), sebbene per quest'ultima ipotesi sia disposta la soppressione della possibilità di deroga prima accordata «agli accordi sindacali», con la conseguenza che ora il divieto è inderogabile.

3.4. La riforma del 2015 conferma la vecchia disciplina quanto al contenuto del contratto di lavoro intermittente, ma con la rilevante novità dell'eliminazione dell'obbligo per le parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi ove previste (art. 35, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

Con riferimento al significato ed agli effetti di tale novità, *prima facie* potrebbe sostenersi che il legislatore abbia fatto arretrare la competenza dell'autonomia collettiva a vantaggio di quella individuale, ma l'analisi incrociata della norma in esame sui contenuti del contratto con quelle che disciplinano i singoli profili può condurre ad una conclusione diversa, specie esaminando, rispettivamente i profili attinenti: a) alla durata e alle ipotesi oggettive o soggettive [art. 15, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 81/2015]; al luogo, alla modalità della disponibilità, al preavviso di chiamata, con durata minima di un giorno lavorativo, senza alcun contributo dell'autonomia collettiva [art. 15, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 81/2015]; al trattamento economico e normativo, compresa l'indennità di disponibilità [art. 15, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 81/2015]; alle forme e modalità di richiesta della prestazione e di rilevazione della prestazione [art. 15, comma 1, lett. d) d.lgs. n. 81/2015]; ai tempi e alle modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità disponibilità [art. 15, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 81/2015], con implicito rinvio al contratto collettivo e al codice civile; alle misure di sicurezza coerenti con l'attività dedotta in contratto [art. 15, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 81/2015], implicitamente rinviando alla legislazione in materia.

Conclusivamente se arretramento della contrattazione collettiva c'è stato, esso è a favore della legge, visto che la gran parte dei profili esaminati sono disciplinati da fonte eteronoma primaria.

3.5. L'obbligo di informativa dell'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente, già previsto dal d.lgs. n. 276/2003 nei confronti delle RSA, con la riforma del 2015 viene esteso alle RSU.

Si tratta a ben guardare della esplicitazione di un obbligo già deducibile dalla vecchia disposizione, visto che le prerogative previste in capo alle RSA operano anche verso le RSU e viceversa.

Quanto, poi, agli obblighi di comunicazione verso la DTL, ex art. 15, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, si segnala la conferma della vecchia disciplina, con l'unica novità dell'esclusione della comunicazione via fax, in ottemperanza alle disposizioni che fanno divieto alle p.a. di uso del fax, prevedendosi, invece, solo il ricorso a sms e a posta elettronica.

Si conferma, altresì, la possibilità per il Ministro del lavoro, di concerto con quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione di individuare con decreto ministeriale modalità applicative in funzione dello sviluppo delle tecnologie, elidendo il riferimento alla natura non regolamentare del decreto, previsto nell'abrogata disciplina.

3.6. Sull'indennità di disponibilità, già disciplinata dall'art. 36, d.lgs. n. 276/2003, si registrano alcune novità. In primo luogo, permane il rinvio ai «contratti collettivi» per la determinazione della sua misura, sebbene ora si debba tener conto della definizione datane dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Per quanto riguarda il decreto ministeriale che fissa la misura minima della stessa, il Ministero del lavoro, già durante la vigenza della disciplina dell'istituto introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, aveva l'obbligo di sentire i soggetti sindacali rappresentativi, ivi qualificati come «associazioni» dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, ed ora diversamente denominati come «associazioni sindacali» comparativamente più rappresentative a livello nazionale, senza alcuna indicazione della loro riferibilità a datori di lavoro o lavoratori. Orbene, nel d.lgs. n. 81/2015, quando si utilizza tale espressione si vuole fare riferimento solo alle associazioni dei lavoratori (v. artt. 36 sulla somministrazione e 46 sull'apprendistato). Ed infatti, nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo si evidenzia questa anomalia oltre a quella della mancata prefissione del termine per l'adozione del decreto ministeriale (ma ciò valeva anche per la vecchia disposizione dell'art. 36).

Nessuna novità si rinviene in ordine alla mancata incidenza dell'indennità su ogni istituto legale o contrattuale (v. l'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) e sulla deroga al minimale contributivo (art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) salva l'inversione delle due norme.

Ancora, nessuna novità si registra sul differenziale contributivo rispetto alla retribuzione convenzionale (art. 16, comma 6, d.lgs. n. 81/2015).

Analogamente si può dire per gli eventi sospensivi; piuttosto, è scomparsa la norma del d.lgs. n. 276/2003, che circoscriveva l'applicabilità dell'intero art. 36, d.lgs. n. 276/2003, ai lavoratori che si erano obbligati a rispondere alla chiamata (mera semplificazione non anche generalizzazione della norma visto che l'indennità di disponibilità presuppone l'obbligo di rispondere alla chiamata).

Infine, giova soffermarsi sulla risarcibilità o meno del danno nel caso di rifiuto di risposta alla chiamata. Infatti, l'art. 16, d.lgs. n. 81/2015, che disciplina l'indennità di disponibilità, conferma, in caso di ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata, la possibilità di licenziare il lavoratore e la restituzione della quota di indennità di disponibilità per il periodo successivo al rifiuto, eliminando, però, la previsione di «un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi, o, in mancanza, dal contratto di lavoro» (cfr. l'art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003). A questo punto è opportuno chiedersi se l'eliminazione della previsione in questione

implichi l'eliminazione del rinvio alla contrattazione collettiva, fermo restando l'obbligo del risarcimento secondo i principi generali civilistici oppure escluderlo in radice.

La doppia sanzione prevista (licenziamento e restituzione della quota di indennità di disponibilità) fa propendere per quest'ultima ipotesi.

3.7. La riforma Renzi conferma il principio di parità di trattamento, con alcune novità rispetto a quanto già previsto dall'art. 38, d.lgs. n. 276/2003.

In primo luogo, viene eliminato il rinvio ai divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente (semplificazione); è confermato il rinvio al lavoratore di pari livello, ma eliminato quello «a parità di mansioni svolte» in coerenza con le modifiche dell'art. 2103 c.c.; mentre per il trattamento connesso alle sospensioni *ex* art. 2110 c.c., l'indicazione degli eventi è più scarna (malattia, infortunio, congedo per maternità e parentale).

3.8. Infine, un cenno va fatto alla conferma del computo dei lavoratori intermittenti «in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre», ma con la novità che detto sistema di computo rileva non solo per l'applicazione di normative di legge ma anche contrattuali per le quali sia rilevante l'organico aziendale.

4. Quanto emerge dall'analisi comparata tra la vecchia e la nuova disciplina consente di apprezzare la semplificazione normativa in materia realizzata con il d.lgs. n. 81/2015 in aderenza all'obiettivo perseguito con la legge delega, pur se non mancano rilevanti novità soprattutto nel rapporto tra le fonti eteronoma ed autonoma e tra le stesse e l'autonomia individuale.

Angelica Riccardi

I RAPPORTI DI IMPIEGO NON PRIVATIZZATI TRA RAPPRESENTAZIONE GIURIDICA FORMALE E DATO REALE

Relazione presentata al convegno *La specificità della Polizia di Stato nell'ambito del pubblico impiego. Complessità del sistema e linee di governance*
tenutosi a Taranto il 24 aprile 2015

Il lavoro della Polizia di Stato, insieme al lavoro di poche altre categorie di impiegati, non è stato in alcun modo toccato dai mutamenti epocali che hanno interessato i dipendenti di tutte le altre pubbliche amministrazioni negli ultimi anni.

La Polizia di Stato è stata infatti esclusa dalla contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pubblico iniziata nel '93, dalla devoluzione a tecniche di diritto privato di parte dell'organizzazione degli uffici realizzata nel '98, dai processi di aziendalizzazione delle amministrazioni che sono stati introdotti dalla c.d. riforma Brunetta nel 2009.

Sul piano della rappresentazione giuridica formale, dunque, la Polizia non ha nulla a che vedere con il resto del lavoro pubblico, non si ha specificità (per riprendere il titolo del convegno), ma separazione.

Parlare di rappresentazione giuridica formale serve qui a spiegare la cesura tra il modo in cui il diritto regola una certa materia e l'effettività dei rapporti reali, e nella specie tra la disciplina di queste relazioni lavorative attraverso fonti autoritative di diritto di pubblico e l'esistenza di processi negoziali.

E serve anche a dire qualcosa sul reale significato della specificità della Polizia nell'ambito del complessivo sistema dei rapporti alle dipendenze di amministrazioni.

Paradossalmente, tutto il pubblico impiego come istituto giuridico nasce da voi: il concetto di pubblico impiego come qualcosa di diverso dal lavoro privato ha origine dalla carriera delle armi, l'ordinamento delle organizzazioni della difesa ha rappresentato il modello su cui dalla fine dell'800 è stato costruito il sistema di regolazione di ogni prestazione di lavoro pubblico.

Questo modellamento del lavoro di tutti i dipendenti pubblici su quello degli appartenenti alle forze dell'ordine è avvenuto sul presupposto ideologico che ogni impiegato pubblico, dal commesso del ministero all'insegnante della scuola, svolgesse un'attività finalizzata a interessi superiori.

Fino al 1993 – nella sostanza e al di là delle specificità dei vari settori – ogni rapporto di impiego era gestito secondo le logiche del potere pubblico nate per

regolare il vostro lavoro: l'unilateralità dei provvedimenti di gestione dei rapporti, l'autoritatività e imperatività nelle relazioni amministrazione/dipendente, la situazione di speciale subordinazione del prestatore rispetto all'ente, erano dovuti al presupposto che qualunque attività di lavoro alle dipendenze di un'amministrazione fosse strumentale, funzionale, al perseguimento di un pubblico interesse.

E in questo postulato c'erano già i germi della successiva separazione di tutti i lavoratori pubblici dai voi.

Quando con la riforma del '93 (D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) si è preso atto che l'interesse che porta l'amministrazione nella gestione del lavoro prestato dai propri impiegati non è un interesse diverso da quello di ogni datore di lavoro, che è cioè un semplice interesse di tipo organizzatorio, e, quindi, per regolare lo scambio tra lavoro e retribuzione non si ha necessità di usare schemi speciali ma è sufficiente il diritto che si applica ordinariamente, alcune particolari categorie di dipendenti pubblici (personale militare e delle forze di polizia, magistrati, diplomatici, professori universitari) sono state escluse da questa riforma.

Per queste categorie si è deciso che nulla dovesse cambiare rispetto al passato – quindi gestione attraverso atti amministrativi, secondo paradigmi autoritativi, in base alle logiche del pubblico potere – sul presupposto ideologico che l'amministrazione porta in questi rapporti un interesse superiore, non assimilabile a quello di un comune datore di lavoro.

Sulle ragioni dell'esclusione per quanto riguarda la Polizia di Stato, che pure già con la Legge 1 aprile 1981, n. 121 (*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*) era stata in precedenza smilitarizzata, con il riconoscimento peraltro di una serie di diritti sindacali e della possibilità di stipulare accordi sindacali, non serve in questa sede soffermarsi. E nemmeno sulle ragioni per cui altre categorie appartenenti alla medesima area (quali la dirigenza della Polizia penitenziaria) sono state nel corso del tempo escluse o incluse nella riforma.

Quello su cui voglio invece soffermarmi è che per la Polizia di Stato – come del resto per le forze dell'ordine che sono rimaste ad ordinamento militare –, sebbene sia negata dal diritto, c'è una contrattazione.

Questo dato non è di poco conto: per i professori universitari, che ugualmente non sono privatizzati, una contrattazione, pure particolare come quella che si ha nel vostro comparto, non si ha.

Un rapporto di lavoro come il vostro, che è nella massima misura considerato emblematico della irriducibilità a un comune scambio tra lavoro e retribuzione, per il quale l'autoritatività e l'imperatività si ritiene coessenziale, assoggettato a un sistema di subordinazione gerarchica e di disciplina estrema, è un rapporto nel quale, come stabiliscono gli artt. 43 e 95 della L. n. 121/1981, «il trattamento economico, l'orario di lavoro, le ferie, i permessi, i congedi, le aspettative, i trattamenti economici di lavoro straordinario, di missione e di trasferimento, i criteri di massima per la formazione e l'aggiornamento professionale» sono oggetto di accordi sindacali.

Ancora una volta, paradossalmente, la vostra regolazione dei rapporti di lavoro ha preceduto quella degli altri dipendenti pubblici: solo con la Legge quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93, cioè due anni dopo la Legge n. 121, si è previsto in via generale per tutte le amministrazioni (in precedenza si erano registrate solo esperienze settoriali) un sistema di accordi sindacali per disciplinare alcune materie di più immediata rilevanza per i lavoratori.

Si parla di "accordi sindacali", non di contratti collettivi, e qui si ha la negazione dall'ordinamento giuridico formale dell'esistenza di processi di contrattazione tra ente e lavoratori. La vostra negoziazione si chiama accordo e non contratto perché un contratto non può esistere sul piano giuridico: la relazione tra amministrazione e dipendente, per la prepostulazione dell'esistenza di un interesse pubblico superiore, non può essere regolata da un contratto, né individuale né collettivo, perché un interesse superiore non è contrattabile, ma deve essere disciplinato attraverso fonti unilaterali, di diritto pubblico, che appunto sono le tecniche regolative che intervengono quando c'è un soggetto in posizione di preminenza e uno in posizione di soggezione.

Potremmo dire che questa negazione della possibilità di contratti è anche ideologica: il contratto è lo strumento di mediazione tra interessi in conflitto posti sullo stesso piano assiologico, implica la parità dei soggetti, il che non è ritenuto ammissibile in rapporti come il vostro.

Come si risolve questa contraddizione? Si risolve, come è stato detto, con un contratto che "si suicida" e rinasce come D.P.R.: gli accordi delle parti costituiscono solo una base per la disciplina delle materie per cui sono previsti, disciplina che, comunque, resta formalmente affidata ai decreti che recepiscono questi accordi.

Avete così la Legge n. 121/1981, che prevede che alcune materie sono oggetto di accordi sindacali, e il Decreto Legislativo 12 maggio 1995, n. 195, che stabilisce le procedure attraverso cui tale negoziazione avviene.

In breve, sia per le Forze di polizia ad ordinamento civile, sia per Forze di polizia ad ordinamento militare e le Forze armate (in relazione alle quali si parla di "concertazione" e non di accordi, con un ulteriore décalage del modello relazionale), le procedure di negoziazione tra ente e organizzazioni dei lavoratori si concludono con l'emanazione di decreti che le recepiscono.

In questo modo si dà ingresso alla contrattazione collettiva in questo ambito, ma solo dalla "porta di servizio", in quanto l'accordo viene degradato a una semplice fase negoziale di un procedimento pubblicistico.

Questa situazione comune a tutte le amministrazioni negli anni '80 rimane poi quella definitiva per voi nel '90, quando con la riforma del pubblico impiego quasi tutti i rapporti alle dipendenze di enti pubblici sono riportati al diritto comune.

Con questa riforma non è più necessario il recepimento dell'accordo sindacale in un D.P.R., ma il contratto collettivo vale di per sé, dato che si riconosce che

l'amministrazione porta un semplice interesse di tipo organizzatorio e, quindi, contrattabile.

Un D.P.R. non è più necessario per gli altri pubblici dipendenti, ma per voi, che siete stati esclusi dalla privatizzazione, lo è ancora.

Lascio alla vostra valutazione quanto sia stata necessaria questa esclusione totale tenendo presente la distinzione da cui siamo partiti tra rappresentazione giuridica formale e dato reale. Dato reale che banalmente può riassumersi nel fatto che anche nel vostro rapporto si ha uno scambio tra lavoro e retribuzione, che c'è un interesse comune dei lavoratori alla regolazione di questo scambio, che voi della Polizia comunque contrattate (e da molto prima della riforma), anche se poi questo contratto viene "rivestito" da un D.P.R.

In ogni caso, si è avuta l'esclusione delle forze di polizia da questa rivoluzione, in nome della sua specificità (id est per la sussistenza di interessi superiori), e tale esclusione ha avuto conseguenze molto diverse nei primi periodi della riforma e in quelli successivi.

Vedremo ora quanto ha guadagnato e quanto ha perso la Polizia di Stato sul piano della gestione del personale, e in particolare quanto ha guadagnato e ha perso la sua organizzazione sindacale, in conseguenza di tale esclusione dai processi di riforma che hanno investito l'impiego pubblico in genere.

Nei primi anni il bilancio è stato in netta perdita: mentre per la Polizia l'area in cui possono intervenire accordi sindacali è segnata tassativamente dalla legge, in quanto può aversi un accordo solo per le materie indicate dalla L. n. 195/1995, per le altre amministrazioni pubbliche si è avuta la generale previsione dello svolgimento della contrattazione collettiva «su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali» (art. 45, D.Lgs. n. 29/1993).

Nella prassi si è registrato, per la genericità della norma e la rimessione al diritto comune dell'area contrattualizzata, uno straripamento – prima a livello nazionale, poi ancora di più a livello decentrato – della regolazione negoziale dell'organizzazione degli enti.

Il sistema nella sua applicazione pratica ha conosciuto una deriva pancontrattualista, con una vera e propria invasione dai contratti collettivi non solo dell'area privatizzata, ma anche in alcuni casi di quella che era rimasta riservata a fonti pubblicistiche (quali dotazioni organiche, linee fondamentali di organizzazione degli uffici) e in cui tale intervento non era ammissibile.

Questa "tracimazione" è stata particolarmente pesante nella contrattazione integrativa, che ha travolto, oltre che i limiti posti dalla legislazione, quelli posti dalla stessa contrattazione di livello superiore alla quale avrebbe dovuto essere subordinata, soprattutto trasformando in contrattazione procedure che avrebbero dovuto essere di concertazione, consultazione o, semplicemente, di informazione (di tali accordi, nulli in virtù della legge, non si è mai eccepita l'invalidità, per l'acquiescente conservazione degli equilibri relazionali raggiunti in sede decentrata).

È un rilievo comune la perdita sul piano sia del controllo della spesa, sia della salvaguardia dei poteri dirigenziali, che è stata determinata dalla forza della pressione sindacale, unita all'acquiescenza degli stessi vertici politici e istituzionali.

Da queste dinamiche è stato escluso il Comparto sicurezza e difesa, per il diverso assetto normativo relativo, con una conseguente pesante penalizzazione sul versante dell'autonoma determinazione della disciplina delle condizioni di lavoro.

Nell'ultima fase della riforma probabilmente le conclusioni sono diverse. Stiamo parlando della riforma Brunetta del 2009 (Legge 4 marzo 2009, n. 15, e Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150), che ha determinato una vera e propria spoliazione delle prerogative delle parti sociali nella regolazione dei rapporti di lavoro.

Una prima limitazione degli spazi demandati alla contrattazione collettiva è determinata, in via mediata, dalla rilegificazione di vari profili del rapporto d'impiego.

È il caso, in primo luogo, del Titolo II del D.Lgs. n. 150/2009 (*Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*), che stabilisce un articolato sistema di valutazione delle amministrazioni tanto a livello di strutture quanto a livello di prestazioni del personale, e del Titolo III (*Merito e premi*), che – nell'introdurre «strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa» – regola con legge una serie di importanti aspetti del rapporto di lavoro dei dipendenti, tra cui il sistema premiale, le progressioni economiche e di carriera, l'attribuzione di incarichi e responsabilità, l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale.

Direttamente limitata è anche l'area devoluta alla contrattazione collettiva a seguito di questa legislazione.

Si prevede ora che «La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali. […] Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (art. 40, D.Lgs. n. 165/2001).

Il confronto con l'area attribuita alla regolazione degli accordi per la Polizia di Stato è immediato. Per rimanere solo all'ambito del trattamento retributivo, l'art. 3 della L. n. 195/1995 riserva alla disciplina attraverso accordi il trattamento economico fondamentale ed accessorio; le misure per incentivare l'efficienza del servizio; il trattamento economico di missione, di trasferimento e di lavoro straordinario.

Gli spazi di manovra che avete nei vostri accordi, sia pure mascherati da D.P.R., sono chiaramente più ampi. E, soprattutto, nessuno decide aprioristicamente "chi deve avere che cosa".

Oltre che questa comparazione “secca” bisogna considerare una serie di norme introdotte dalla riforma del 2009 con cui la contrattazione collettiva viene, di fatto, esautorata da determinazioni unilaterali.

Quanto al livello nazionale, si prevede la provvisoria erogazione degli «incrementi previsti per il trattamento stipendiale» decorso un breve termine dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento, e si stabilisce inoltre che, in mancanza di tale erogazione provvisoria, a partire da un certo termine viene riconosciuta ai dipendenti «un’anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all’atto del rinnovo contrattuale» (art. 47 bis, D.Lgs. n. 165/2001).

Queste norme determinano una grave alterazione degli equilibri contrattuali e, a monte, falsano il posizionamento strategico nelle trattative delle parti negoziali, anche in considerazione della brevità dei termini previsti per l’accordo.

In tal modo, inoltre, viene decisamente depotenziata la capacità conflittuale del sindacato, atteso che questi meccanismi di concessione provvisoria svuotano nella sostanza la possibilità dell’organizzazione di continuare ad aggregare e mobilitare i rappresentati intorno alla propria piattaforma rivendicativa.

La compromissione dell’intero sistema di relazioni sindacali, che già con queste previsioni viene alterato in tutte le sue articolazioni, per le ovvie ricadute sui livelli decentrati di contrattazione, viene aggravata dalle specifiche disposizioni relative a questi ultimi.

La nuova normativa, dopo aver previsto la definizione dal livello nazionale del termine delle sessioni negoziali in sede decentrata, stabilisce che «Alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione» e che, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo, si ha la possibilità dell’ente di «provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione» (art. 40, co. 3 bis e 4, D.Lgs. n. 165/2001).

Queste previsioni relative al livello decentrato hanno l’effetto di falsare ancora una volta la normale dinamica negoziale, consentendo al dirigente di bloccare la trattativa fino a quando la controparte è obbligata ad accettare la sua piattaforma contrattuale.

Di estrema evidenza è lo spostamento degli equilibri della contrattazione a favore del versante datoriale, al punto quasi di una rimessione alla sua “discrezionalità”.

Nel vostro comparto meccanismi di questo genere non sono ammissibili, perché i vostri accordi, anche se poi recepiti in atti pubblicistici, hanno una competenza esclusiva nella regolazione delle materie previste.

E qui la mia conclusione, che è una conclusione con un punto interrogativo: può sostenersi che per la Polizia di Stato – che sul piano formale è esclusa dalla privatizzazione e che non stipula contratti collettivi ma solo accordi recepiti in D.P.R. – si ha di fatto una contrattazione più “vera” di quella che si ha per gli altri pubblici dipendenti, cioè una contrattazione non indebolita da tutti questi meccanismi e,

soprattutto, dato che le materie stabilite dalla L. n. 121/1981 e dal D.Lgs. n. 195/1995 sono riservate, una contrattazione non espropriabile da leggi e atti unilaterali?

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data 31 dicembre 2015 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 www.annalidipartimentojonico.org ed è composto di 456 pagine.